

Bedenkingen over de “scheiding der machten”

Matthias E. Storme

(Dit is een nota die ik schreef ter voorbereiding van het interview met J.P. Rondas op radio Klara 21 december 2008; een deel van deze beschouwingen is ook in het interview aan bod gekomen, andere niet, en omgekeerd bevat het interview natuurlijk ook een reeks andere vragen en antwoorden. de uitzending is te herbeluisteren via http://storme.be/31_KL081221FRON-hi.mp3).

I. Wat is het beginsel van de scheiding der machten ?

De “scheiding der machten” is een basisbeginsel van de Belgische grondwettelijke ordening, zij het niet zonder nuances in de Grondwet. Of die scheiding der machten in werkelijkheid ook bestaat, is een vraag waarop ik hieronder nader inga. Maar eerst het beginsel zelf.

Fundamenteel gaat het om een techniek om de overheid te organiseren en met name de overheidsmacht te verdelen. Immers, *Power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely* (Lord Acton¹).

Strikt genomen kan de scheiding der machten dus maar geschonden worden door personen die deel uitmaken van de overheid of voor de overheid handelen. Wanneer burgers een rechterlijke beslissing proberen te beïnvloeden, of een rechterlijke beslissing achteraf bekritisieren, heeft dat niets te maken met de scheiding der machten.

De scheiding der machten in onze grondwettelijke traditie is daarbij een welbepaalde vorm van verdeling van de macht, van “*checks and balances*”, macht en tegenmacht. In de woorden van Montesquieu²: “*il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*”. Daarvoor bestaan er immers verschillende methoden:

- zo kan men ervoor zorgen dat er altijd méér dan een orgaan zeggenschap heeft voor eenzelfde beslissing, waarbij het om organen moet gaan die van elkaar onafhankelijk zijn, dus niet bv. parlement en regering bij ons. Dit ligt anders bij parlement en president in Amerika, want zij worden apart verkozen; of bij de twee kamers van een parlement (kamer en senaat), wanneer ze voldoende onafhankelijk van elkaar worden verkozen, zoals in Duitsland met de Bundestag (verkozen door de burgers in federale verkiezingen) en de Bundesrat (bestaande uit de deelstaatregeringen). In die voorbeelden kunnen wetten maar gemaakt worden door het akkoord van die twee van elkaar onafhankelijke organen. De VS kennen dus niet ons model van scheiding der machten, maar veeleer een systeem waarin zowel voor wetgeving als belangrijke uitvoeringsbeslissingen (bv. belangrijke benoemingen, zoals rechters) twee aparte organen zeggenschap hebben.

- een andere methode die daarmee op zekere hoogte kan worden gecombineerd is dan de eigenlijke scheiding der machten: een taakverdeling waarbij verschillende overheidsfuncties worden onderscheiden die worden toevertrouwd aan aparte overheidorganen die in de uitoefening daarvan onafhankelijk zijn van elkaar.

¹ Letter to Bishop Mandell Creighton, 1887.

² Charles-Louis de Secondat baron de Montesquieu (1689-1755).

Traditioneel onderscheidt men met een beroep op de stellingen van Montesquieu in zijn *L'esprit des lois*³ drie functies die aan drie aparte "machten" worden toevertrouwd: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke functie. Die driedeling gaat vooreerst uit van de idee dat elk overheidsoptreden moet kunnen worden teruggevoerd naar een wet, een algemene regel dus die niet slechts voor één geval geldt (*nomocratie*): een *rule of law, not of men*. Daar zijn twee belangrijke redenen voor:

1° ten eerste betekent de wet voorspelbaarheid, men weet welke regel moet worden nageleefd, die regel wordt niet eerst achteraf door een rechter bepaald;

2° ten tweede is er het gelijkheidsbeginsel: "alle Belgen zijn gelijk voor de wet". Als de wet algemeen is, maakt men geen wetten *à la tête du client*. Kort na Montesquieu wordt die gedachte voor de ethiek nog een stuk radicaler geformuleerd door Immanuel Kant in zijn "categorische imperatief": „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“⁴; de idee dat men in de ethiek moet handelen op grond van een regel die algemeen geldend is. Maar die kantiaanse imperatief is natuurlijk ook een voortzetting van de joodse idee van ethiek en rechtvaardigheid: de juiste gedraging is diegene die regelgeleid is, die kan worden gezien als de toepassing van een transcendente regel⁵.

Tegelijk is er een fundamenteel verschil met de categorische imperatief van de filosofen of de goddelijke wet: de idee dat die wet wel degelijk kan worden gewijzigd door een orgaan dat daartoe gelegitimeerd is, het parlement. Het gaat om de idee dat enerzijds de wet wel degelijk kan en mag worden gewijzigd, en anderzijds dit niet de bevoegdheid is van de magistraten die belast zijn met de beslechting van individuele geschillen, maar moet worden toevertrouwd aan een orgaan dat zich juist niet met individuele beslissingen bezighoudt. De breuk met de traditie (die bv. in Engeland wel voortleefde) was dat aan de rechterlijke macht de bevoegdheid werd ontnomen om het recht verder te ontwikkelen, een doctrine die overigens in zijn absolute onhoudbaar is. De wet moet altijd worden geïnterpreteerd en die interpretatie houdt altijd ook een zekere ontwikkeling van het recht in. Het zou evenwel het kader van deze bijdrage te buiten gaan om op deze boeiende vragen hier nader in te gaan.

³ *L'esprit des lois* (1748) is samen met zijn andere werken te vinden op http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/classiques/montesquieu/montesquieu.html (ook gedeeltelijk te vinden op o.m. <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/montesquieu/mindex1.htm> of op <http://gallica.bnf.fr/scripts/ConsultationTout.exe?E=0&O=N070672> en in Engelse vertaling op <http://www.constitution.org/cm/sol.htm>).

⁴ Dit is de verwoording die we vinden in Kant's *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (zie <http://www.ikp.uni-bonn.de/kant/aa04/Inhalt4.html>).

⁵ Zie hierover bv. G. HANSEL, *Explorations talmudiques*, uitg. Odile Jacob, Paris 1998, hoofdstuk 1 "Les pharisiens et la révélation" (ook op <http://ghansel.free.fr/WebTalmud/intro.htm>). Het transcendente karakter van de Torah in de joods-talmoedische traditie ligt niet daarin dat deze op een bepaald tijdstip in de geschiedenis door God aan Mozes zou zijn gegeven, maar in de bovennatuurlijke inhoud ervan: een bovennatuurlijke wet volgens dewelke de mens moet leven, een boven de natuur staand model van gerechtigheid, een opdracht om het hele gedrag van de mens volgens abstracte principes te modelleren.

De noodzaak van checks and balances houdt al in dat de bevoegdheid van het parlement niet totaal kan zijn: de bevoegdheid wordt begrensd door de grondwet⁶ en de volkssoevereiniteit; in het model van de scheiding der machten is die bevoegdheid ook meer specifiek begrensd door de taak opgedragen aan de 2 andere machten.

Hoe zit dat nu met die 3 machten ?

II. De verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht.

Laat me eerst de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht ander bekijken. De theorie is vrij eenvoudig: de wetgevende macht maakt wetten en de uitvoerende macht mag geen wetten maken, maar enkel toepassen (“uitvoeren”) in individuele beslissingen. En beide machten zijn van elkaar onafhankelijk.

Op beide punten blijft er van die scheiding bij ons nauwelijks iets over.

Ten eerste zijn parlement en regering niet onafhankelijk van elkaar. De regering moet het vertrouwen hebben van het parlement, anders dan bv. in Amerika, waar de regering door de rechtstreeks verkozen president wordt aangesteld. Paradoxaal genoeg maakt dat het parlement in Amerika veel onafhankelijker is dan bij ons. Het parlement kan de regering niet doen vallen en de regering of een van de partijen daarin kan er dus niet mee dreigen de regering te doen vallen. Dat verlamt bij ons het parlement. Zie maar de carrousel rond het wetsvoorstel Brussel Halle Vilvoorde. In Amerika en ook in Zwitserland is dat anders. In Zwitserland worden de minister elk apart verkozen voor een vaste termijn en kunnen ze intussen niet ontslagen worden, precies zoals de Amerikaanse president. Daardoor is het Zwitserse parlement veel onafhankelijker en kunnen er voortdurend wisselmeerderheden ontstaan. Maar in België mag dat niet omdat het land dan nog meer uiteenvalt.

Bij ons is het nog erger omdat veel parlementsleden hun zetel verliezen als de regering valt en dus des te makker moeten zijn. De overgrote meerderheid worden niet door de kiezers verkozen, maar door hun partij. Dat is anders in landen zoals Groot-Brittannië waar er in elk district maar één zetel is.

Ten tweede is het zo dat de meeste wetten door de regering worden gemaakt. Ten eerste zijn de meeste regels niet in parlements wetten te vinden, maar in koninklijke besluiten en verordeningen. Eigenlijk is dat tegen de scheiding der machten. En de wetten die het parlement maakt komen bijna allemaal uit de ministeriële kabinetten. Het parlement abdiceert. In de Europese Unie heeft het parlement zelfs helemaal geen bevoegdheid om wetsvoorstellen te maken; daar houden de parlementsleden zich dan ook vooral bezig met massaal moties te stemmen. Maar ook bij ons is het al zo erg parlements moties stemmen om de regering te vragen maatregelen te nemen, terwijl het parlement zélf de taak heeft om de regels te maken. In Frankrijk bv. mag het parlement geen moties stemmen, alleen wetten⁷. Dat is maar goed ook.

⁶ Over de functie van de Grondwet in dit verband, zie mijn bijdrage "Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving. Pleidooi voor een functionele (niet te bevoegen) grondwet voor Vlaanderen", in Johan SANCTORUM e.a., *De Vlaamse Republiek: van utopie tot project*, Van Halewyck 2009, p. 165-187, ook op [http:// storme.be/vlaamserepubliek.html](http://storme.be/vlaamserepubliek.html).

⁷ Zie de beslissing van de Conseil constitutionnel nr. 59-2 van 17 juni 1959, règlement de l'Assemblée nationale, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1959/592dc.htm>

De scheefgroei zien we ook in de discussie over de bevoegdheden van een “regering van lopende zaken”. Men gaat er vanuit dat in een periode van lopende zaken eigenlijk niets meer kan, dat er geen wetten zouden kunnen gemaakt worden. Dat is absurd: zolang het parlement niet ontbonden is, en zodra het terug verkozen is, kan het wetten maken ook al is er geen echte regering. Het is maar in de 40 dagen voor de verkiezingen dat dit niet kan. Als het parlement niet ontbonden is, mag de regering met één voorbehoud dus ook alles mét het akkoord van het parlement en bijna niets zonder. In de lange periode zonder echte regering na de verkiezingen van 2007 had het parlement een deel van zijn macht kunnen herwinnen, maar het is zo mak dat het daar niets mee gedaan heeft. Nogmaals, het parlement mag geen macht hebben want dan valt België uiteen.

Ik sprak van één voorbehoud, dat volgt uit de scheiding der machten. In een staat gebaseerd op de scheiding der machten mag het parlement géén individuele beslissingen nemen, alleen wetten. Daar zijn altijd wel legitieme uitzonderingen, bij ons bv. de naturalisaties waardoor vreemdelingen de Belgische nationaliteit krijgen (art. 9 GW). Maar in ons model mag het parlement eigenlijk geen individuele beslissingen nemen betreffende de Belgen, omwille van de gelijkheid van de Belgen voor de wet. Daar is een goede reden voor: die individuele beslissing moet gebeuren in toepassing van een regel, en die toepassing moet door de rechter kunnen worden getoetst aan die regel. Dat onderscheid verplicht de staat dus eigenlijk om te handelen zoals Kant voorschreef.

Die opvatting gaat in tegen de opvatting dat het parlement soeverein is. De scheiding der machten betekent dus dat de macht van het parlement hier beperkt wordt, en dat is perfect nuttig.

Maar in België bestaan daarvoor géén garanties. In Duitsland wel; daar verbiedt de Grondwet in principe “Individualgesetze”, wetten die een individuele beslissing inhouden of die zo geformuleerd zijn dat ze in de praktijk maar in één geval van toepassing zijn⁸.

Een voorbeeld waar men bij ons manifest dat principe geschonden heeft zijn de bouwvergunningen voor het Deurganckdok. Daar heeft men in opdracht van de regering een speciaal decreet geschreven voor het Vlaams Parlement: het “decreet van 14 december 2001 voor enkele bouwvergunningen waarvoor dwingende redenen van groot algemeen belang gelden”⁹. Het werd een voorstel van individuele parlementsleden in plaats van de regering om te ontsnappen aan het advies van de Raad van State. En het decreet legde de bouwvergunningen vast omdat ze op die manier niet door de rechter zouden kunnen worden getoetst aan algemene regels. Zo heeft men dus de rechterlijke controle buitenspel gezet. Het Grondwettelijk hof heeft dit door de vingers gezien met het argument dat het niet bevoegd is om de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht te controleren. In Duitsland zou dit niet kunnen volgens mij.

⁸ Het verbod vinden we in artikel 19 I Grundgesetz: “(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen“. De slechts schijnbaar algemeen geldende regel noemt men daarbij ook “verdeckte Einzelfallgesetzgebung”.

⁹ <http://staatsbladclip.zita.be/staatsblad/wetten/2001/12/20/wet-2001036440.html>.

III. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter

Wanneer we het hebben over de rechterlijke macht, dan is de essentiële vraag die van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter. Daarbij horen enkele kritische bedenkingen.

1. Wie wordt rechter ?

De benoemingen van rechters waren tot voor enkele jaren totaal gepolitiseerd. De benoemingen werden beslist in een commissie met afgevaardigden van de traditionele partijen, de commissie-Dekens, later de commissie-Mangeleer. Elke partij kreeg een aandeel, in punten uitgedrukt. En elke te vullen functie vertegenwoordigde een bepaald aantal punten, sommige meer dan andere. Er waren geen examens of vergelijkbare toegangsvoorwaarden.

Nu worden magistraten voorgedragen door de Hoge raad voor Justitie na geslaagd te zijn in een examen. Dat examen is manifest een verbetering. Die voordracht kan een verbetering zijn, maar dat is niet noodzakelijk zo. Als die Hoge Raad zelf gepolitiseerd is, en dat is minstens ten dele zo, dan is er een verborgen politisering die nog erger is dan de openlijke: immers de Minister die een politieke benoeming doet kan hiervoor ter verantwoording worden geroepen in het parlement. De Hoge Raad niet. De Hoge Raad is nog steeds zeer politiek, maar lijkt toch de kinderziekten te hebben overwonnen. Maar de oude netwerken spelen natuurlijk nog mee, de zuilen, de geheime organisaties en broederschappen en dergelijke.

In beschaafdere landen dan België kunnen dergelijke geheime genootschappen die rol niet spelen. Daar is een onverenigbaarheid tussen een benoeming als magistraat en het lidmaatschap van een geheim genootschap. In een rechtsstaat als Engeland zijn nu dan ook de ledenlijsten van de vrijmetselaarsloges openbaar, bij ons wordt je voor nazi uitgemaakt als je dat vraagt¹⁰.

Bovendien is er veel te veel vermenging tussen de rechterlijke macht, het openbaar ministerie, en de kabinetten. Magistraten die op kabinetten werken en van daaruit promotie krijgen zijn geen uitzondering.

2. De samenstelling van de “zetel”.

a. Belang

Strikt genomen zou het voor de beslissing in een geschil niets mogen uitmaken welke rechters in die zaak zetelen. Nu is dit in de praktijk niet realiseerbaar. Men moet wel

¹⁰ Met de van hen gekende intellectueel oneerlijkheid hebben journalisten van Humo hiervan gemaakt in een vraag aan Johan Vandelanotte: “Professor en advocaat Matthias Storme zei op Klara dat de loge het enige netwerk is dat nog van tel is in het gerecht. Hij pleitte ervoor om de ledenlijsten van loges verplicht publiek te maken.” Het tweede heb ik gezegd, het eerste niet. Op de vraag volgde het al even oneerlijke antwoord van Vandelanotte : “Het is wel grappig dat Matthias Storme zo iets vraagt, natuurlijk, want hij is vanzelfsprekend zéér onafhankelijk en nergens lid van”. Dat antwoord is oneerlijk, omdat ik geen rechter ben en mijn pleidooi zelfs niet inhield dat rechters geen lid mogen zijn van partijdige organisaties, enkel dat dit niet zou mogen van geheime organisaties. Zelfs dat laatste geldt daarom nog niet voor niet-rechters natuurlijk.

proberen om de subjectieve factoren in te perken. Dat gebeurt bv. door met meerdere rechters te zetelen, 3, 5 of meer tot zelfs 12 zoals het Grondwettelijk Hof. De meeste zaken worden bij ons door één rechter beslist, uit besparing. In eerste aanleg is dit normaal, maar in hogere aanleg zou dit niet mogen. Hoe beter de wetten, hoe minder subjectiviteit een rol speelt natuurlijk, maar zelfs de beste wetten kunnen niet alles voorzien en de wetten die alles in detail willen regelen zijn vaak ook niet de beste wetten.

Er is dus altijd ruimte voor interpretatie. En dan komt de individuele waardering op de voorgrond, maar ook het karakter van de rechters. De ene rechter heeft nu eenmaal meer moed dan de andere om tegen gevestigde belangen in te gaan... Dat is de reden waarom voor politieke misdrijven volgens de Grondwet (uit 1831) een jury van 12 burgers moet beslissen. Maar het Hof van cassatie heeft die waarborg al lang totaal uitgehold, met een definitie van politiek misdrijf die zo eng is dat een misdrijf nooit meer als politiek wordt gekwalificeerd en dus nooit meer voor de jury wordt gebracht.

Vermits de samenstelling van het college van rechters een verschil kan maken, rijst de vraag hoe die “zetel” zoals men dat noemt wordt samengesteld. Slimme advocaten doen aan “forum shopping”, zij proberen de zaak zo te organiseren dat ze voor de rechter komen bij wie ze denken het meest kans te maken.

b. Niet gegarandeerd

De wet moet het onmogelijk maken dat een van de partijen aan forum shopping kan doen zonder het akkoord van de andere partijen¹¹ en doet dat ook in grote mate. Maar er zijn zeker niet voldoende garanties dat de samenstelling van het rechtscollege niet gemanipuleerd wordt vanuit de magistratuur zelf, al dan niet onder druk van het Openbaar Ministerie. In Duitsland bv. is het onmogelijk om de samenstelling van de zetel nog te bepalen of te wijzigen nadat een zaak is opgestart. Die ligt op voorhand vast, vooraleer men weet over welke zaak het gaat en met welke partijen. Men interpreteert daar de verplichting van de Grondwet en het EVRM dat men recht heeft op een door de wet bepaalde rechter (“Garantie des gesetzlichen Richters”) veel strenger dan bij ons: *“Mit der Garantie des gesetzlichen Richters soll Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG der Gefahr vorbeugen, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. Es soll vermieden werden, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung - gleichgültig von welcher Seite - beeinflusst werden kann”*¹².

Bij ons is dat niet gegarandeerd. De magistratuur beweert van wel, en dan verwijst ze naar de zaak-Erdal, de zaak van de van terrorisme verdachte Koerdische. De rechter die de zaak moest behandelen in Brugge dierf niet, en dan heeft men vanuit het Hof van beroep in Gent een rechter uit Dendermonde gedetacheerd om de zaak te behandelen. Dat was zo opvallend dat men de beslissing natuurlijk verbroken heeft

¹¹ Er is immers geen enkel bezwaar tegen dat partijen bij onderling akkoord de rechter kiezen – dat is het principe van de arbitrage – behalve in zaken die de “openbare orde” aanbelangen.

¹² http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20040503_2bvr182502.html. Vgl. ook BVerfGE 17, 294 @ 299; BVerfGE 48, 246 @ 254; BVerfGE 82, 286 @ 296; BVerfGE 95, 322 @ 327.

(Cass. 19 april 2007¹³). Maar garanties zijn er niet; het zal allicht niet vaak gebeuren dat de samenstelling wordt gemanipuleerd, maar het gebeurt¹⁴. In de procedure tegen het Vlaams Blok bijvoorbeeld. Tweemaal hadden die in Brussel gelijk gekregen in hun verdediging dat het een politiek misdrijf betrof, in eerste aanleg zowel als in hoger beroep. Het hof van cassatie heeft de zaak dan naar het Hof van beroep in Gent gestuurd. In Gent is het arrest van 21 april 2004 geschreven door een raadsheer die zichzelf heeft aangeboden om in die zaak te zetelen. De haat spreekt dan ook uit het arrest¹⁵. Een andere raadsheer hebben ze verplicht om tegen zijn zin in die zaak te zetelen. Hij wou niet omdat hij wist dat het regime beslist had wat de uitspraak moest zijn¹⁶. Zoals gezegd: in Duitsland en in elke beschaafde rechtsstaat is zoiets ondenkbaar.

3. Beïnvloeding van de behandelende rechter

Zijn de rechters, eenmaal ze een zaak behandelen, dan onrechtmatig beïnvloedbaar? Het is mijn overtuiging dat de rechters zelden beïnvloedbaar zijn. Dat is zoals professoren die examen moeten afnemen: meestal heeft een tussenkomst omgekeerd effect. Ik ben er van overtuigd dat ook bij rechters pogingen tot beïnvloeding meestal een omgekeerd effect hebben. Er gaat het verhaal dat mijn grootvader zaliger een cliënt had die hem vroeg welke rechter de zaak zou behandelen, en na de bekomen informatie meedeelde “ik zal hem een cadeautje bezorgen”, tot grote woede van mijn grootvader. Toen de zaak gepleit was en gewonnen werd de cliënt ontvangen op kantoor en meldde hij “ik heb een cadeautje laten afgeven”. “Wat ?!!”. “Ja, op naam van de tegenpartij”. *Se non è vero ...*

Precies omdat rechters weinig beïnvloedbaar zijn is de wijze waarop het rechtscollege wordt samengesteld natuurlijk zéér belangrijk. Het risico op manipulatie is m.i. groter

¹³ Cass. 19 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20070419-3 = *Rechtskundig Weekblad* 2006-2007, p. 1721 n. G. MAES, “De samenstelling van de zetel van de rechtbank in het licht van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de strafrechter”.

¹⁴ Na de uitzending heb ik reacties gekregen van oud-magistraten die beweren dat het wél vaak is gebeurd dat de samenstelling van strafkamers voor de behandeling van bepaalde soorten zaken onder druk van het parket is aangepast. Zelf heb ik maar een beperkte ervaring in strafzaken, zodat ik me daarover moeilijk kan uitspreken.

¹⁵ Of dit het geval is kan iedereen voor zichzelf beoordelen door het arrest te lezen. Op de vraag van Humo aan Johan Vandelanotte: “Als typevoorbeeld van een arrest waar rechters onder druk zijn gezet, noemde Storme de veroordeling wegens racisme van het Vlaams Blok” antwoordde deze laatste natuurlijk naast de kwestie en *ad hominem*: “Het was te denken dat Storme slechte bedoelingen had, ja. Hij kan natuurlijk nog steeds niet verkroppen dat rechters zeggen dat het Vlaams Blok racistische propaganda voerde - wat evident was”. Maar betwist Vandelanotte mijn uit goede bronnen opgebouwde stelling dat de samenstelling van het rechtscollege gemanipuleerd was?

¹⁶ Een spilfiguur daarbij was advocaat-generaal Marc Timperman van het parket bij het Hof van cassatie, voordien (tot zomer 2002) advocaat-generaal bij het parket te Gent en tevens gedetacheerd als adjunct-kabinetschef bij de Minister van justitie (Verwilghen), en vandaaruit benoemd in cassatie. In cassatie adviseerde hij zowel de verbreking van het arrest van Brussel (dat stelde dat de zaak voor een jury moest komen omdat het om politieke misdrijven ging) als de verwerping van de voorziening tegen het arrest van Gent. Dezelfde advocaat-generaal adviseerde ook de verwerping van de cassatieberoepen van de dienstweigerders tegen de niet-splitsing van de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde (zie verder) en de cassatie van de vrijpraak van andere dienstweigerders.

wat de samenstelling betreft dan wat betreft het onder druk zetten eenmaal een zaak in behandeling is. Behalve misschien door het openbaar ministerie (zie verder).

4. Hoe kan men dan nog proberen de uitslag te manipuleren ?

Wel, op de eerste plaats kan de wetgever proberen tussen te komen. De wetgever kan dat doen door een speciale wet te maken voor die zaak, zoals men die tegen Doel en voor het Deurganckdok heeft gemaakt. Men heeft gewoon bij decreet de controle door de rechter onmogelijk gemaakt; daarvoor had men een commissie van 4 professoren aangesteld met een betaalde opdracht om een tekst te maken die de rechterlijke controle zou uitschakelen¹⁷. Het is sindsdien dat ik een tegenstander van Vlaamse onafhankelijkheid: we zijn die onafhankelijkheid niet waard en enkel een annexatie bij het bevrijde deel der Nederlanden kan ons een betere politieke cultuur bezorgen.

De wetgever probeert het ook soms door de wet in het algemeen te veranderen, met terugwerkende kracht. Het grondwettelijk Hof oefent daar controle op uit, maar is m.i. niet streng genoeg en ziet nog teveel door de vingers. Maar er zijn ook al retroactieve wetten gesneuveld, zowel voor het Grondwettelijk Hof als voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens¹⁸.

Verder kan men door vertraging vaak een rechterlijke uitspraak nutteloos maken. Dit is wellicht de bedoeling geweest in de Fortis-zaak. In de Fortis-zaak ging het om een kort geding, d.w.z. om een spoedgeding waarin enkel “voorlopige maatregelen” kunnen genomen worden¹⁹. Die kan maar genomen worden als het nog niet helemaal te laat is. Men kan in kort geding een geplande verkoop opschorten, maar een verkoop die reeds is doorgestaan niet in kort geding ingedaan maken. De verkoop aan BNP Paribas zou beklonken worden tijdens het weekeinde van 14 december 2008, vandaar kon men een voorlopige maatregel omzeggens nutteloos maken door de uitspraak te rekken tot na dat weekeinde. Het lijkt erop dat een van de rechters, de advocaten van de staat en/of de procureur-generaal van het openbaar ministerie geprobeerd hebben om een uitspraak voor het weekeinde onmogelijk te maken. Dat kon tot doel hebben de uitspraak nutteloos te maken, of – erger nog – een ander samengesteld rechtscollege te krijgen. De voorzitter van het rechtscollege heeft het arrest dan toch uitgesproken op 12 december²⁰.

Dit is een vorm van misbruik die jammer genoeg frequenter voorkomt. Zo zijn er advocaten die kort voor de dag die vastgesteld is voor pleidooien nog een verzoek indienen om de zaak uit te stellen omwille van zogenaamd nieuwe feiten die dat vaak

¹⁷ De techniek werd ook door andere juristen sterk bekritiseerd, bv. K. DEKETELAERE, “Rechtsvervuiling”, *F.E.T.* 14 november 2001 = http://home.scarlet.be/~tsd92818/20011114_Rechtsvervuiling_fet.htm; iets diplomatischer R. Van GESTEL, Incident- of gelegenheidswetgeving: balanceren op het smalle koord van de trias politica, *Tijdschrift voor privaatrecht* 2004, 1667 v. , meer bepaald 1683 v.

¹⁸ Zie over deze en verwante vragen mijn bijdrage “Schipbreuk met toeschouwers. Rechts- en vertrouwensbescherming tegen de loodsen van het recht”, 35. *Jura Falconis* 1998-99 nr. 3, 441-453 = <http://www.law.kuleuven.be/jura/35n3/storme.htm> en op <http://storme.be/retro.html>.

¹⁹ Althans, vereenvoudigd gezegd; de precieze omschrijving is iets genuanceerder.

²⁰ Het arrest is te vinden op <http://lvb.net/media/politieke-crisis/fortisarrest.pdf>. De voorzitter kan het arrest alleen uitspreken, zij het dat er natuurlijk een beraadslaging moet hebben plaatsgevonden en er een meerderheidsopvatting is.

niet zijn of niet relevant zijn. Ook als dat verzoek niet gegrond is, duurt het even vooraleer dat beslist is, en intussen is de oorspronkelijke datum vaak al voorbij en de zaak dus weer op een langere baan geschoven. In de zaak Fortis heeft men het blijkbaar zelfs na de pleidooien geprobeerd, één dag vooraleer het arrest zou worden uitgesproken (de debatten waren gesloten op 1 december 2008 en de zaak toen in beraad genomen; het arrest zou ten laatste op 15 december worden uitgesproken; de laatste werkdag voordien was vrijdag 12 december – in de vooravond van 11 december werd door de advocaten van de overheid – blijkbaar getipt door de echtgenoot van één van de raadsheren - een verzoekschrift tot heropening der debatten neergelegd op basis van een zogenaamd nieuw element, en op 12 december dag werd nog een verzoek neergelegd tot wraking van de voorzitter van de kamer die de zaak behandeld had²¹).

De vertraging is ook een structureel probleem. Met name bij de Raad van State is dat een reusachtig probleem en heeft dat nefaste gevolgen. Dat de gevolgen van de vertraging bij de Raad van State in zekere zin nefaster zijn dan die van de vertraging bij de gewone rechtbanken is zowel omdat de vertraging nog veel groter is, als omdat het een speciale procedure is qua “voorwerp”: de Raad van State kan geen uitspraak doen over de rechten van partijen, maar enkel of een betwiste overheidsbeslissing geldig of nietig is. Maar die nietigheid verkrijgt men maar als men nog een voordeel heeft bij de nietigverklaring. Zo bv. kan iemand een beslissing over een gemiste promotie niet meer aanvechten eenmaal hij op pensioen is. Maar ook als men tijdens de procedure gepensioneerd wordt, verliest men zijn proces. De overheid heeft er dus alle belang bij dat procedures voor de Raad van State zo lang mogelijk duren. En inderdaad: ze duren 7 tot 10 jaar. Dat wil zeggen dat zo ongeveer de helft van de zaken zogenaamd “zonder voorwerp” is vooraleer ze wordt uitgesproken.

Men kan daar iets aan doen door de procedure te versnellen. Maar men kan ook die speciale regels die gelden voor de Raad van State afschaffen en een benoeming of een vergunning bv. door de gewone burgerlijke rechter laten beoordelen. Ik pleit er al een tijd voor om alle geschillen over individuele handelingen van de overheid – als onderscheiden van “reglementaire” handelingen, dit zijn handelingen die een rechtsregel invoeren – over te hevelen naar de gewone rechter²².

5. Schrik voor een “gouvernement des juges” ?

Is er omgekeerd geen gevaar dat de rechters zich teveel in de plaats zouden stellen van de wetgevende of de uitvoerende macht ? En vooral: hebben zij de legitimiteit om het recht verder te ontwikkelen in plaats van alleen maar wetten toe te passen. Hebben zij de legitimiteit om in belangrijke geschillen die misschien ook politieke keuzes inhouden stelling te nemen ? Is er geen risico dat rechterlijke macht een kaste op zichzelf wordt, die democratische keuzes naast zich neerlegt ? En: wie heeft het laatste woord ?

²¹ Zie de gegevens in de nota-Londers, te vinden op <http://lvb.net/media/politieke-crisis/nota-cassatie.pdf>.

²² Het belangrijkste argument voor dit onderscheid is dat de geldigheid of nietigheid van een reglementaire handeling niet enkel effect heeft voor de partij die deze aanvecht, maar jegens iedereen (“erga omnes”).

Ook dit is een belangrijk vraagstuk, waarvan een behandeling het bestek van deze bijdrage te buiten gaat. Laat me kort het volgende zeggen. Het is een taak van de grondwet om naast de macht van parlement en regering ook die van de rechters binnen bepaalde perken te houden. Maar dat kan niet door de macht van de rechters jegens de rest van de overheid in te perken, enkel door de macht van de overheid als geheel te beperken.

Bovendien: uiteindelijk zijn er maar twee coherente opvattingen: diegene die het laatste woord geeft aan het soevereine volk²³, en diegene die het laatste woord geeft aan een of andere goddelijke wet. Bij de meeste aanhangers van de goddelijke wet bij ons vandaag gaat het wel om een goddelijke wet zonder God: het gaat dan om mensenrechten of om de rechtvaardigheid zoals redelijke mensen die zouden formuleren, enz²⁴.

IV. Een guerre des magistrats ?

1. Guerres des juges ?

In de Fortis-soap werd er ook meermaals gezegd dat het om een “guerre des juges” ging. Ik denk dat dit niet de juiste uitdrukking is en licht dit toe.

Ten eerste, er zijn in ons land zeker oorlogen tussen rechters. Tussen het Hof van cassatie en het Grondwettelijk Hof is dat al jaren zo. Het Hof van cassatie heeft nooit aanvaard dat het Grondwettelijk hof het laatste woord zou hebben. Wanneer in een geschil een regel wordt ingeroepen waarvan partijen beweren dat die ongrondwettig is, moet de rechter in beginsel daarover een vraag stellen aan het Grondwettelijk hof. Cassatie doet dat zeer vaak niet, met allerlei smoesjes. In het Vlaams-Blok-arrest bv.²⁵ werd als smoes aangevoerd dat de Grondwet ondergeschikt is aan het internationaal recht. In een democratie is zoiets onaanvaardbaar²⁶. De grondwet moet *the supreme law of the land* zijn. Reeds in de Magna Carta Libertatum van 1215 stond dat men slechts mag worden beoordeeld op grond van *the law of the land*²⁷, zoals collega Marc

²³ Voor een recente bijdrage waarin dit met ijzeren logica werd verdedigd vanuit de Zwitserse traditie, zie Hansjörg SEILER, “Volk und Verfassung. Die Rolle des Staatsorgans Volk im schweizerischen Verfassungsrecht”, congres Direct democracy in and around Europe 4 oktober 2008, http://www.dd-eu.ch/download/Volk_und_Verfassung.pdf.

²⁴ Zie onder meer mijn recente bijdrage “Tegendraadse bedenkingen betreffende de invulling van de mensenrechten”, lezing UA-reeks 60 jaar UVRM, in Steven Dewulf & Didier Pacqué (red.), *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 1948-2008*, Intersentia Antwerpen 2008, p. 53-59; ook gepubliceerd in september 2008 op onder meer <http://vlaamseconservatieven.blogspot.com/2008/09/tegendraadse-bedenkingen-betreffende-de.html>.

²⁵ Cass. 9 november 2004, @ <http://www.cass.be> = <http://www.droit.fundp.ac.be/cours/pen/cassvzw.pdf> = http://www.diversiteit.be/index.php?action=rechtspraak_detail&id=45&select_page=38.

²⁶ Zie mijn bijdrage "Bedenkingen bij de plaats van het internationaal publiekrecht in de belgische rechtsorde", <http://vlaamseconservatieven.blogspot.com/2008/12/bedenkingen-bij-de-plaats-van-het.html>, ook opgenomen in M.E. STORME & D. HEIRBAUT, "De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid tot een verlangen naar afhankelijkheid ?", Belgisch rapport voor het XVIIe Internationaal Congres voor rechtsvergelijking, ter perse in *Tijdschrift voor privaatrecht* 2008 nr. 3.

²⁷ Zie art. XXIX in de nummering van de versie van 1297, zoals die nu nog van kracht is: “No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or

Hooghe vrijdag nog in de Standaard in herinnering bracht, zij het allicht zonder bij deze consequentie ervan te willen stilstaan²⁸. In de arresten over de dienstweigeraars tegen de niet-splitsing van de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde weigerde het Hof van cassatie het grondwettelijk Hof te ondervragen over de interpretatie van het grondwettelijk recht op een jury bij politieke misdrijven met het argument dat men zelf wel beslist wat de definitie is van politiek misdrijf ...²⁹.

In andere gevallen legt het Hof van cassatie de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof gewoon naast zich neer, zoals inzake de bevoegdheid van Belgische rechtbanken voor buitenlandse genocides³⁰, of door te weigeren een ongrondwettig verklaarde wet buiten toepassing te laten voor gevallen die ontstaan zijn voor het arrest van ongrondwettigverklaring³¹.

In de Fortis-zaak ging het niet om een dergelijke oorlog tussen rechtscolleges. Er was blijkbaar wel een onenigheid tussen rechters onderling binnen één college. Dat is niets bijzonders en inherent aan het feit dat er in beginsel een college van meerdere rechters zetelt. De oplossing hiervan is zeer eenvoudig : de meerderheidsopvatting komt in het arrest en de minderheid moet zich daarbij neerleggen.

2. Een recht op dissenting opinion ?

Er valt wel iets voor te zeggen om de rechters toe te laten om in het arrest zelf hun afwijkende opinies neer te schrijven³². Maar natuurlijk kan het niet dat een rechter uit de biecht klapt vooraleer de beslissing uitgesproken is. Want dat leidt dan inderdaad tot pogingen om de zaak te vertragen of de samenstelling van de zetel te wijzigen, zoals mogelijks is gebeurd in de Fortis-zaak.

3. De tentakels van het openbaar ministerie.

Wat mij vooral zorgen baart in de Fortis-zaak én meer in het algemeen is de rol en de macht van het Openbaar Ministerie, het parket. U weet dat de strafvervolgning in ons land de taak is van de magistraten van het openbaar ministerie. Dat zijn geen rechters, hoewel ze dus ook magistraten worden genoemd. Dat alleen al tekent de fundamentele dubbelzinnigheid van dat Openbaar Ministerie in ons bestel. Het is een

be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land."

²⁸ M. HOOGHE, "De grondwet is geen vodje papier", <http://www.standaard.be/Krant/Tekst/Artikel.aspx?artikelId=3Q247BD2&date=20081219>

²⁹ Arresten van 7 oktober 2008, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20081007-1, tweede middel.

³⁰ Zie de schets door H. VUYE, "Waar is de onschuldige Vrouwe Justitia", *De Standaard* 24 december 2008, <http://www.standaard.be/Artikel/Detail.aspx?artikelId=1U24CL0A>.

³¹ Cass. 20 december 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20071220-4 = *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, 1370 n. P. POPELIER "Rechterlijk overgangsrecht revisited: over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd". Zie ook de zware kritiek op dat arrest door J. KIRKPATRICK, "Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle ...", *JT* 2009, p. (257) 262 (excès de pouvoir manifeste).

³² Zie mijn bijdrage "Mag een rechter die in de minderheid is dit bekendmaken ?", <http://vlaamseconservatieven.blogspot.com/2008/12/mag-een-rechter-die-in-de-minderheid-is.html>, ook als "Pleidooi voor separate opinions in de Belgische rechtspraak", *Juristenkrant* 8 april 2009, p. 10.

organisatie die met al zijn tentakels in de rechterlijke macht zit, maar tegelijkertijd niet bestaat uit onafhankelijke rechters. Het is een beetje een staat in de staat, die de scheiding der machten doorkruist.

Als men naar het buitenland kijkt, bestaan er verschillende modellen van openbaar ministerie. In Amerika bv. is het openbaar ministerie partijdig, maakt het vaak gewoon deel uit van de uitvoerende macht deel. Maar het staat onder controle van het parlement en er is een strikte scheiding met de rechterlijke macht. Bij ons huist het openbaar ministerie in dezelfde gebouwen als de rechters, is er een voortdurend samenleven. In strafzaken is de parketmagistraat de tegenpartij, maar die komt wel door dezelfde deur naar binnen als de rechter en vaak ook samen, vanuit de achterkamer. Die parketmagistraat die zit ook vooraan, bovenaan in de rechtszaal, naast de rechter, en draagt dezelfde kledij. Ik heb dit altijd onaanvaardbaar gevonden.

Hier is er helemaal geen duidelijke scheiding der machten: ten aanzien van het openbaar ministerie gelden noch de regels en garanties van de rechterlijke macht noch die van de uitvoerende macht. Erger nog, dat openbaar ministerie controleert ten dele de rechterlijke macht. Maar de parketmagistraten zijn geen rechters, zijn niet onafhankelijk: het parket is hiërarchisch georganiseerd. Er is een college van procureurs-generaal dat het beleid bepaalt, onder voorzitterschap van de Minister van justitie. Dat is al een eerste probleem: eigenlijk beslist de uitvoerende macht wat men wil vervolgen of niet, d.w.z. welke wetten men wil afdwingen en welke niet. Is dat dan niet de bevoegdheid van het parlement veeleer dan van de regering? In Hongarije bv. wordt het openbaar ministerie door het parlement benoemd en moet het verantwoording afleggen aan het parlement, niet aan de regering (art. 52 Hongaarse Grondwet).

Maar nog gevaarlijker is dus de vermenging van het openbaar ministerie met het gerecht zelf. Een groot deel van de rechters zijn voormalige parketmagistraten. Het parket kan een rechter het leven erg zuur maken, althans een strafrechter. Het openbaar ministerie staat wel onder controle van de minister van justitie, maar kan ook erg veel op eigen houtje doen. En het openbaar ministerie ziet het als zijn taak om het land te redden.

In de Fortis-zaak zou het kunnen dat het openbaar ministerie bij het Hof van beroep geprobeerd stokken in de wielen te steken om het arrest tegen te houden³³. De procureur-generaal beweert dat hij een onderzoek heeft gestart omdat 1° het kabinet van justitie meldde dat het gehoord had dat er problemen waren (zonder verdere uitleg) en 2° een van de raadsheren zich per e-mail bij hem bekloeg³⁴. Dat laatste vind ik onaanvaardbaar, maar het onderzoek ook. Zeker als er dan nog zou aangedrongen zijn op een volledig nieuwe behandeling door andere rechters en bedreigd is met publicatie van de klacht van een van de raadsheren³⁵. Maar het gebeurt ook maar omdat de wet zelf de dubbelzinnigheid organiseert. De voorzitter van het Hof van cassatie stelt dat het ongezien is dat de procureur-generaal zijn bevoegdheid om toe te

³³ Dit is de stelling van de nota-Londers, zie <http://lvb.net/media/politieke-crisis/nota-cassatie.pdf>, p. 4.

³⁴ Zie de brief van de procureur-generaal aan de minister van justitie van 15 december 2008 met zijn visie op het gebeurde, te vinden op http://lvb.net/media/politieke-crisis/rapport_hofvanberoep.pdf.

³⁵ Zo stelt de nota-Londers, <http://lvb.net/media/politieke-crisis/nota-cassatie.pdf>, p. 4.

zien op de werking van het gerecht (art. 140 Gerechtelijk wetboek³⁶) gebruikt om in een individuele zaak tussen te komen vooraleer de beslissing is uitgesproken. Inderdaad, maar ook dat toezichtsrecht zelf is principieel fout. Dat er binnen de rechterlijke macht zelf een dergelijk toezicht bestaat (art. 398 Gerechtelijk wetboek), is wel normaal, natuurlijk voor zover dit op geen enkele wijze een bemoeienis met de inhoud van de beslissing betreft.

Zoals gezegd heeft Minister Vandeurzen de procureur-generaal ingelicht op vrijdag 12 december en heeft deze dan *démarches* ondernomen. Ik zou als Minister van justitie dat niet gedaan hebben, maar dat wil nog helemaal niet zeggen dat de Minister daarom een fout heeft gemaakt. Hij stelt dat het voorstel om de kamer van het Hof van Beroep opnieuw samen te stellen met andere rechters van de procureur-generaal zelf kwam, en ik geloof Vandeurzen hierin. Of de procureur-generaal te kwader trouw heeft gehandeld, weet ik niet, wel dat het wettelijk systeem zelf dergelijke misbruiken mogelijk maakt. En zoals gezegd ziet het openbaar ministerie zichzelf als behouder van de gevestigde macht en heeft de procureur-generaal dus wellicht gehandeld “om het land te redden...”. Anderzijds zijn bepaalde mensen van Justitie (niet de Minister zelf) blijkbaar wel hun boekje te buiten gaan in de procedure in eerste aanleg (rechtbank van koophandel), door zich te moeien met de interne werkverdeling binnen het parket van eerste aanleg dat immers de opdracht had advies te geven in die zaak³⁷. Maar het initiatief kwam blijkbaar telkens toch van andere kabinetten dan dat van justitie ...

Uit dit alles blijkt dat er in de praktijk veel te veel gaten zijn in de “wall of separation” tussen regering en rechterlijke macht en met name via de dubbelzinnige positie van het openbaar ministerie, dat m.i. volledig zou moeten worden losgekoppeld van de rechterlijke macht, maar ook onafhankelijker zou moeten zijn van de regering en in plaats daarvan veeleer door het parlement zou moeten worden gecontroleerd.

³⁶ “Het openbaar ministerie waakt voor de regelmatigheid van de dienst van de hoven en rechtbanken.” Zie ook art. 399: “Onverminderd de toepassing van de artikelen 143bis en 143ter waakt de procureur-generaal bij het hof van beroep), onder het gezag van de minister van Justitie, voor de handhaving van de orde in de hoven en in de rechtbanken.”

³⁷ Zie de uitleg van minister Vandeurzen op <http://www.jovandeurzen.be/actua/persberichten/de-fortis-zaak-graad-van-beroep-de-feiten-vanaf-vrijdag-12-december-tot-en-met-m>, waaruit blijkt dat op 6 november ‘Omstreeks 13.30u de directeur van de beleidscel Justitie op verzoek van de beleidscel van de eerste minister contact op(nam) met Procureur des Konings Bruno Bulthé, met de vraag of het uitgebrachte advies in samenspraak met het Parket-generaal was tot stand gekomen ...”.