

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR
E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

XXVIIIe Rechtscongres
georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging
Antwerpen — 27 mei 1978

ALGEMEEN PROGRAMMA

- 9.30 Onthaal (Rodestraat 14)
- 10.00 Openingszitting
Toespraak door prof. mr. ridder R. Victor, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging
Verwelkoming door prof. L. Bruyns, s.j., rector van de UFSIA
Openingsrede door prof. R. Derine, voorzitter van het Congres
- 10.45 Koffie
- 11.00 Sectievergaderingen
- 13.00 Lunch
(UFSIA-home, Koningstraat)
- 14.30 Vervolg sectievergaderingen
- 16.30 Receptie, aangeboden door de UFSIA
- 17.00 Plenaire vergadering
Feestrede door prof. J.M. Polak, lid van de Raad van State (Nederland) :
Verwetenschappelijking van de rechtspraktijk
Mededeling van de resoluties
Slotwoord door prof. mr. ridder R. Victor
- 19.00 Banket
in het Rockox-huis met rondleiding, Keizerstraat

*Het Congres wordt gehouden in de gebouwen van
de UFSIA, Rodestraat 14, Antwerpen*

Inrichtend comité

Voorzitter : prof. R. Derine, gewoon hoogleraar Antwerpen (UFSIA)

Secretaris : mr. J. Laenens, assistent Universiteit Antwerpen (UIA)

SECTIEVERGADERINGEN

EEN TUCHTRECHTELIIK PROCESRECHT IN DIENST VAN HET TUCHTRECHT

Voorzitter : raadsheer L. Viaene (Hof Gent)
Secretaris : prof. R. De Corte (UFSIA en UIA)

Preadvies door K. BAERT en PH. LEROY, assistenten aan de Rijksuniversiteit te Gent

DE VERBETERING VAN HET ADMINISTRATIEF CONTENTIEUX

Voorzitter : prof. J. De Meyer, gewoon hoogleraar K.U.Leuven
Secretaris : G. Schoeters (assistent V.U.B.)

Preadvies door prof. W. LAMBRECHTS, docent UIA

CIVIELRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

Voorzitter : Raadsheer A. De Vreese (Hof van Cassatie)
Secretaris : A. Van Oevelen (assistent UIA)

Preadvies door J. DELVA, raadsheer in het Hof van Cassatie

TOEZICHT OP DE UITVOERING VAN DE STRAF

Voorzitter : em. procureur-generaal J. Matthijs (Hof Gent)
Secretaris : F. Hutsebaut (assistent K.U.Leuven)

Preadvies door CHR. ELIAERTS, docent aan de Vrije Universiteit te Brussel en M. ROZIE, assistent aan de Universiteit Antwerpen (UIA)

EEN TUCHTRECHTELIJK PROCESRECHT IN DIENST VAN HET TUCHTRECHT¹*Preadvies door Koen Baert en Philippe Leroy, assistenten R.U.G.*

Een benadering van het tuchtrechtelijk procesrecht is niet zo eenvoudig.

In de eerste plaats stuit men op een onoverzichtelijke reeks regelingen eigen aan elke gemeenschap, groepering, korps of instituut. Anderzijds wordt men geconfronteerd met de vraag naar het wezen zelf van het materieel tuchtrecht.

Nu eens wordt beweerd dat «het» tuchtrecht niet bestaat², dan weer dat het het strafrecht aanvult of vervangt, of nog dat het enkel een soort tweederangs-strafrecht is zonder enige reden van bestaan³.

Wordt het materieel tuchtrecht ter discussie gesteld, toch kan onderschreven worden dat disciplinair recht een noodzaak is omwille van het doel dat mensen zich voorgenomen hebben gezamenlijk te bereiken: de samenwerking voor het verwezenlijken van de richtinggevend idee van een gemeenschap is immers niet denkbaar zonder afspraak over de wijze waarop dat zal gebeuren (de gedragsregels) en het naleven van die afspraak veronderstelt op zijn beurt een gezagsuitoefening die, wanneer nodig, dwang kan gebruiken. Zo komt disciplinair recht tot stand⁴.

Bij de uitbouw van een tuchtprocesrecht wordt men van meet af aan gesteld voor het fundamenteel probleem om twee tegenstrijdige beginselen met elkaar te verzoenen: het vereiste om op een vlotte, efficiënte en snelle wijze de uitoefening van het tuchtgezag te verzekeren enerzijds, de dringende plicht om de disciplinaire macht slechts aan te wenden overeenkomstig procesregelen die een objectieve beoordeling garanderen anderzijds.

Dit laatste beginsel veronderstelt de onpartijdigheid van de rechter en de eerbiediging van de «rechten van de verdediging», te weten de gelijkberechtiging van de partijen in het geding, die in de gelegenheid moeten worden gesteld hun zienswijze naar voren te brengen

en vrij uit te drukken⁵, wat dus neerkomt op een «fair trial».

Hoevel het principe dat eenieder recht heeft op een billijk proces, vervat in art. 6, lid 1, van de Conventie van Rome *niet* van toepassing is op tuchtzaken⁶, aanvaarden de auteurs in principe dat elk tuchtrechtelijk college de rechten van de verdediging moet eerbiedigen, zelfs al heeft het eigen materieel tuchtrecht geen bepalingen hieromtrent opgenomen⁷.

Hierna wordt een poging ondernomen om de inhoud te omschrijven die moet worden gegeven aan de begrippen «onafhankelijkheid van de rechter en rechten van de verdediging» in tuchtrechtspraak om een maximale beveiliging te garanderen aan de betrokkene zonder daarom een vlotte en efficiënte tuchtprocedure te verhinderen.

Het ligt voor de hand dat in het kader van deze studie een overzicht van alle vormen van tuchtprocesrecht uitgesloten is. Daarom werd deze beperkt tot één van de meest relevante deelgebieden van het tuchtrecht, met name het tuchtrecht in de verschillende beroepsgemeenschappen in hun ruimste betekenis.

Zelden vinden we in het tuchtrecht een *gecodeerd* geheel van rechten, plichten en sancties. Noch een lijst met beroepsverplichtingen, noch een code van beroepsfouten of tekortkomingen is voorhanden. Uiteraard bestaat dan ook niet de minste gereguleerde correlatie tussen overtreding en straf. Terwijl het Strafwetboek bepaalt dat voor dit feit deze of gene straf kan worden opgelegd, is dit geenszins het geval bij de meeste tuchtrechtelijke systemen.

De rechtzoekende bevindt zich voor een onbekend vacuüm. Wordt dit feit als een tekortkoming beschouwd? Hoe wordt deze tekortkoming gesanctioneerd? Het tuchtrecht hoort dan ook thuis bij de volgens Montesquieu meest verwerpelijke types van gerechtelijk gedrag waar geen bepaalde wetten zijn en waar de regels willekeurig worden bepaald door de rechters⁸.

¹ Dit preadvies is gegroeid uit de studie en opzoeken van studenten van de derde licentie rechten aan de Rijksuniversiteit te Gent, academiejaar 1974-75, in de leergang «Grondige Studie Procesrecht». Aan deze studie werkten mee: Koen Baert, Greta Behets, Chantal Crane, Ann De Winne, An Grypdonck, Willy Muylaert, Rita Seghers, Jan Van der Bracht, Rudy Vandermander en Eric Van Loo onder de leiding van prof. dr. Marcel Storne en zijn assistent Philippe Leroy.

² Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, preadvies van prof. mr. A.A.M. van Agt, *Zijn wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?* G.E. LANGEMEIJER e.a., *Tuchtrecht*, Boekenreeks NJB 2, Zwolle, 1975, VII.

³ Handelingen 1971, o.c., deel 2, p. 97.

⁴ CRAENEN, *Rechten en Plichten van de Onderwijzer*, Gent-Leuven, 1970, blz. 4-5; A. LEGAL, BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938, p. 3, 12; H. NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, 1903, p. 7,80.

⁵ R.P.D.B., *Complément III*, tw. «Droit de défense», nr. 1, p. 744.

⁶ F. STRYCKMANS, «Het billijk proces volgens de Europese Commissie der Rechten van de Mens», R.W., 1966-67, 177; Commissie, 29 mei 1961, *Rec. des déc. de la commission*, vol. 6 p. 29, en de toepassing naar Belgisch recht, o.m. Cass., 10 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 651 en Cass., 3 mei 1974, R.W., 1974-75, 78, met conclusie van de proc.-gen. W.J. Ganshof van der Meersch.

⁷ C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, II, p. 321-324; Nézard, o.c., p. 40, 257, 313; A. LEGAL, BRETHE DE LA GRESSAYE, o.c., p. 433-434.

⁸ W. VAN GERVEN en J.C.M. LEYTEN, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle-Antwerpen, 1977, p. 5.

Uit dit gebrek aan codificatie — en uit de vaststelling dat een sluitende codificatie zeer moeilijk is — groeit de noodzaak van een goed uitgewerkt procesrechtelijk systeem waarin de rechten van de verdediging méér dan in de andere procedures beschermd worden. Een follow-up van de meeste tuchtrechtelijke systemen toont echter aan dat bij de meeste beroepen het tuchtrechtelijk procesrecht heel summier werd uitgewerkt. Wellicht daarom spreekt Langemeijer over de «psychologisch begrijpelijke achterdocht tegen de tuchtrechtspraak»⁹.

Het is niet altijd geraadzaam het procedurerecht te hervormen zonder ook het materieel recht aan te pakken¹⁰. Nochtans lijkt het dat vanuit het tuchtrechtelijk procesrecht een nieuwe impuls kan worden gegeven om het tuchtrecht te herdenken. Is het immers niet de taak van het procesrecht het materieel recht voort te stuwen¹¹?

Elke vergelijking tussen de verschillende tuchtrechtelijke procedures en alle pogingen om enkele al te scherpe hoeken in de rechtspleging af te ronden roepen trouwens fundamentele vragen omtrent het materiële tuchtrecht op. Meer nog, zij stellen het tuchtrecht zelf *in Frage*.

A. Moet het tuchtrecht een «beroepsrecht» zijn?

Het tuchtrecht wordt hoofdzakelijk uitgeoefend binnen het eigen besloten beroepsmilieu. De advocaat wordt geoordeeld binnen zijn balie, de ambtenaar binnen zijn departement, de geneesheer binnen de orde. «Le pouvoir disciplinaire a le caractère d'une jurisdiction familiale»¹². Toch valt onmiddellijk het onderscheid op tussen de hiërarchisch gestructureerde beroepen en de vrije of zelfstandige beroepen¹³. Bij het ene soort tuchtrecht wordt de beklagde geoordeeld door zijn hiërarchische overste, bij het andere vormen «pairs» het tuchtcollege.

In beide gevallen wordt de onafhankelijkheid van de tuchtrechter echter evenzeer ter discussie gesteld. De ambtenaar die zijn chef beledigde, wordt door deze geoordeeld¹⁴.

De militair die door zijn compagniecommandant wordt aangeklaagd, dient voor deze terecht te staan¹⁵. In deze gevallen kan men uiteraard moeilijk spreken over een «onafhankelijke rechter in een onbevooroordeeld onderzoek»¹⁶.

Ongetwijfeld is de tuchtrechter hier *judex in sua causa*. Toch heeft de betrokkene niet de mogelijkheid zijn rechter te wraken¹⁷.

Doch is een pairs-tuchtcollege onafhankelijk? Het Hof van Cassatie oordeelde dat het tuchtcollege zelf geen partij is in de tuchtaak¹⁸. Toch vond de toenmalige minister voor Hervorming der Instellingen, Robert Vandekerckhove, in 1976 het oordeel van de beroepsgenoten over de inhoud van de «eer en de waardigheid van het beroep» te subjectief¹⁹. Bij ontstentenis van een code bepaalt het tuchtcollege de inhoud van deze begrippen «naar billijkheid en gezonde rede»²⁰.

Het tuchtcollege heeft immers wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht.

Meermaals reeds werd de vraag gesteld of men werkelijk doelbewust en openbaar kan oproeien tegen de principes der ordes, zonder dat deze houding door het tuchtcollege gekwalificeerd zou worden als een inbreuk op de waardigheid van het beroep. In een pamflet over de medische deontologie werd dit probleem zeer scherp gesteld: «De verdediging van een bepaald soort geneeskunde wordt voorgesteld als de verdediging van de geneeskunde zelf, en wat meer is, van de belangen van de patiënten. Hierdoor wordt elke andere visie op de gezondheidszorg, zonder enige vorm van proces voorgesteld als ondeontologisch, immoreel en schadelijk voor de patiënt»²¹.

Duynstee schreef dat alle partijen een onafhankelijke rechter willen, zeker als zij procederen met de staat²². Hetzelfde kan gezegd worden bij elk tuchtsysteem. Ook de tuchtrechter, die toch heel zware sancties kan opleggen, zoals het verbod nog langer het beroep uit te oefenen, dient over de nodige functionele onafhankelijkheid te beschikken ten einde in volle sereniteit te kunnen oordelen.

Doch naast de functionele onafhankelijkheid dient ook rekening te worden gehouden met de personele onafhankelijkheid van de rechter. De zittende magistraten van de hoven en de rechtbanken worden voor het leven benoemd (art. 100 Grondwet), hun wedde wordt door de wet vastgesteld (art. 102 Grondwet), enz. De tuchtrechter bezit deze waarborgen niet.

Bij de hiërarchisch gestructureerde beroepen is de tuchtrechter enerzijds wel de chef van de beklagde, doch anderzijds is hij zelf een ondergeschikte die zich dient te houden aan de richtlijnen of vingerwijzingen van de top.

¹⁷ R.v.St., arrest Mertens, nr. 11633 van 8 februari 1966.

¹⁸ Cass., 18 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1164, R.W., 1976-77, 179.

¹⁹ R. VANDEKERCKHOVE, *Geschillen van Bestuur, Hervorming van het administratief contentieux*, Werknota, 1976, p. 69.

²⁰ B.J., 1863, 535.

²¹ *De Orde der Geneesheren en de code van de medische plichtenleer*, gemeenschappelijke publikatie van G.E.R.M., S.A.H.G. en Werkgroep Gezondheidsvoorlichting, p. 53 e.v.

²² F.J.F.M. DUYNSTEE, «Rechterlijke onafhankelijkheid» in *Rechtspleging*, opstellen rond het thema rechterlijke organisatie bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Katholieke Universiteit Nijmegen, 1974, p. 43.

⁹ G.E. LANGEMEIJER e.a., *Tuchtrecht*, Zwolle, 1975, p. 9.

¹⁰ F. DELPÉRÉE, «Is de oprichting van administratieve rechtbanken in België gewenst?» *T.B.P.*, 1977, 258.

¹¹ M. STORME, «Een procesrecht voor deze tijd», *R.W.*, 1964-65, 655, nr. 15.

¹² Cass. 8 mei 1922, *Pas.*, 1922, I, 275.

¹³ H.J.M. GEERLINGS, *Procespartijen en Rechter*, Deventer - Antwerpen, z.d., p. 50.

¹⁴ Art. 78 van het K.B. van 16 maart 1964.

¹⁵ Zie Reglement A 2,1 - VII 1.

¹⁶ A.J.B. VERHEYEN, *De kantonrechter*, Deventer, 1971, p. 11.

Bij de andere tuchtrechtelijke regelingen worden de rechters verkozen. Hoewel zij geen hiërarchische meerderen hebben, dienen wij hier toch rekening te houden met de bezwaren die men kan maken tegen het instituut van de verkozen rechter²³. Te meer daar de praktijk leert dat bij de verkiezingen van sommige tuchtcolleges syndicale bindingen een grote rol kunnen spelen. Hoewel raadsheer Viaene kon getuigen dat de syndicalistische bindingen bij de oordeelvorming zelf geen rol spelen, meende hij toch dat de onverenigbaarheid tussen een leidende functie in de syndicalistische organen en het lidmaatschap van een tuchtcollege wettelijk diende te worden vastgelegd²⁴.

Het lijkt echter niet zo eenvoudig om meteen een ideale oplossing te suggereren. De toenmalige minister voor de Hervorming der Instellingen, Robert Vandeckerckhove, wou de uitoefening van de tuchtmacht in de vrije beroepen onttrekken aan de beroepscorporaties en toevertrouwen aan de op te richten administratieve rechtbanken²⁵. Uitzondering werd gemaakt voor de orde der advocaten «wegens de binding met de rechterlijke macht»²⁶.

Er zouden vijf administratieve rechtbanken opgericht worden: één in Brussel, twee voor het Vlaamse gewest (nl. één voor Vlaams-Brabant, Antwerpen en Limburg en één voor Oost- en West-Vlaanderen) en twee voor Wallonië (één voor Waals-Brabant, Henegouwen, Namen en één voor Luik en Luxemburg). Deze rechtbanken, met uitzondering voor die welke zitting houdt te Brussel, zouden ambulant zijn.

Uiteraard zouden de administratieve rechtbanken niet enkel bevoegd zijn inzake tuchtrecht. Zij zouden tevens kennis nemen in eerste aanleg van geschillen tot nietigverklaring van beslissingen van administratieve overheden, van geschillen inzake verkiezingszaken, van sommige belastinggeschillen, enz.²⁷. De rechter zou dan ook niet meer uit het beroepsmilieu afkomstig zijn. De Koning zou de personeelsformatie bepalen. Wel werd gedacht aan een overheveling van het personeel van de provinciebesturen en wellicht van de Raad van State.

Tegen dit voorstel werden tal van kritieken geformuleerd door vooraanstaande auteurs en magistraten. Opvallend is echter wel dat al deze bezwaren voornamelijk berusten op de vaststelling dat er tot op heden geen enkele geschreven erecode, die de beroepsuitoefening regelt, bestaat.

Viaene²⁸ meende dat de tuchtraden in vele gevallen zuivere beroepsaangelegenheden moeten behandelen zodat beroepsrechters toch veelal een beroep zouden moeten doen op een deskundige. In een grondig gefun-

deerde kritiek vond de eerste advocaat-generaal F. Dumon het vrij onwaarschijnlijk dat rechters de niet geschreven deontologische regels deductief zouden kunnen bepalen²⁹. Ook Delpérée twijfelt eraan dat de rechters van de op te richten administratieve rechtbanken, die totaal buiten het professionele milieu staan, met voldoende kennis zouden kunnen oordelen of deze of gene gedraging een inbreuk op het professionele recht uitmaakt³⁰.

Doch ook werd er de nadruk op gelegd dat de tuchtcolleges niet enkel een sanctionerende functie hebben. De tuchtorganen hebben tevens een preventieve, raadgevende en bemiddelende rol³¹. Voor deze taak zouden «rechters uit het beroep» beter geschikt zijn dan «beroepsrechters».

Nochtans dient erop te worden gewezen dat de aanwezigheid van beroepsrechters in de tuchtcolleges geen essentiële is³². Voor de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek kon aan advocaten, tijdens de terechtzitting, door de rechtbank zelf en zonder enige tussenkomst van stafhouder of raad een tuchtsanctie worden opgelegd. Zelfs de zwaarste sanctie die resulteerde in een levenslang verbod het beroep nog uit te oefenen kon op die wijze door beroepsmagistraten worden opgelegd³³. De gerechtsdeurwaarders kunnen weliswaar lichte sancties opgelegd worden door de raad van de arrondissementskamer, doch het is de rechtbank van eerste aanleg die de zwaardere sancties uitsprekt³⁴. Bovendien zijn ook de Raad van State en het Hof van Cassatie, die elk op hun terrein opperste tuchtcolleges zijn, uitsluitend uit beroepsrechters samengesteld.

Theoretisch lijkt een tussenoplossing mogelijk. De tuchtraden kunnen immers samengesteld worden én uit juristen én uit beroepsrechters. Nochtans werd ook tegen deze colleges kritiek uitgebracht. Enerzijds zouden de magistraten slechts een minderheid vormen in de organen en daarenboven zouden zij zich niet ten volle kunnen wijden aan de tuchtzaken daar zij ook een taak — hun hoofdtaak — hebben in de hoven of rechtbanken³⁵.

Nochtans lijken ons deze bezwaren eveneens aanwezig bij de op te richten administratieve rechtbanken. Ook hier zullen de beroepsrechters zich niet enkel kunnen wijden aan de tuchtzaken. Zij zullen ook deskundigen moeten zijn in belastingzaken, militiegeschillen, enz. Daarenboven lijkt het ons niet noodzakelijk dat de beroepsrechters in de meerderheid zijn, op voorwaarde dat zij voldoende invloed hebben en toezicht kunnen uitoefenen op het goede procesverloop, de rechten van de verdediging, de correlatie tussen laakbaar feit en

²³ H. Solus en R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, I, 1961, p. 631, nr. 720; A. BOEHLE e.a. *Arbitrage*, Gent, 1973, p. 19, nr. 30.

²⁴ L. VIAENE, «De orde der geneesheren en de contestatie», R. W., 1976-77, 2265.

²⁵ Vandeckerckhove, o.c., p. 67 e.v.

²⁶ Id., p. 70

²⁷ Id., p. 41 e.v.

²⁸ Viaene, o.c., kol.2263.

²⁹ F. DUMON, «Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie», R. W., 1977-78, 277.

³⁰ DELPÉRÉE, o.c., p. 256 e.v. : A.T.P., 1976-77, 219 e.v.

³¹ VIAENE, o.c., kol. 2263

³² LANGEMEIJER, o.c., p. 6

³³ Keizerlijk Decreet van 10 december 1810, art. 39.

³⁴ Art. 531 en 532 Ger. W.

³⁵ VANDEKERCKHOVE, o.c., p. 70.

sanctie, enz. We dienen er immers rekening mee te houden dat ook in de arbeidsrechtbanken³⁶ of in de rechtbanken van koophandel³⁷ de beroepsrechter numeriek in de minderheid is. Ook hier moet de beroepsrechter samen met de rechters in sociale zaken inhoud geven aan het naar inhoud niet strikt afgelijnde begrip «dringende reden» uit het ontslagrecht. Ook hier moet de rechter in de rechtbank van koophandel samen met de rechters in handelszaken soms bepalen wat men dient te verstaan onder «oneerlijke handelspraktijken».

Het is echter wel duidelijk dat een loutere adviesbevoegdheid voor de magistraten volstrekt onvoldoende is³⁸.

Ook in eerste aanleg zouden er bovendien magistraten zitting dienen te nemen. Zelfs in de hiërarchisch gestructureerde beroepen — met uitzondering wellicht voor het militaire tuchtrecht waarbij de term tuchtrechtspraak volgens Langemeijer nauwelijks past³⁹ — zou een dergelijke garantie aanwezig dienen te zijn. Indien men het noodzakelijk vindt dat magistraten zitting hebben in de tuchtraden van beroep ten einde in een goede rechtsbedeling te voorzien, dan is er o.i. geen enkele reden om in een minder goede structuur te voorzien in eerste aanleg; daarenboven lijkt het ons noodzakelijk dat, zoals hierboven reeds aangehaald, leidende elementen uit de syndicalistische wereld geweerd worden uit de tuchtraden, te meer daar de tuchtorganen naast hun rechtsprekende bevoegdheid ook de normatieve bevoegdheid bezitten.

Naast deze wettelijk ingeschreven onverenigbaarheden menen wij dat ook het werkingsrecht van de beklagde geregeld dient te worden en dat de tuchtrechter zelf zich zou moeten kunnen recuseren.

B. Een onafhankelijk onderzoeks- en vervolgingsorgaan

Opvallend bij de meeste tuchtrechtelijke procedures is wel dat het tuchtcollege naast de normatieve en rechtsprekende taak ook de functie van openbaar ministerie, onderzoeksrechter en raadkamer vervult. De binnengekomen klachten worden gecentraliseerd bij het tuchtcollege zelf⁴⁰, het bureau van het tuchtcollege⁴¹ of bij een lid ervan⁴². Dit orgaan oordeelt of er reden is een tuchtvervolgung al of niet in te stellen. Deze bevoegdheid de zaak te seponeren, te verwijzen of een aanvullend onderzoek te bevelen⁴³ doet denken aan de taak van de raadkamer in strafzaken. Wel dient er volledigheidshalve op gewezen te worden dat de raad in de meeste gevallen eveneens rechtstreeks kan wor-

den geadieerd door een klacht of door het optreden van het parket⁴⁴.

Indien geoordeeld wordt dat een tuchtvervolgung gewenst is, wordt eveneens een lid van het tuchtcollege met het onderzoek belast⁴⁵.

Dit door elkaar vloeien van onderzoeks- en beslissingsbevoegdheid, dat bij gewone rechtbanken uiteraard onmogelijk is en waar een overtreding van dit principe zeer streng gesanctioneerd wordt⁴⁶, is enigszins onbegrijpelijk. Viaene meende dat bij de tuchtvervolgung bij de vrije beroepen, en specifiek bij de geneesheren, de bevoegdheid van aanklacht, opsporing, onderzoek en vervolgung enerzijds diende gescheiden te worden van de bevoegdheid van beslissing anderzijds⁴⁷.

Ook bij de hiërarchisch gestructureerde beroepen werden pogingen ondernomen om een orgaan van tuchtprocureur in het leven te roepen. Reeds in 1894 stelde kamerlid Bergé voor dat bij het ambtenarentuchtrecht «l'instruction des affaires se fait par les soins d'un fonctionnaire que le ministre compétent désigne à cet effet»⁴⁸. In het voorstel - Vandekerckhove wordt het auditoraat van de administratieve rechtbanken met deze taak belast⁴⁹.

Ten einde een degelijk en sereen onderzoek mogelijk te maken zou een onafhankelijk tuchtauditoraat opgericht dienen te worden bij alle tuchtcolleges. Dit orgaan zou zowel belast worden met het onderzoek als met de vervolgung.

C. De rechten van de verdediging

In «Een procesrecht voor deze tijd» waarschuwde prof. M. Storme reeds tegen een al te groot formalisme in het procesrecht⁵⁰. Deze richtlijn is a fortiori geldig bij de uitwerking van het tuchtrechtelijk procesrecht. Indien een al te logge procedureregeling elk optreden van het tuchtorgaan zou belemmeren, dan zou meteen een van de bestaansredenen van het tuchtrecht zelf wegvallen. Nochtans lijkt het noodzakelijk dat de grondbeginselen van het procesrecht ook in het tuchtrechtelijk procesrecht voldoende aan hun trekken kunnen komen. Zo dient er dan uiteraard voor gewaakt dat de eerste van deze grondbeginselen, het recht van de verdediging, gegarandeerd wordt⁵¹. Dit recht van de verdediging is niet alleen een abstract principe. Het dient geconcretiseerd te worden in de verschillende fasen van de procedure.

⁴⁴ Art. 457 Ger. W.

⁴⁵ Zoals de verslaggever bij de notarissen, art. 5, 3°, besluit 2 nivose jaar XII.

⁴⁶ Cass., 8 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 505.

⁴⁷ VIAENE, o.c., kol. 2267.

⁴⁸ *Gedr.St., Kamer*, 1993-94, nr. 173

⁴⁹ VANDEKERCKHOVE, o.c., p. 72, nr. 68.

⁵⁰ M. STORME, «Een procesrecht voor deze tijd», *R.W.*, 1964-65, 658.

⁵¹ P. ZONDERLAND, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle, 1977, p. 155.

³⁶ Art. 81 en 82 Ger. W.

³⁷ Art. 84 Ger. W.

³⁸ Zie art. 83 van het K.B. van 16 maart 1964; art. 30 van het Stabiliteits- en Tuchtstatuut van het personeel van het Katholiek Onderwijs.

³⁹ LANGEMEIJER, o.c., p. 5

⁴⁰ Bv. K.B. 16 maart 1964 voor de rijksambtenaar.

⁴¹ Bv. art. 8 e.v. van het K.B. 6 februari 1970 voor de geneesheren.

⁴² Bv. Art. 13 besluit van 2 nivose jaar XII voor notarissen.

⁴³ Zie art. 24, lid 3, K.B. 6 februari 1970.

a) De *uitnodiging*, waarbij de beklaagde verzocht wordt te verschijnen voor de tuchtverheid, kan vele vormen aannemen. Nu eens gebeurt dit bij aangetekende brief, zoals bij geneesheren, gerechtsdeurwaarders of advocaten⁵², dan weer bij gewone brief, zoals bij de notarissen⁵³ of zoals in het militaire tuchtrecht bij een geschrift dat aan de betrokkene persoonlijk wordt overhandigd en door deze «voor kennisname» getekend wordt⁵⁴. Magistraten worden overeenkomstig art. 423 Ger. W. bij gerechtsbrief opgeroepen. Ook een vrijwillige verschijning is mogelijk⁵⁵.

In elk geval is het belangrijk dat er voldoende garanties worden geboden opdat de betrokkene persoonlijk verwittigd wordt. Daaraan kan voldaan worden door de beklaagde op te roepen bij een aangetekend schrijven met ontvangstbewijs of door een bericht dat persoonlijk, tegen ontvangstbewijs, aan de te dagen persoon wordt overhandigd.

De uitnodiging dient tevens de ten laste gelegde feiten te bevatten. Het is onvoldoende dat de betrokkene wordt uitgenodigd voor een zitting zonder hem op voorhand te verwittigen waarover hij zich zal dienen te verantwoorden. De vermelding dat de beklaagde gehoord zal worden «over de ten laste gelegde feiten», zonder enige precisering, zoals soms nog aangetroffen wordt, is uiteraard onvoldoende⁵⁶.

Tevens moet vermeld worden hoe en door wie de betrokkene zich kan laten bijstaan.

b) De *dagvaardingstermijn* dient ruim genoeg te zijn opdat de betrokkene de kans krijgt een raadsman aan te spreken of zelf zijn verdediging voor te bereiden. Het gebeurt echter nog steeds dat de betrokkene de dag zelf uitgenodigd wordt⁵⁷. Het is tevens onontbeerlijk dat de beklaagde en zijn raadsman gedurende deze termijn het tuchtdossier kunnen inzien. Bij ambtenaren is dit voornog niet bepaald; bv. bij geneesheren is dit wel zo⁵⁸.

c) In *het recht om gehoord te worden* is wel voorzien in de meeste tuchtrechtelijke rechtsplegingen. Volgens Ganshof van der Meersch kan de beklaagde trouwens eisen gehoord te worden zelfs al is dit niet uitdrukkelijk bepaald in de procedureregeling⁵⁹. Toch zijn er twee op het eerste gezicht opvallende uitzonderingen. Een werknemer die wegens dringende redenen ontslagen wordt — toch een zeer zware tuchtsanctie — dient door de werkgever niet eerst gehoord te worden⁶⁰. Evenmin is bepaald dat een rijksambtenaar

gehoord dient te worden voordat een lichte sanctie opgelegd wordt.

Bij andere tuchtregeelingen dient de beklaagde wel gehoord te worden doch niet door het tuchtorgaan zelf. Een minister, die de tuchtmacht moet uitoefenen, kan inderdaad niet alle beklaagden persoonlijk horen⁶¹. Doch kent hij dan wel voldoende de feitelijke gegevens om een sanctie op te leggen? Ook werd beslist dat indien iemand geoordeeld dient te worden door een commissie, het niet noodzakelijk is dat de betrokkene door de commissie zelf gehoord wordt, wanneer deze raad zo groot is dat men geen vergadering kan samenroepen⁶². Dit lijkt ons niet verdedigbaar.

De beklaagde dient door zijn tuchtrechter zelf gehoord te worden.

Zo ook is de stelling, dat de beklaagde niet meer gehoord dient te worden in graad van beroep, niet houdbaar. Het is nochtans in sommige gevallen zo dat het beroepsorgaan geen persoonlijk contact meer heeft met de betrokkene⁶³.

Wanneer men aanneemt dat de tuchtrechter én in eerste aanleg én in beroep aan de betrokkene de kans moet geven gehoord te worden, dan zal men onvermijdelijk de organisatie en de samenstelling van tal van tuchtorganen moeten wijzigen.

d) In de *bijstand van een raadsman* dient eveneens in beide aanleggen te worden voorzien. In sommige procedures is dit thans enkel het geval wanneer men zware sancties overweegt⁶⁴ of in graad van hoger beroep⁶⁵. Wel dient de vraag te worden gesteld of zelfs voor lichte sancties, zoals de berisping, de vermaning of de terechtwijzing, de bijstand van een raadsman noodzakelijk is. Doch dient de minderjarige aan wie door de jeugdrechter een terechtwijzing wordt opgelegd, ook niet bijgestaan te worden door een raadsman? Anderzijds mag men de weerslag van de lichte sancties niet onderschatten. Bij de ambtenaren bv. worden de lichte sancties vermeld op de persoonlijke fiche. Op deze wijze worden ze in aanmerking genomen bij de beoordeling, de bevordering, enz.

Het is tevens voldoende dat de betrokkene enkel kan worden bijgestaan door een «beroepsgenoot». Vooral in de hiërarchisch gestructureerde beroepen bezit deze verdediger onvoldoende onafhankelijkheid om in volle vrijheid en naar eer en geweten de beklaagde te verdedigen⁶⁶.

e) Terecht heeft het Hof van Cassatie aangetoond dat een schending van de rechten van de verdediging

⁵² Art. 534 Ger. W.; art. 465 Ger. W.; art. 25 K.B. 6 februari 1970

⁵³ Art. 13, lid 2, besluit van 2 nivôse XII.

⁵⁴ Regl. A2, 7.5.1.

⁵⁵ Cass., 9 oktober 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 177.

⁵⁶ Raad van State, arrest Sovet, nr. 11.288 van 3 juni 1965.

⁵⁷ Raad van State, arrest Rummens, nr. 15.419 van 4 juli 1972.

⁵⁸ Art. 25, tweede lid, K.B. 6 februari 1970.

⁵⁹ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Le droit de la défense, principe général de droit», in *Mélanges Jean Dabin*, II, p. 590.

⁶⁰ In het nieuwe Stabieleits- en Tuchtstatuut van het personeel van het Katholiek Onderwijs kan de betrokkene echter gehoord worden door de deontologische kamer.

⁶¹ Raad van State, arrest Froidelix, nr. 3059 van 14 juni 1954

⁶² Raad van State, arrest Libert, nr. 14.385 van 4 december 1970.

⁶³ Art. 37 en 123 Gemeentewet

⁶⁴ Art. 79 van het K.B. 16 maart 1964 voor rijksambtenaren.

⁶⁵ Art. 20, §1 van het K.B. 4 februari 1970; repl. A. 2, 7.4. voor militairen.

⁶⁶ R. SCHNEIDER, *Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*, Berlin, 1976, blz. 82 e.v. A. VAN BRAASM en H.G. SURIE, *Toestand en toekomst van de Nederlandse Balie*, Rotterdam, 1972, p. 23.

bewezen moet worden door middel van stukken⁶⁷. Maar het is dan ook noodzakelijk dat dit bewijs mogelijk wordt gemaakt. Ons inziens moet een nauwkeurig zittingsblad worden bijgehouden en moet aan de verdediging het recht verleend worden om akte te laten nemen van alle opmerkingen die zij belangrijk acht voor de te nemen beslissing of voor een latere behandeling in hoger beroep.

D. De uitspraak

In tuchtzaken geschiedt de uitspraak niet in openbare zitting. Noch art. 757 Ger. W., noch art. 97 Grondwet zijn van toepassing. Dit zou in strijd zijn met het rechtsbeginsel dat discretie voorschrijft bij het onderzoek en de berechting van de tuchtzaken⁶⁸.

Ook hier is er echter een uitzondering. De rechter die aan zijn beroepsverplichtingen te kort kwam, wordt uit zijn ambt ontzet door de algemene vergadering van het Hof van Cassatie zitting houdend in raadkamer. De uitspraak gebeurt in openbare terechtzitting⁶⁹.

De uitspraak moet echter wel gemotiveerd zijn. Dit is in het tuchtrecht des te belangrijker daar geen geschreven erecode bestaat. Het is niet voldoende dat de tuchtrechter een sanctie oplegt met als motivering «Overwegende dat de ten laste gelegde feiten bewezen zijn». Nochtans vond het Hof van Cassatie de beslissing voldoende gemotiveerd hoewel deze slechts steunde «sur ce que les faits relatifs à l'exercice de la profession, dont un médecin a été déclaré coupable par la juridiction répressive, sont contraires à la déontologie médicale et sur ce que la condamnation encourue a eu une sensible répercussion sur l'honneur et la dignité de l'Ordre»⁷⁰. Tevens werd beslist dat, wanneer niet uitdrukkelijk een motivering vereist wordt, het voldoende is dat de uitspraak gegrond blijkt uit het dossier⁷¹.

Het Hof van Cassatie heeft terecht geoordeeld dat de beslissing dient te antwoorden op de conclusie van de vervolger⁷².

De Raad van State hield er echter een andere mening op na. De tuchtrechter zou niet dienen te antwoorden op de conclusie⁷³, meer nog, art. 97 Grondwet zou zelfs niet van toepassing zijn⁷⁴. Met deze rechtspraak van de Raad van State kan niet ingestemd worden. De beklaagde dient het recht te hebben conclusies te nemen en het tuchtorgaan moet dan ook deze conclusies beantwoorden.

E. De rechtsmiddelen : verzet, hoger beroep en cassatie

Wanneer de beklaagde in de onmogelijkheid was te verschijnen voor zijn tuchtrechter en deze laatste de beslissing niet wou uitstellen zou men de mogelijkheid van het verzet moeten inschrijven in de tuchtprocedures. Dit is echter niet altijd het geval⁷⁵.

In de mogelijkheid van hoger beroep is in de meeste gevallen voorzien. Toch zijn er ook hier enkele uitzonderingen. Gerechtsdeurwaarders kunnen geen hoger beroep aantekenen tegen de tuchtbeslissingen van de arrondissementskamer⁷⁶, wel tegen de beslissingen van de rechtbank van eerste aanleg. Soms is alleen hoger beroep mogelijk tegen de beslissing waarbij zware sancties worden opgelegd⁷⁷. Een rechter, die door het Hof van Cassatie in algemene vergadering ontzet wordt, kan evenmin hoger beroep aantekenen⁷⁸.

Een tweede aanleg in tuchtzaken lijkt toch realiseerbaar.

Doch, hoewel de beroepsinstantie in sommige procedures meer waarborgen biedt voor de betrokkene, zoals bv. de aanwezigheid van magistraten, lijkt het ons dat dit hoger tuchtorgaan veeleer een revisiekamer dan een beroepsinstantie is. Soms dient de tuchtrechter in beroep de betrokkene niet meer te horen⁷⁹. Een dergelijke procesgang biedt te weinig waarborgen, te meer daar de beroepsinstantie, zelfs zonder eenstemmigheid, de door de eerste rechter uitgesproken sanctie kan verzwaren⁸⁰. Zowel bij verzet als bij hoger beroep zou het tuchtorgaan de behandeling volledig opnieuw moeten aanvatten en zou de verdediging ook hier het recht moeten hebben om conclusies te nemen, te pleiten, enz.

Na de behandeling in hoger beroep zou daarenboven ook voor alle tuchtregelingen een cassatieberoep mogelijk moeten zijn. Thans kan men geen duidelijke lijn trekken in de tuchtprocedures. Bij ambtenaren is geen cassatieberoep mogelijk, doch enkel een annulatieberoep bij de afdeling administratie van de Raad van State⁸¹.

Daarenboven kan dit annulatieberoep enkel worden ingesteld wanneer niet in een georganiseerd administratief beroep voorzien is. Het probleem is echter dat een dergelijk beroep nu eens wel en dan weer niet mogelijk is.

In de procedures waar cassatieberoep mogelijk is, heeft het aanwenden van dit middel niet altijd dezelfde

⁶⁷ Cass., 24 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 580.

⁶⁸ Cass., 5 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 459.

⁶⁹ Cass., 21 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 727.

⁷⁰ Cass., 22 mei 1954, *Pas.*, 1954, I, 550.

⁷¹ Raad van State, arrest Dubray, nr. 7056 van 8 mei 1959.

⁷² Cass., 6 februari 1976, *R. W.*, 1975-76, 2519, *Arr. Cass.*, 1976, 672.

⁷³ Raad van State, arrest Van Hoof, nr. 5751 van 9 juli 1957.

⁷⁴ Raad van State, arrest Van Seymourtier, nr. 8305 van 24 januari 1961.

⁷⁵ Bij de rijksambtenaren is hierin niet voorzien; zie K.B. 16 maart 1954; niet alle auteurs zijn het er echter over eens dat in een verzetprocedure dient te worden voorzien; zie J. MOURGEON, *La répression administrative*, Toulouse, 1966, p. 390.

⁷⁶ Cass. 12 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1084, *R. W.*, 1975-76, 1089.

⁷⁷ Ibidem; Art. 83 K.B. 16 maart 1964.

⁷⁸ Zie Cass., 29 juni 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 1049; Cass., 21 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1073, 727.

⁷⁹ Zie voetnoot 63.

⁸⁰ Cass., 18 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1164; *R. W.*, 1976-77, 179.

⁸¹ *Nov., Droit administratif*, VI, «Le Conseil d'Etat», Brussel, 1975, nr. 815, p. 236.

gevolgen. Bij advocaten schort het in principe de beslissing van de tuchtraad in beroep op⁸², bij gerechtsdeurwaarders niet⁸³. Het is duidelijk dat ook hier wat gelijkvormigheid gewenst is.

Een cassatieberoep biedt o.i. meer voordelen dan een louter annulatieberoep. Terwijl de annulatierechter de beslissing enkel kan vernietigen en wellicht daarom wat terughoudender is, kan de cassatierechter de zaak verwijzen naar de Raad van Beroep, anders samengesteld⁸⁴. Nu dient er wel op gewezen te worden dat de taak van de cassatierechter beperkter zal zijn in tuchtzaken dan in burgerlijke of strafgedingen. Bij gebrek aan codificatie zal de cassatierechter geen beslissing kunnen vernietigen wegens schending van de — materiële — wet. De rechtspraak van het Hof van Cassatie, die sinds de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek gepubliceerd werd, toont trouwens duidelijk aan dat het hoogste rechtcollege zich enkel over geschillen inzake procesrecht diende uit te spreken.

Een sluitend tuchtrecht

Het gaat niet op dat bij het opleggen van een sanctie de tuchtprocesregelen niet worden toegepast omdat de overheid beweert dat de sanctie in wezen geen tucht-sanctie is.

Zo werd gevonnis dat een verwittiging geen tucht-sanctie was⁸⁵. Bij de ambtenaren kan de overheid «maatregelen in het belang van de dienst» nemen, die voor de betrokkene nadelige en verstreckende gevolgen kunnen hebben. Een ambtenaar kan geschorst worden in het belang van de dienst⁸⁶ en tijdens deze schorsing kan zijn wedde worden ingehouden⁸⁷. Dergelijke maatregelen zijn niet vatbaar voor hoger beroep noch voor beroep bij de Raad van State⁸⁸. Sinds het arrest Lion neemt men nu echter wel aan dat wanneer wegens beweerde tekortkomingen dergelijke maatregelen worden opgelegd, die de situatie van de betrokkene in ongunstige zin beïnvloeden, de ambtenaar eerst gehoord dient te worden⁸⁹.

Tevens wordt aanvaard dat de overheid, aan wie het recht werd toegekend ambtenaren te benoemen en te ontslaan, op basis van dit artikel — en zonder enige tuchtprocedure — de betrokken ambtenaar kan ontslaan⁹⁰.

Daarom lijkt het ons belangrijk dat in elk beroepstuchtrecht een precieze lijst van mogelijke sanc-

ties wordt opgesteld en dat duidelijk voorgeschreven wordt dat de overheid geen andere dan deze kan opleggen. Worden ten opzichte van de betrokkene toch andere maatregelen genomen, dan zou deze zich moeten kunnen wenden tot het tuchtcollege dat in volle soevereiniteit zou nagaan of de opgelegde maatregel al dan niet een tuchtsanctie is. Zo ja, dan zal het tuchtcollege de zaak aan zich trekken en een andere, een voorziene, sanctie opleggen.

Uiteraard moet de tuchtverheid de mogelijkheid hebben om tijdens het onderzoek voorlopige maatregelen op te leggen aan de beklaagde. Deze beslissing zou kunnen worden toevertrouwd aan de tuchtauditeur, onder de controle van het tuchtcollege. Het is echter duidelijk dat deze maatregelen beperkt zouden moeten zijn o.m. met betrekking tot de geldigheidsduur ervan.

Besluit

Uit de poging die hier ondernomen werd om een min of meer uniforme regeling uit te werken voor de tuchtrechtspraak in beroepsverband ter beveiliging van de minimale rechten en belangen van de rechtzoekende zonder de specifieke vereisten van een vlote en efficiënte tuchtprocedure in het gedrang te brengen, kunnen de hiernavolgende conclusies worden vooropgesteld :

1) Elk tuchtcollege dient op alle niveaus minstens één beroepsmagistraat onder zijn leden te tellen met beslissingsbevoegdheid. Er zou tevens moeten voorzien worden in de onverenigbaarheid tussen een rechtsprekende functie in een tuchtcollege en de leiding van een syndikalistische beweging. Tenslotte zou het wrakingsrecht moeten worden erkend in hoofde van de rechtzoekende.

2) De bevoegdheden van aanklacht, opsporing, onderzoek en vervolging in tuchtzaken zouden moeten worden toegekend aan een onafhankelijk orgaan dat vanzelfsprekend geen beslissingsbevoegdheid meer heeft.

3) De eerbiediging van de rechten van de verdediging houdt in dat de betrokkene in ieder geval persoonlijk en tijdig verwittigd wordt, zodat hij zijn verweer kan voorbereiden. Bovendien heeft een ieder het recht om persoonlijk gehoord te worden en bijgestaan te worden door een raadsman van zijn keuze. Het tuchtcollege dient een zittingsblad bij te houden.

4) Een omschrijving van de sancties die door een tuchtcollege opgelegd kunnen worden, zou dienen te worden uitgewerkt.

5) Elke uitspraak van een tuchtcollege dient gemotiveerd te zijn en te antwoorden op de middelen die door de betrokkene naar voren zijn gebracht.

6) Principieel dienen de rechtsmiddelen van het verzet, het hoger beroep en cassatie steeds open te staan.

7) Uitsluiting van sancties die onder het mom van andere motieven worden opgelegd.

⁸² Art. 477 Ger. W.

⁸³ Cass., 12 juni 1975, Arr. Cass., 1975, 1084 ; R.W., 1975-76, 1089.

⁸⁴ Cass., 12 juni 1975, Arr. Cass., 1975, R.W., 1975-76, 1089.

⁸⁵ Art. 477 Ger.W.

⁸⁶ Hof Luik, 25 april 1851, *Pas.*, 1851, II, 226.

⁸⁷ Raad van State, arrest Dupont, nr. 14.291 van 8 oktober 1970.

⁸⁸ Raad van State, arrest Blaauw, nr. 12.541 van 15 september 1967.

⁸⁹ Raad van State, arrest De Gols, nr. 13.770 van 5 november 1969.

⁹⁰ Raad van State, arrest Lion, nr. 15.094 van 22 december 1971.

⁹¹ Raad van State, arrest Lamalle, nr. 13.939 van 5 februari 1970.

DE VERBETERING VAN HET ADMINISTRATIEF CONTENTIEUX

Preadvies door prof. W. Lambrechts, docent U.I.A.

Een hernieuwde beweging voor een hervorming van het administratief contentieux werd in september 1976 op gang gebracht door een werknota van de minister voor Hervorming der Instellingen, waarover op 12 januari 1977 door de U.F.S.A.L. een colloquium werd georganiseerd.

Op haar beurt wil de Vlaamse Juristenvereniging het probleem onderzoeken.

De preadviseur heeft getracht de naar zijn inzicht als kernvraagstukken te beschouwen punten aan te stippen met het oog op een verdere bespreking.

I. Begripsbepaling

Alvorens ten gronde de hervorming van het administratief contentieux te onderzoeken, lijkt het gepast een begripsomschrijving van het bestuursgeschil te geven.

De rechtsvergelijkende studie biedt geen houvast omdat ieder land moet uitgaan van uiteenlopende grondwettelijke teksten.

In de Belgische rechtsleer bestaat geen eensgezindheid.

Enkele auteurs verdedigen een strakke begripsbepaling. Volgens hen is het bestuursgeschil het geschil dat beheerst wordt door de speciale regels van het publiekrecht die, met toepassing van de artikelen 92 en 93 van de Grondwet, werden uitgevaardigd om geschillen die in een bestuurshandeling hun oorsprong vinden, voor de administratieve rechter tot oplossing te brengen¹.

Deze omschrijving lijkt ons moeilijk aanvaardbaar omdat, onder de diverse vormen waarin het administratief beroep tot uiting komt, twee ervan, met name het beroep op de toezichthoudende overheid en het georganiseerd administratief beroep, volkomen in de procedure van het bestuursgeschil zijn ingeschakeld; bovendien komt het ons als een miskenning van de inhoud van artikel 93 voor, wanneer men de bestuursgeschillen alleen wil zien als geschillen die beslecht worden door de administratieve rechter.

Wij stellen de volgende definitie voor: de bestuursgeschillen betreffen betwistingen tussen een particulier en een administratieve overheid of tussen administratieve overheden onderling, omtrent handelingen van een administratieve overheid, die door publiekrechtelijke regelen worden beheerst en waarbij rechten of belangen zijn betrokken, waarvan de beslechting, krachtens de Grondwet of een wet, hetzij aan het bestuur zelf, hetzij aan de gewone rechter of aan een administratief rechtscollege toekomt.

¹ H. COREMANS, «Pleidooi voor een strakke begripsbepaling van het bestuursgeschil», *T.B.P.*, 1972, 87.

II. Behoud van het jurisdictioneel pluralisme

De toewijzing van geheel het administratief contentieux aan de administratieve rechter is onverenigbaar met de inhoud van de artikelen 92 en 93 van de Grondwet. Daarmee is niet alles gezegd, want, in het kader van een beoogde algemene staatshervorming die gepaard moet gaan met een alles omvattende grondswetwetherziening, zou het zeer goed denkbaar zijn dat ook de artikelen 92 en 93 voor wijziging vatbaar worden verklaard.

Het ziet er evenwel naar uit dat er geen strekking meer is die afbreuk wenst te doen aan het beginsel van het jurisdictioneel pluralisme. Wel blijft de vraag levendig welke geschillen over subjectieve politieke rechten bij voorkeur worden toegekend aan de gewone rechter in plaats van aan de andere rechtscolleges. Het komt niet wenselijk voor bestuursgeschillen in de rechterlijke macht te integreren wanneer hun berechting het hanteren van beginselen vereist die buiten het burgerlijk recht liggen en waarbij het algemeen belang een overwegende rol speelt.

Sommige administratieve rechtscolleges zijn samengesteld met het oog op een bijzondere technische opdracht waarvoor men, om diverse redenen, niet steeds een beroep kan doen op een deskundige.

III. Is een hervorming dringend nodig?

A. Dat het administratief contentieux voor verbetering vatbaar is, zal niemand betwijfelen. Maar of men dringend naar een grondige hervorming toe moet is een vraag die zeker niet eensgezind beantwoord wordt. Verscheidene studies werden gewijd aan de hervorming van de bestuursgeschillen², waarin o.m. de oprichting van administratieve rechtbanken van eerste aanleg werd bepleit in een streven naar deconcentratie, vereenvoudiging en eenheid van rechtspleging met de Raad van State als beroepsinstantie.

Die idee kreeg concrete vormen in het wetsvoorstel De Staercke van 1963³ en werd weer opgenomen in september 1976 in de werknota van de minister voor Hervorming der Instellingen⁴.

Het verschil tussen 1963 en 1976 bestaat hierin dat door de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek geheel het domein van het sociaal

² Onder de voornaamste: J. LESPÈS en M. VAUTHIER, «Les juridictions administratives du premier degré», *Ann. dr. pol.*, 1935, 317-327; J. STASSEN, «Introduction à l'étude d'une réforme du contentieux administratif belge», *R.J.D.A.*, 1954, 241-251.

³ *Parl. St., Kamer*, 1963-64, nr. 652, 1.

⁴ R. VANDEKERCKHOVE, *Geschillen van bestuur. Hervorming van het administratief contentieux*, werknota, 1976, 82 blz.

contentieux met zijn verspreide administratieve rechtscolleges aan de arbeidsrechtbanken werd overgedragen. Men schat bij ruwe benadering dat het aantal administratieve rechtscolleges van 400 op ongeveer 100 werd teruggebracht.

Desbetreffend wordt met nadruk gesuggereerd om over te gaan tot het opstellen van een nauwkeurig relevé van de bestaande administratieve rechtscolleges. Dat is nooit volledig gebeurd, noch vóór, noch na 1967. V  r 1967 worden nuttige, maar daarom niet volledige, inlichtingen verstrekt in het werk van Cambier⁵.

Wanneer men een volledig overzicht zal hebben over de morfologie van de administratieve rechtscolleges zal men echt op nuttige wijze de vraagstukken van hervorming en verbetering van het administratief contentieux kunnen aanpakken. Dan zal men ook op ernstige wijze kunnen berekenen of het zinvol is het administratief contentieux te splitsen in een veralgemeende eerste aanleg en in een beroepsinstantie die de Raad van State uitsluitend, ofwel voornamelijk, zou worden in de sector van het objectief contentieux.

B. Het is bekend en het wordt betreurd dat de procedures traag verlopen. De gedingen voor de Raad van State maken hierop geen uitzondering. Sommigen menen dat de uitbouw van een dubbele aanleg de procedure zal bespoedigen. In de huidige stand van zaken zijn wij hiervan niet overtuigd. Men moet ernstig overwegen of de inrichting van een veralgemeende, ongedifferentieerde instantie van eerste aanleg en een beroepsfase in het administratief contentieux geen grotere vertraging gaat veroorzaken in de beslechting van de administratieve beroepen. De factoren die in Frankrijk hebben gespeeld om in 1953 over te gaan tot de oprichting van de «tribunaux administratifs» gelden niet in België. Onder de belangrijkste vermelden wij het onderscheid in de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke en de administratieve rechtscolleges in beide landen. Wanneer die factor een inleiding van meer dan 20.000 zaken per jaar veroorzaakt, is een dubbele aanleg gerechtvaardigd. De ervaring met de Franse administratieve rechtbanken van eerste aanleg is verder bevredigend omdat slechts 12 % beroepen worden ingesteld. Bij gemis van vertrouwen in de uitspraken van eerste aanleg zou een dergelijke hervorming evenwel haar doel missen⁶.

Bovendien blijven, ondanks het bestaan van 26 administratieve rechtbanken, talrijke geschillen ter beslechting toegewezen aan gespecialiseerde administratieve rechtscolleges. Is het zeker dat men zulks in België zal willen of kunnen vermijden?

IV. Onderzoek van de bevoegdheidstoewijzingen

Op veertien domeinen, waarvan verschillende van ondergeschikt belang, blijkt een verschuiving van de bevoegdheidstoewijzing mogelijk te zijn⁷. Onder de belangrijkste treft men het tuchtrecht aan en de geschillen in verkiezingszaken.

A. In disciplinaire aangelegenheden is het in België en in vele andere landen steeds de traditie geweest dat, minstens in eerste aanleg, hetzij administratieve overheden, hetzij de ordes van de vrije beroepen, de tuchtvergripen beoordelen. «Jurisdictionalisatie» van de tuchtactie wordt niet als een onontbeerlijke vereiste beschouwd. Zij veroorzaakt een tendens naar een strikte codificatie van de tuchtvergripen die niet mogelijk, minstens niet wenselijk wordt geacht. Ieder beroep, ieder ambt brengt eigen plichten mee waarvan de overtreding het best wordt aangevoeld door hen die het beroep of het ambt dagelijks zelf beleven. Een disciplinaire fout kan slechts op discretionaire wijze beoordeeld worden in verband met het algemeen gedrag van de betrokken ambtenaar⁸. Men moet zich ernstig afvragen of de rechter alleen wel kan oordelen wat de eer en de waardigheid in de zeer diverse beroepen betekenen.

Opgemerkt zij terloops dat men bij dergelijke moeilijkheden niet of zelden in het domein van het administratief contentieux vertoeft⁹.

B. De geschillen inzake kiesrecht zouden eveneens aan de administratieve rechtbanken van eerste aanleg toegewezen worden.

1. De betwistingen in verband met de inschrijvingen in het kiezersregister worden beslecht door het hof van beroep. Is het om praktische redenen nodig die betwistingen aan administratieve rechtbanken op te dragen? De geschillen zijn bijzonder zeldzaam. Naar aanleiding van de gemeenteraadsverkiezingen van 10 oktober 1976 werden dertien betwistingen aan het oordeel van de vijf hoven van beroep onderworpen, betwistingen, die op een voormiddag werden afgehandeld.

2. Wel moet ter zake de werking van de bestendige deputaties aan een onderzoek worden onderworpen.

De wet van 5 juli 1976 tot wijziging van de kieswetgeving heeft een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de automatische controle van de bestendige deputatie op de juistheid van de zetelverdeling onder de lijsten alsmede van de rangorde waarin de raadsleden en de opvolgers gekozen worden verklaard, en de uitspraak van deze organen over een tegen de verkiezing ingediend bezwaar.

⁷ Voor een opsomming raadplege men de werknota-Vandekerckhove blz. 41-70.

⁸ Y. CHAPEL, in *L'exercice de la fonction disciplinaire dans les administrations centrales des pays du Marché commun*, Larcier, Brussel, 1965, blz. 26-27.

⁹ F. DUMON, «Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie», R.W., 1977-78, 279.

⁵ C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, II, blz. 101 e.v.

⁶ M. WALINE, «L'expérience française des tribunaux administratifs du premier degré», A.P., 1977, 211-212.

Voor de eerste bevoegdheid bestaat er geen aanleiding toe om deze administratieve taak aan de bestendige deputatie te onttrekken. Anderzijds heeft de ervaring uitgewezen dat bij bezwaren tegen de gemeenteraadsverkiezingen politieke beweegredenen de motivering van bepaalde uitspraken hebben ontsierd. Er moet naar passende middelen worden gezocht om die toestand te verhelpen. Moet zulks noodzakelijk via nieuwe administratieve rechtbanken?

V. Enkele voorstellen tot verbetering

Naar ons gevoel ligt in de huidige omstandigheden de door te voeren verbetering niet in de oprichting van nieuwe administratieve rechtbanken van eerste aanleg, maar eerder in de verfijning van de procedureregeling.

Wanneer we de term procedure gebruiken, denken wij niet alleen aan de contentieuze administratieve procedure, maar ook aan de niet-contentieuze administratieve procedure¹⁰, met andere woorden niet alleen aan de procedure die de repressieve of curatieve controle regelt, maar ook aan die welke de preventieve bescherming moet beheersen.

A. De preventieve bescherming

Het mag geen grote verwondering wekken dat men voorstellen tot verbetering van het administratief contentieux laat aanvangen in het domein van de niet-contentieuze administratieve procedure. Daar curatief optreden niet los te denken is van een min of meer lange periode die iedere procedure vergt, is het aangewezen te zoeken naar preventieve middelen om achteraf de dikwijls aanzienlijke moeilijkheden te vermijden die de noodzaak van het rechtsherstel veroorzaakt.

Twee domeinen blijken bijzondere aandacht te verdienen.

1. Het kan geen louter toeval zijn dat het veelvuldiger overheidsoptreden geleid heeft tot een neiging om de administratieve besluitvorming op algemene wijze te formaliseren door de invoering van een minimum aantal algemene bepalingen die bij de totstandkoming van een administratieve rechtshandeling gevolgd moeten worden. In 1925 was Oostenrijk het eerste land dat desbetreffend heeft gelegifereerd. In 1977 hadden tien landen een wet betreffende de vorm van de overheidshandelingen. In een reeks andere landen werden wetsvoorstellen ingediend¹¹. Voor België denke men aan het wetsvoorstel-Neybergh van 1957¹², voor Nederland aan het voorstel van de commissie-Van Maarseveen over «algemene bepalingen van administratief recht» van 1974¹³, waarbij een twee-

voudig doel wordt nagestreefd: versterking van de positie van de individuele burger tegenover de overheid en verbetering van de doelmatigheid van de besluitvorming bij het bestuur.

2. In de tweede plaats moet de mogelijkheid van passieve en actieve openbaarheid van het overheidsoptreden worden uitgebouwd. Het recht van vrije toegang tot overheidsdocumenten is slechts uitzonderlijk geregeld. Een stelsel zoals uitgebouwd in artikel 63 van de wet van 29 maart 1962 op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw dat de openbaarheid van de plannen van aanleg, de bouw- en verkavelingsvergunningen ordent, zou op meer algemene wijze moeten worden ingeschreven. De actieve openbaarheid waarbij de voorlichting op intensieve wijze wordt georganiseerd staat nog in de kinderschoenen. De uitgave van een mededelingenblad en het organiseren van wijkvergaderingen, zoals bijvoorbeeld te Antwerpen, geniet een succes. Zij kunnen bijdragen leveren tot het vermijden van latere bestuursgeschillen.

Met die bedenkingen willen wij echter niet stellen dat alleen dergelijke uitdrukkelijke teksten de burger een trefzekere bescherming bieden. Onder de tien landen die een wet betreffende de niet-contentieuze administratieve procedure hebben, bevinden zich ook Oosteuropese landen. Anderzijds heeft de rechtspraak van de Raad van State een onmiskenbare rol gespeeld in de totstandkoming van ongeschreven regels die het besluitvormingsproces een democratischer gestalte geven en tegemoet komen aan de verzuchtingen van hen die heil zien of zoeken in een wet houdende algemene bepalingen voor een niet-contentieuze administratieve procedure.

B. De curatieve bescherming

1. Algemeen

De curatieve en repressieve rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden komt dikwijls te laat en is soms onvolkomen en ondoeltreffend. Om deze gebreken te verhelpen worden verschillende mogelijke verbeteringen van de procedureregeling voorgesteld.

Wij blijven vanzelfsprekend niet meer stilstaan bij de voorstellen om administratieve rechtbanken met een algemene bevoegdheid en een uniforme procedureregeling tot stand te brengen. Onze twijfel omtrent de heilzame werking van die hervorming werd hiervoor reeds geuit.

Wel lijkt het ons toe dat de procedureregeling voor de administratieve rechtscolleges, en in de eerste plaats voor de Raad van State, aangevuld moet worden met bepalingen betreffende de schorsing van de tenuitvoerlegging, de invoering van het kort geding en de bevoegdheid betreffende de moeilijkheden die men bij de uitvoering van een uitspraak kan ondervinden.

Bij de bespreking van deze punten mag niet voorbijgegaan worden aan de bevoegdheid van de gewone rechtbanken ter zake: we gaan immers uit van een brede begripsomschrijving van het bestuursgeheel.

¹⁰ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., Parijs, 1968, 732 blz.

¹¹ C.H. ULE en H.W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrensrecht*, Heymann, Keulen, 1977, 350 blz.; zie vooral blz. 18-19.

¹² Wetsvoorstel betreffende de vorm van de overheidshandelingen, *Parl. St., Senaat*, 1956-57, nr. 235.

¹³ Men leze o.m. A. DONNER, «Algemene bepalingen van administratief recht», *N.J.B.*, 1974, 1085-1090.

2. Evolutie van de gewone rechtspraak

Wanneer men de rechtspraak van de gewone gerechten van 1956 tot nu onderzoekt, moet men met de koninklijke commissaris voor de gerechtelijke hervorming beamen dat het beginsel van de scheiding der machten geen hinderpalen stelt voor de kennisneming door de rechterlijke macht, rechtsprekend in kort geding, van administratieve feitelijkheden, en allerminst voor de middelen van onderzoek die toelaten later uitspraak te doen over een rechtsvordering tot schadevergoeding¹⁴. Diverse gepubliceerde arresten tonen aan hoe in kort geding tot de stopzetting van onwettig overheidsoptreden werd overgegaan¹⁵. In het raam van de bestaande procedureregeling is de gewone rechter voldoende gewapend om de administratieve feitelijkheden te doen stopzetten. De burgerlijke rechter in kort geding moet er zich enkel voor hoeden zijn toezicht niet te laten ontaarden in een wettigheidstoezicht dat de wetgever aan de administratieve rechter heeft toevertrouwd. Voor het overige moet hij, aldus Suetens, omzichtigheid in stoutmoedigheid betrachten¹⁶.

3. Hervormingen in de administratieve rechtspraak

a) In de procedure voor de Raad van State zouden het kort geding en de schorsing van de tenuitvoerlegging moeten worden ingesteld.

De schorsing van de tenuitvoerlegging zal noodzakelijk moeten worden gevraagd via een procedure in kort geding, maar niet alle kort gedingen moeten noodzakelijk handelen over een vraag tot schorsing. Naar Frans recht kan de administratieve rechter alle nuttige maatregelen bevelen zonder afbreuk te doen aan de hoofdeis. Verschillende Westeuropese landen kennen deze figuren.

— De Franse wetgeving geeft aan de administratieve rechtbanken de bevoegdheid om uitzonderlijk en op voorwaarde dat de beslissing niet de handhaving van de openbare veiligheid aanbelangt de schorsing van de uitvoering te bevelen. Bovendien moet de bestreden maatregel van die aard zijn dat hij zoniet een onherstelbaar, dan toch minstens een moeilijk te herstellen nadeel, aan de verzoeker berokkent. Ten slotte moet het verzoekschrift op het eerste gezicht ontvankelijk en gegrond lijken¹⁷.

— De Italiaanse wet op de Raad van State kent de schorsing onder ongeveer dezelfde voorwaarden¹⁸.

— Sinds 1 mei 1975 stelt art. 80 van de Nederlandse wet op de Raad van State dat, hangende het onderzoek, een besluit ten verzoeken van de belanghebbende geheel of gedeeltelijk door de voorzitter kan worden geschorst op grond dat de uitvoering van het besluit voor hem een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van het besluit te dienen belang. Ook kan op zijn verzoek een voorlopige voorziening worden getroffen ter voorkoming van zulk onevenredig nadeel.

— In België wordt zeer zelden door bijzondere wetsbepalingen van het beginsel van de uitvoerbaarheid van de administratieve rechtshandeling afgeweken.

De ervaring heeft uitgewezen dat het probleem van de schorsing een bijzonder belang vertoont in verband met de mogelijke onregelmatigheid van rechtshandelingen die de toestemming geven tot het sluiten van overeenkomsten in het raam van de overheidsopdrachten. De wet van 14 juli 1976 heeft weliswaar op forfaitaire wijze bepaald dat schadeloosstelling a rato van 10 % van het bedrag van de inschrijving toegekend wordt aan de onregelmatig geweerde laagste regelmatige inschrijver, maar hiermee is zeker geen volledige schadeloosstelling verzekerd.

Sinds 1961 werd herhaaldelijk in wetsvoorstellen of amendementen bij wetsontwerpen en wetsvoorstellen de mogelijkheid tot schorsing van tenuitvoerlegging voorgesteld¹⁹. Ook de rechtsleer liet zich niet onbetuigd²⁰. Op weinig overtuigende wijze hebben de ministers deze voorstellen steeds afgewimpeld.

Men moet evenwel niet bang zijn dat misbruik gemaakt zal worden van een dergelijke mogelijkheid, aangezien zowel de parlementsleden als de rechtsleer bereid zijn de schorsing van de tenuitvoerlegging te aanvaarden, mits voldaan wordt aan vier voorwaarden die de voorzichtige toepassing van die rechtsfiguur zullen waarborgen :

- de Raad van State kan niet onmiddellijk uitspraak doen over de zaak zelf ;
- de tenuitvoerlegging zou onherstelbare schade veroorzaken ;
- de schorsing zou in de tijd beperkt zijn en steeds herroepbaar ;
- het uitstel zou een uitzonderlijk karakter hebben²¹.

b) De uitvoering van de vernietigingsarresten. De Belgische Raad van State heeft een groot gezag en zijn beslissingen werden tot voor kort, weliswaar niet altijd probleemloos, uitgevoerd²².

¹⁴ Verslag over de gerechtelijke hervorming, 1964, blz. 139.

¹⁵ Voor een overzicht zie : A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Story, Gent, 1977, 7e uitg., blz. 460-461.

¹⁶ L.P. SUETENS «Rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter», *Misc. Ganshof van der Meersch*, III, blz. 689.

¹⁷ J.M. AUBY en R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., Parijs, 1975, I, blz. 835-838, II, blz. 34-47.

¹⁸ Artikel 39 Sw. op de Raad van State van 26 juni 1924.

¹⁹ Voor een overzicht tot 1970 zie W. LAMBRECHTS, «Raad van State, waarheen ?», R.W., 1970-71, 240-258.

²⁰ CH. HUBERLANT, «Le problème du sursis à exécution des décisions administratives en Belgique», R.J.D.A., 1975, 81-118 ; P. LEWALLE, «Une adjonction nécessaire aux compétences du Conseil d'Etat ; le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution ?», *Ann. Fac. droit Liège*, 1975, 289-311.

²¹ *Parl. St., Senaat*, 1964-65, nr. 151, blz. 4-6.

²² A. FLAMME, «Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de

Die vaststelling is belangrijk in een rechtsstelsel waarin de burger niet beschikt over uitvoeringsmiddelen tegen het bestuur. Rechtsleer en rechtspraak hebben aangetoond dat de uitvoering van de vernietigingsarresten van de Raad van State door juridische en feitelijke beperkingen gehinderd wordt.

Het veranderlijke antwoord op de vraag of uit de rechtskracht van het annulatiearrest volgt dat er maatregelen tot rechtsherstel moeten worden genomen en welke juist, wordt bepaald door de natuur en de inhoud van de overtreden rechtsplicht, met dien verstande dat bovendien rekening moet worden gehouden met het geheel der rechten en plichten die in een bepaalde situatie, krachtens het geheel der toepasselijke rechtsregelen, vervat liggen²³.

Onder de feitelijke beperkingen die in de praktijk de rechtskracht van de vernietigingsarresten verminderen, vermelden wij allereerst de tardiviteit. Vernietigingen die vaak pas na enkele jaren uitgesproken worden missen ieder werkelijk nut. In bepaalde omstandigheden, zoals bijvoorbeeld in het ambtenarenwezen, is het niet altijd mogelijk de toestand te herstellen; daarom wordt het Parlement soms geroepen om, door de techniek van de geldigverklaring door wetsbepaling, de vernietigingsbesluiten terzijde te stellen die ineens een groot aantal ambtenaren treffen. Het vernietigingsarrest heeft terugwerkende kracht maar die regel wordt toegepast met de aanpassingen welke de rechtszekerheid, de vereisten van de dienst en de billijkheid opleggen. De regel dat de vernietigde bestuurshandeling geacht moet worden nooit te hebben bestaan, komt in werkelijkheid neer op de aan de administratieve overheid opgelegde verplichting het nodige te doen om de rechtstoestand in de mate van het mogelijke te herstellen. Hoe langer de uitspraak op zich laat wachten hoe moeilijker het wordt dit rechtsherstel op bevredigende wijze door te voeren. De Raad van State tracht met verschillende middelen de achterstand kleiner te maken. Zo wordt thans stipt toegezien op de tijdige neerlegging van de te wisselen memories en worden de vragen om uitstel voor het neerleggen van de memories aan een streng onderzoek onderworpen zodat het auditoraat tijdig met zijn verslag kan starten. De leden van het auditoraat moeten evenwel geregeld prioriteit verlenen aan de medewerking in de afdeling wetgeving, wat dan een vertraging in de afdeling administratie veroorzaakt. Het effectief aantal werkende leden ligt lager dan het bestand ingevolge wisselende detacheringen. Die detacheringen kunnen ongetwijfeld heilzaam zijn voor een goed begrip van de werking van het bestuur en van de politieke besluitvorming, op voorwaarde dat zij niet te lang duren.

Een tweede feitelijke beperking bestaat erin dat tegen het bestuur geen dwangmaatregelen kunnen worden genomen aangezien het alleen het monopolie van de dwanguitvoering bezit. De Raad van State ontkent zich de bevoegdheid om bevelen te geven aan het bestuur of om zich in zijn plaats te stellen. Evenmin zal de Raad gaan bevelen hoe het arrest moet worden uitgevoerd, laat staan dat hij rechtshandelingen zou verrichten die noodzakelijk het gevolg moeten zijn van een vernietigingsarrest: hij kan bijvoorbeeld de verzoeker niet benoemen of bevorderen of een nieuwe aanbesteding uitschrijven.

Uit de regel dat geen dwangmiddelen tegen het bestuur kunnen worden uitgeoefend volgt dat de doeltreffendheid van de jurisdictionele uitspraken in grote mate afhangt van de goede wil van het bestuur.

Er bestaan enkele remedies die deze regel afzwakken. Ook moet men zich buigen over mogelijke in te voeren remedies wanneer de overheid afbreuk zou doen aan de eigen plicht om het gezag van het gewijsde te eerbiedigen.

Het ontkennen door het bestuur van een vernietigingsarrest is een schending van het gewijsde die de enkeling de bevoegdheid geeft een nieuw beroep tot nietigverklaring in te stellen.

Door een handige motivering kan de Raad van State het administratief optreden na een vernietigingsarrest in een bepaalde richting sturen. Die tendens moet zeker aangemoedigd worden en wordt door het bestuur en de rechtzoekende met dank aanvaard.

Het mag wel merkwaardig heten dat de gewone rechter, wanneer hij bevoegd is om op te treden tegen het bestuur, over meer middelen beschikt dan de administratieve rechter. Afgezien van de problemen van kort geding en schorsing, waarvan de bespreking in een ander onderdeel van het preadvies thuishoort, bemerkt men dat in burgerlijke zaken de gewone rechter een veroordeling tot schadevergoeding kan uitspreken tegen het werkelijk of mogelijk onwillig bestuur, schadevergoeding die in feite een dwangsom is. Zou de wetgever het opleggen van een dwangsom niet kunnen onderbrengen in art. 93 van de Grondwet, waardoor de administratieve rechter geen bevoegdheidsproblemen meer zou hebben? Tot nader order beschikt de wetgever nog steeds over de volheid van bevoegdheid.

Welke zijn de mogelijke remedies? Bij de beantwoording van die vraag worden wij geholpen door rechtsvergelijkende studies.

In Frankrijk heeft een decreet van 30 juli 1963 de waarborgen voor de uitvoering van de beslissingen van de Raad van State met drie middelen verstevigd.

— De betrokken ministers kunnen aan de Raad van State vragen het bestuur voor te lichten over de modaliteit van de uitvoering van de beslissing. In het soms ingewikkeld domein van de gevolgen van de vernietigingsarresten wordt daardoor aan het bestuur de mogelijkheid ontnomen de inertie te verontschuldigen met het onbegrip.

l'administration», J.T., 1972, 419-423 en 443 vooral blz. 441-443; A. VANDER STICHELE, «Over de uitvoering van administratiefrechtelijke beslissingen in België en in den vreemde», T.B.P., 1975, 67-79.

²³ R.v.S., Van Lantschoot nr. 11533 van 1 dec. 1955.

— De ondervoorzitter van de Raad van State of de voorzitter van de Afdeling voor Geschillen, kunnen de door het voornoemd decreet ingestelde commissie, die jaarlijks een rapport moet opstellen, verzoeken de aandacht van het bestuur te vestigen op het gevolg dat aan een beslissing moet worden gegeven.

— Ten slotte beschikken de verzoekende partijen zelf over de bevoegdheid om aan de gemelde commissie de moeilijkheden te onderwerpen die zij ontmoeten bij de uitvoering van de beslissing. Daartoe kunnen zij overgaan na verloop van zes maanden, te rekenen van de datum van de uitspraak. Het beroep op de commissie dat de rechtzoekenden ter beschikking staat heet men het «recours officieux».

Het Italiaans administratief contentieux kent een wettelijke bepaling die de Raad van State bevoegdheid geeft kennis te nemen van de beroepen die strekken tot het verkrijgen van de uitvoering van de verplichting van de administratieve overheid zich te gedragen, voor wat betreft het besliste geval, naar het gewijsde. Dat beroep strekt ertoe rechtstreeks te verkrijgen dat de Raad van State zich in de plaats stelt van de administratieve overheid die niet voor de uitvoering heeft gezorgd.

Ook Duitsland kent dwangmaatregelen tegen het bestuur. In landen zoals Engeland en Italië kunnen de ambtenaren bij onwil strafrechtelijk veroordeeld worden.

Bij het doornemen van de uitspraken van de Raad van State werden wij de laatste tijd onaangenaam getroffen door een reeks arresten, meestal tegen hetzelfde departement, waaruit blijkt dat ministers weigeren de beslissingen van de Raad van State na te leven. Politieke overwegingen, van welke aard ook, vermogen niet het wettigheidsbeginsel systematisch te miskennen. Andere voorbeelden uit het verleden hebben aangetoond dat wel eens afbreuk wordt gedaan aan de ministeriële plichten en deontologie. Sanctiemogelijkheden, gesteld tegen ambtenaren, moeten gepaard gaan met de mogelijkheid van optreden tegen de ministers. Het wetsontwerp betreffende de ministeriële aansprakelijkheid dat thans in de Kamer sluimert²⁴, moet in ieder geval goedgekeurd worden.

²⁴ *Parl. St., Kamer*, 1974-75, nr. 651.

VI. Besluiten

Samengevat lijken de volgende punten de poging tot verbetering van het administratief contentieux te moeten beheersen.

1. Het bestuursgeschil vergt een ruime begripsbepaling.

2. Het komt niet wenselijk voor af te stappen van het beginsel van het jurisdictioneel pluralisme voor de berechting van de bestuursgeschillen.

3. Sinds de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek en in de huidige omstandigheden, bestaat geen dringende noodzakelijkheid voor de oprichting van administratieve rechtbanken van eerste aanleg.

4. Om de studie over een dergelijke hervorming ernstig door te voeren is het onontbeerlijk een volledig overzicht te hebben over de morfologie van de administratieve rechtscolleges.

5. Het Franse voorbeeld van de «tribunaux administratifs» biedt voor België geen nuttig vergelijkingspunt.

6. Er moet een verder onderzoek gewijd worden aan de vraag of de vaak gegronde bezwaren tegen bepaalde bevoegdheidstoewijzingen enkel verholpen kunnen worden door de oprichting van administratieve rechtbanken van eerste aanleg.

7. Een goed begrepen verbetering van het administratief contentieux begint in het domein van de niet-contentieuze administratieve procedure, die kan bijdragen tot het vermijden van bestuursgeschillen. Niet enkel formele wetteksten, ook en vooral de rechtspraak van de Raad van State spelen hierbij een rol.

8. Bovendien voor punten van ondergeschikt belang, moet de procedureregeling voor de administratieve rechtscolleges, en in de eerste plaats voor de Raad van State, aangevuld worden met bepalingen betreffende het kort geding, de schorsing van de tenuitvoerlegging en de bevoegdheid bij de moeilijkheden die men bij de uitvoering van de uitspraak kan ondervinden.

9. De diverse punten tot verbetering van het administratief contentieux behoeven geen grondwetsherziening.

CIVIELRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

Preadvies door Jan Delva, raadsheer in het Hof van Cassatie

1. De rechtsbescherming tegen onrechtmatig overheidsoptreden wordt in het geldend Belgisch recht hoofdzakelijk beheerst door de samen gelezen artikelen 92, 93, 107 van de Grondwet en 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek.

De rechtsfiguur die in deze verwijzing gestalte vindt is die van een beperkte overheidsaansprakelijkheid. De term «overheid» overlapt hier dus niet het globale begrip «openbare macht», dat de drievoudige functie van het Staatsbeleid omvat. De overheid die in dit overzicht in de kijker loopt is de administratieve overheid, de uitvoerende macht. De aansprakelijkheid van de Staat in zijn wetgevende en zijn rechterlijke functie worden niet ter discussie gesteld*.

Grondwetsartikel 107 verplicht de rechterlijke macht de overheidshandelingen (koninklijke en ministeriële besluiten, provinciale en gemeentelijke reglementen e.d.m.) op hun wettelijkheid te toetsen.

Luidens art. 92 van de Grondwet behoren de geschillen over burgerlijke rechten tot de exclusieve bevoegdheid van de gewone rechtbanken, terwijl art. 93 van de Grondwet de kennisneming van de geschillen over politieke rechten in principe insgelijks aan de gewone rechtbanken heeft opgedragen, met dien verstande dat de wetgever ten deze in de oprichting van administratieve rechtbanken voorzien kan.

Naar Belgisch positief recht is de bescherming van de individuele — subjectieve — rechten door de rechterlijke macht regel, rechtsbescherming door de administratieve rechter uitzondering¹.

Wat betreft de jurisdictionele bevoegdheid van de administratieve rechtscollèges — inclusief de Raad van State — is de vraag gerezen of «de belangrijke uitgroei ervan wel verenigbaar is met de bepalingen van art. 93 van de Grondwet, die eerder een slechts beperkte afwijking van de algemene bevoegdheid van de burgerlijke rechters lijken toe te staan»².

Deze vraag wordt hier evenmin beantwoord.

Doel van dit preadvies is het overzichtelijk schetsen van de krachtlijnen die de evolutie van de Belgische rechtspraak betreffende de foutaansprakelijkheid van de overheid hebben georiënteerd.

Het overzicht werd chronologisch opgevat en ingedeeld in het licht van de op dit stuk toonaangevende speerpuntarresten van het Hof van Cassatie, en wel :

a) het Flandria-arrest van 5 november 1920³ : erkenning van de oordeelsbevoegdheid van de vonnisgerechten ten aanzien van de schade veroorzaakt door een onrechtmatige overheidsdaad die een burgerlijk recht schendt ;

b) het verkeerstekenaarrest van 7 maart 1963⁴ : erkenning van de rechterlijke toetsing ten aanzien van de nakoming door de overheid van de algemene verplichting van voorzichtigheid die voortvloeit uit de artikelen 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek — zorgvuldigheidsnorm ;

c) het koepokinentingsarrest van 26 april 1963⁵ : toepasselijkheid van de zorgvuldigheidsnorm op de verordenende of reglementaire bevoegdheid van het bestuur m.b.t. burgerlijke rechten en t.a.v. alle activiteiten van de uitvoerende macht ;

d) het postontvangersarrest van 23 april 1971⁶ : toepassing van hetzelfde beginsel op de geschillen over politieke rechten, alsook op het overheidsverzuim in de uitoefening van de verordenende functie.

³ *Pas.*, 1920, I, 192 e.v. op conclusie van eerste advocaat-generaal P. Leclercq ; C. CAMBIER, *La responsabilité de la Puissance Publique et de ses agents*, 1947, blz. 115 e.v. ; zelfde auteur, *Principes du contentieux administratif*, blz. 222 e.v., 233 e.v. ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, nrs. 1311 e.v. ; DE PAGE, *Traité élém. Dr. Civ. B.*, II, 3e uitg., nrs. 1059 e.v. ; ook in dit verband o.m. : L.P. SUETENS, «Actuele ontwikkeling», *R.W.*, 1973-74, 1249 e.v. ; M. DENYS, «Vijftig jaar later. De evolutie van de overheidsaansprakelijkheid in België en in het communautair recht», *R.W.*, 1970-71, 828 ; J. DELVA, «Evolutie van de rechtspraak inzake fundering van de overheidsaansprakelijkheid», *T.B.P.*, 1969, 67 e.v.

⁴ *Pas.*, 1963, I, 744, met conforme conclusie van adv.-gen. W.J. Ganshof van der Meersch, *R.C.J.B.* 1963, p. 96 e.v., met noot van J. DABIN, *R.W.*, 1963-64, 1115 ; DALCQ, «La place de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique», *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, 1972, III, p. 25-41 ; onze studie, «Evolutie van de rechtspraak...», zoëven aangehaald, meer bepaald blz. 74 e.v. ; als ook de overzichten in 1975, blz. 195 e.v. ;

⁵ *Pas.*, 1963, I, 905, *R.C.J.B.*, 1963, 116, met noot van J. DABIN, *R.W.*, 1963-64, 287. Zie ook : onze studie *loc. cit.* en volgende bladzijden - vgl. ANDERSEN, «Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois», *Travaux sixièmes journées d'études Jean Dabin*, 1973, blz. 394 e.v.

⁶ *R.W.*, 1970-71, 1793, met conclusie van advocaat-generaal F. Dumon ; zie ook verder, wat betreft de rechterlijke toetsing t.a.v. geschillen over politieke rechten § 5.D ; *adde* : *R.C.J.B.*, 1975, 5, met noot van Fr. DELPERÉE, blz. 9 tot 39.

* In het hierna vermelde postontvangersarrest van 23 april 1971 (zie voetnoot 6) opteert het Hof van Cassatie voor de term «uitvoerende macht». Deze terminologische specificatie vindt weliswaar een verklaring in de aard van het geschil : verzuim tot tenuitvoerlegging van een koninklijk besluit. Zie hieromtrent o.m. FR. DELPERÉE, «L'obligation de réglementer», noot onder Cass., 23 april 1971, *R.C.J.B.*, 1975, 11 e.v. Ook advocaat-generaal F. DUMON beklemtoont in zijn conclusie bij dit arrest dat de aansprakelijkheid van de Staat als Wetgevende Macht ten deze was uitgesloten (*R.W.*, 1970-71, 1804).

¹ Zie hiernopens o.m. : het cassatiearrest Trine van 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430, aangehaald in navolgende noot.

² L.P. SUETENS, «Actuele ontwikkeling in het administratief recht», *R.W.*, 1973-74, 1248, onder voetnoot 41. Een verwijzing naar het cassatiearrest Trine van 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430, *J.T.*, 1957, 49, met conclusie van advoc.-gen. thans proc.-gen. Ganshof van der Meersch, *R.W.*, 1957-58, 1285, is hier niet ongepast.

2. Kortheidshalve blijven buiten beschouwing de diverse aspecten van de overheidsaansprakelijkheid die niet onmiddellijk de kern raken van het quasi-delicte foutbegrip dat beantwoordt aan de rechtsfiguur van de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek, met name :

— de toepassing van artikel 1384, eerste lid, van hetzelfde wetboek ;

— de toepassing van het decreet van 10 vendémiaire jaar IV ;

— de problemen i.v.m. de toetsing wet/verdrag en wet/Grondwet ;

— het probleem van de rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden en betreffende de afbakening van de respectieve competentiesferen van de justitiële en de administratieve rechter ten deze ;

— de problemen i.v.m. de objectieve of foutloze overheidsaansprakelijkheid ;

— de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Europese gemeenschappen ;

— de overheidsaansprakelijkheid onder rechtsvergelijkend oogpunt ; e.d.m.

§ 1. DE RECHTSPRAAK VAN 1830 TOT 1920 : CULTUS VAN DE OPENBARE MACHT

A. Criterium : Staat—openbare macht versus Staat—privé-persoon

3. Om de bekende redenen stagneerde de Belgische rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid aanvankelijk in de windstilte rondom de cultus van de openbare macht. Zij evolueerde niettemin langzamerhand, op een struikelweg van praetoriaanse constructie, van een opvatting die de overheidsdiensten volledig immuniseerde naar een zienswijze waarin de zorg voor doelmatiger bescherming van de individuele rechten tegen administratief wanbeleid primeert⁷.

Vruchteloos werd toen gepoogd uit het slop te geraken door het fictief opdelen van de Staat in twee afzonderlijke personen : de Staat handelend als privé-persoon, die verantwoording aflegt voor zijn fouten, tegenover de Staat qua onaantastbare openbare macht. Deze fictie leidde tot rechtsonzekerheid en zou geen stand houden⁸.

⁷ Zie o.m. L. WODON, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration et la Responsabilité des Services Publics en Belgique*, Brussel, 1920, blz. 72 e.v. ; zie ook : HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, aangehaald en besproken door WODON, *op.cit.*, blz. 91 e.v. ; in dezelfde zin adv.-gen. P. Leclercq : *Pas.*, 1920, I, 195 ; zie en vgl. anders : C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 1947, blz. 50-51.

⁸ Dalcq wijst in dit opzicht terecht op de contradictie die tot uiting komt in de cassatiearresten van 28 februari 1850, *Pas.*, I, 163, en 27 mei 1852, *Pas.*, 1852, I, 350 die, met een tussenpoos van nauwelijks twee jaar, twee tegengestelde oplossingen voorstaan m.b.t. de exploitatie van het spoorwegennet. Het tweede arrest werd gewezen met verenigde kamers op de strijdige conclusie van procureur-generaal Mathieu Leclercq. Zie R.O. DALCQ, «La place de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique», *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, blz. 27-28.

B. Standpunt van het Hof van Cassatie : principiële toepasselijkheid van de artikelen 1382 e.v. B.W.

4. Reeds bij arrest van 27 mei 1852⁹ besliste het Hof van Cassatie dat, behoudens wettelijke afwijking, de Staat onder toepassing valt van de artikelen 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Op 4 januari 1894 oordeelde hetzelfde Hof dat de rechtbanken, zonder daarom op te treden als rechters over de handelingen van de administratie, schadevergoeding mogen toekennen wanneer zulke handeling, zelfs regelmatig verricht, een burgerlijk recht schendt¹⁰. Een kwart eeuw later zou advocaat-generaal P. Leclercq de kritiek van Laurent overnemen, ten betoge dat de opsplitsing van de Staat in twee personen op een misvatting berust¹¹.

Mede onder impuls van de rechtsleer¹², waarbij de aanbreng van Wodon doorslaggevend was¹³, werd de mythe van de staatsimmunitet ten slotte door het ophefmakende Flandria-arrest van 5 november 1920 van haar voetstuk gehaald.

§ 2. HET FLANDRIA-ARREST VAN 5 NOVEMBER 1920

5. Het arrest van 5 november 1920¹⁴ genoot algemene bijval. Het roer werd omgegooid. Het Hof van Cassatie stelde het beginsel van de overheidsaansprakelijkheid in onversluisde bewoording aan de orde, op grond dat de administratie geen andere macht bezit dan die welke haar bij de Grondwet of de wet is toegekend. Voortaan pleegde het Bestuur dat in strijd met de wet het burgerlijk recht van de enkeling aantast, een onrechtmatige daad die vatbaar is voor schadeloosstelling. De vraag of de Staat als overheidspersoon dan wel als particulier was opgetreden kwam hierbij niet in aanmerking. Het (wazige) onderscheid tussen de Staat—openbare macht en de Staat—privé-persoon werd opgeheven. Ook artikel 92 van de Grondwet maakt dit onderscheid niet.

Over de inhoud van dat arrest wordt hier niet verder uitgeweid. Het werd door de doctrine voortreffelijk doorgelicht. Hetzelfde geldt voor de conclusie van advocaat-generaal P. Leclercq¹⁵.

⁹ *Pas.*, I, 370.

¹⁰ Cass., 4 januari 1894, *Pas.*, I, 71.

¹¹ Conclusie voor Cass., 5 maart 1917, *Pas.*, I, 118 e.v.

¹² LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel, 1869-1878, XX, blz. 448. Dalcq wijst erop dat de eerste auteurs die aan deze kwestie aandacht hebben besteed, met name MARCQ, in *La responsabilité de la puissance publique*, Brussel 1911, en BOURQUIN, *La protection des droits individuels*, Brussel 1912, beiden gericht zijn op nieuwe oplossingen die door het Franse recht zijn geïnspireerd en ontleend zijn aan de theorie van de gelijkheid van allen ten aanzien van de openbare lasten (DALCQ, o.c., blz. 29). Zie ook : BECKERS, *Revue de l'Administration*, 1879, 137, en 1890, 100.

¹³ Zie L. WODON, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration et la Responsabilité des Services Publics en Belgique*, Brussel, 1920.

¹⁴ *Pas.*, 1920, I, 193.

¹⁵ Zie o.m. C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 1947, blz. 115 e.v. : DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 2e uitg., nr. 1291 e.v. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, II, nrs. 1059 e.v.

A. *Op zoek naar een nieuw aansprakelijkheids-criterium : onderscheid tussen daden van beslissing en daden van uitvoering*

6. Na verloop van tijd bleek de draagwijdte van het Flandria-arrest veel verder te reiken dan het gebied van de quasi-delictuele aansprakelijkheid. De oplossing die het bracht kon immers de wetgever niet binden. De overheid ging vrijuit zodra een wet of een algemeen rechtsbeginsel haar in het algemeen belang toestond of verplichtte een burgerlijk recht te schenden. Men kon er niet onderuit dat sommige handelingen die de aansprakelijkheid van de enkeling gaande maken, bij de overheid ontheffing van aansprakelijkheid impliceren omdat, zonder een dergelijke immuniteit, het doel dat ten bate van het gemeenebest wordt nagestreefd niet of dan in al te ongunstige voorwaarden zou kunnen worden verwezenlijkt¹⁶.

7. Maar ook binnen de toepassings sfeer van de quasi-delictuele aansprakelijkheid bleef de beoordeling van de overheidsdaad een kiese aangelegenheid. Advocaat-generaal P. Leclercq had in zijn conclusie voor het arrest van 5 november 1920 het onderscheid gehuldigd tussen de daden van beslissing en de daden van uitvoering¹⁷.

Hoewel die thesis door het Hof van Cassatie niet gehonoreerd was, vond ze navolging bij de feiten-rechter. De traditionele splitsing van de rechtspersoon-Staat kreeg een nieuwe kans¹⁸. De uitweg werd thans gezocht in dat subtiële onderscheid : daden van beslissing, als uitdrukking van de macht tot verordening of reglementering en derhalve niet vatbaar voor justitieel toezicht ; daden van uitvoering, wijzend op de uitoefening van dezelfde macht en als zodanig aan rechterlijke controle onderhevig¹⁹.

Zeër gevat wijst Dalcq op de redengeving van het arrest van 5 november 1920, waarbij het afstand neemt van het voormelde onderscheid, dat de overheidsbeslissingen aan de toetsingsmacht van de rechter onttrekt²⁰. Het arrest geeft immers duidelijk te kennen dat het criterium van de Staatsaansprakelijkheid niet wordt bepaald door de aard van de overheidsdaad onder administratiefrechtelijk oogpunt, maar wel door het ontzag voor de wet, inclusief de wet die de bescherming van de burgerlijke rechten organiseert en waaronder ook artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek valt. Zowel op het niveau van de beslissing als op dat van de uitvoering is de door dit artikel opgelegde voorzichtigheidsplicht geboden.

¹⁶ DE PAGE, *op cit.*, II, nr. 1064bis, in fine en 1067bis ; CAMBIER, *op. cit.*, blz. 146-148 ; BRUSSELMANS, «La responsabilité civile des fonctionnaires», *Annales de droit et de Sc. Pol.*, 1937, 38 e.v. ; R.P.D.B., tw. «Responsabilité», nr. 1286 e.v.

¹⁷ *Pas.*, 1920, I, 223.

¹⁸ Zie verder nrs. 12 e.v. onder § 3, A.

¹⁹ Het standpunt van advocaat-generaal P. Leclercq vond o.m. gehoor bij MEYERS in «La compétence des tribunaux et de l'administration», *Belgique judiciaire*, 1922, 65 e.v.

²⁰ Zie DALCQ, o.c., nrs. 1322-1323.

Door deze beginselverklaring, aldus Dalcq, legde het Hof van Cassatie van 1920 af resoluut de basis voor een systeem dat de integrale bescherming van de individuele rechten ten aanzien van de Staat veilig stelt²¹.

Jammer genoeg hebben noch de vonnisgerechten, noch de rechtsleer zich destijds hiervan rekenschap gegeven, zodat de door de cassatierechter geschapen mogelijkheid tot efficiënter rechtsbescherming nog geruime tijd onbenut bleef.

B. *De onbegrepen wenk van het cassatiearrest van 5 november 1920, ondanks handhaving van de cassatierechtspraak*

8. Hoewel inhoudelijk revelerend sloeg het Flandria-arrest dus niet in als een blikvanger. Evenmin als de rechterlijke macht aanvankelijk oog had voor de machtsverruiming inzake legaliteitstoezicht, die door de grondwetgever van 1831 was gewild, bracht de feitenrechter thans begrip op voor de boodschap van het cassatiearrest van 5 november 1920²².

In de loop van de volgende decennia heeft het Hof van Cassatie nochtans niet gearzeld het door dit arrest gevestigde principe telkens weer in herinnering te brengen. Pas naar aanleiding van het verkeersterkenarrest van 7 maart 1963 zou de Belgische rechtswereld tot bezinning komen.

9. De dominant van de cassatierechtspraak was immers in eenklank met de extensieve interpretatie van het Flandria-arrest door Dalcq²³.

Reeds op 14 april 1921²⁴ was gepreciseerd dat de administratie op onaantastbare wijze²⁵ beslist hoe de sluizen van een waterloop moeten worden bediend, maar dit op voorwaarde dat de bevolen bediening de schepen geen schade toebrengt.

Een dieptepunt was weliswaar het arrest van 11 mei 1933²⁶. Zo te zien een vrijbrief voor administratieve willekeur. Hier was het Hof van Cassatie immers van oordeel dat de overheid eigenmachtig beschikt²⁷ in welke staat de openbare weg zich bevinden moet op het stuk van de verkeersveiligheid. Maar reeds bij arrest

²¹ DALCQ, in de reeds aangehaalde studie, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, blz. 31-32 ; zie in vergelijking nochtans A. MAST, in «Le Conseil d'Etat et le Contentieux de l'Indemnité», *Mélanges J. DABIN*, II, blz. 777 : «L'incertitude de bien des formules jurisprudentielles issues de l'arrêt du 5 novembre 1920 provient au premier chef de ce que leurs auteurs ont perdu de vue que l'élément déterminant de la responsabilité publique est, non pas la nature du droit lésé, mais le caractère discrétionnaire ou non de l'acte administratif qui est à l'origine du dommage dont on demande réparation.»

²² Veelal wordt het «soeverein karakter» van de overheidsbeslissing ingeroepen om de afwijzing van de aansprakelijkheid te verantwoorden. Zie o.m. Hof Luik, 7 maart 1962, *Pas.*, II, 226 ; Hof Brussel, 17 maart 1955, *J.T.*, 1956, 637, met noot van CAMBIER.

²³ O.c., *ibidem*.

²⁴ *Pas.*, I, 136, en de conclusie van adv.-gen. P. Leclercq, meer bepaald blz. 140.

²⁵ «Souverainement» in de Franse tekst.

²⁶ *Pas.*, 1933, I, 222.

²⁷ «Décrète souverainement» in de Franse tekst.

van 19 april 1934²⁸ concretiseerde hetzelfde Hof zijn standpunt ten deze aldus dat, wanneer bij de weggebruiker de schijn is gewekt dat een weg stevig gebouwd en behoorlijk onderhouden is, die weg dan ook werkelijk aan die verkeersveilige toestand moet beantwoorden en niet aangetast mag zijn door een verborgen gebrek.

10. Uit de globaal beschouwd eenduidige cassatierechtspraak van de daarop volgende jaren²⁹ blijkt de vastberadenheid van het hoogste Hof om de fout op het niveau van de overheidsbeslissing inzake wegenbeleid als aansprakelijkheidsgrond te erkennen. Want indien de Staat verantwoordelijk is zodra het rechtmatig vertrouwen van de weggebruiker wordt verschaft, dan is het omdat hij diens rechten heeft aangetast door een krachtens artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek gesanctioneerde onrechtmatigheid in de beslissing van de bevoegde overheidsdienst. Het gaat immers om een tekortkoming aan de wettelijke verplichting van voorzichtigheid.

De volgende paragraaf (§ 3) is gewijd aan een stelselmatiger benadering van de ontwikkelingsfasen in het jurisprudentieel beleid na 5 november 1920.

§ 3 DE RECHTSPRAAK NA HET FLANDRIA-ARREST VAN 5 NOVEMBER 1920

11. De rechtspraak van hoven en rechtbanken die na 1920 in het kielzog van het Flandria-arrest aarzelend tot ontwikkeling kwam, tekent zich af langs enkele krachtlijnen, waarbij geleidelijk ook de onrechtmatigheid in de administratieve besluitvorming als aansprakelijkheidsnorm gaat opduiken.

Ruw genomen kan die evolutie in de aanvangsfase aldus worden samengevat dat, zodra de overheidsbe-

slissing conform de wet getroffen was en bovendien feilloos uitgevoerd, de administratie geacht werd soeverein te zijn opgetreden. Onder die voorwaarden immers kon de overheid de rechten van derden niet krenken, omdat deze rechten slechts denkbaar zijn binnen de door de wet omschreven grenzen³⁰.

Het justitieel toezicht scheen derhalve te zullen vastlopen op de toetssteen van de externe wettigheid en de uitvoeringswijze van de overheidsbeslissing, terwijl de beslissing zelf, intrinsiek, op haar feitelijke draagwijdte en drijfveer, haar interne componenten, voor rechterlijke controle niet vatbaar bleek.

A. Controle op de wettigheid van de overheidsbeslissing en op de zorgvuldigheid van haar uitvoering (het cassatie-arrest van 14 april 1921)

12. Dat geen justitieel toezicht op administratieve beslissingen kon worden geduld scheen a priori onaanvechtbaar. De autonomie van de openbare besturen ging schuil achter het zogenoemde soevereiniteitsbeginsel. Op straf van machtsoverschrijding moesten de hoven en rechtbanken de beslissingsmacht van het uitvoerend gezag eerbiedigen. De rechter mocht de overheidsbeslissingen in geen geval censureren, d.w.z. niet beoordelen, a fortiori niet wijzigen noch vernietigen. Evenmin mocht hij bevelen tot de overheid richten, waarbij haar een beslissing werd ontzegd of opgelegd³¹. Hij moest zich ertoe beperken de overheidsbeslissing op haar wettelijkheid te toetsen (art. 107 Grondwet). Het enig criterium dat hem bij de beoordeling van (de onrechtmatigheid) van die beslissing als richtsnoer diende was dat van de wetsverkrachting³². Alleen de overheidsbeslissing die in strijd met de wet een burgerlijk recht had aangetast, hield een schending van de artikelen 1382-1383 B.W. in, die schadeloosstelling kon wettigen³³. Voor schade, aan particulieren veroorzaakt door een met de wet conforme of ter uit-

²⁸ *Pas.*, I, 249.

²⁹ Zie o.m. nog de cassatiearresten van 8 juli 1943, *Pas.*, I, 291; 12 juli 1945, *Pas.*, 1945, I, 202 (blijkens dit arrest was een spooroverweg en het verlichtingssysteem van het nabijgelegen station zo gebrekkig aangelegd dat daaruit mocht worden afgeleid dat een gebrek van de zaak die de Staat onder zijn bewaking had in casu bewezen was: aansprakelijkheid op grond van 1384, 1e lid, dus fout in de bewaking; 2 december 1948, *Pas.*, 1948, I, 587 (motief), hoewel de betwisting hier betrekking had op de randbewoners tegenover wie het hof een veel mildere stelling inneemt; 16 november 1950, *Pas.*, 1951, I, 164; 20 december 1951, *Pas.*, 1952, I, 204, en R.C.J.B., 1953, 161, met noot van DOR, meer bepaald blz. 171; 6 november 1952, *Pas.*, 1953, I, 140; 17 december 1953, *Pas.*, 1954, I, 315, commentaar van PUTZEYS in J.T., 1954, 679; 14 juni 1956, *Pas.*, I, 1128 en J.T., 636; insgelijks: noot van CAMBIER onder Hof Brussel, 1 maart 1955, J.T., 1956, 638; 3 oktober 1957, J.T., 1958, 37; Cass., 5 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 950, J.T., 1962, 625, *Pas.*, van DALCQ; Rb. Brussel, 25 november 1961, J.T., 1962, 625, *Pas.*, 1963, III, 14; DALCQ, I, 2e uitg., 1967, nr. 1443; Rb. Tongeren, 26 januari 1961, *Bull. Ass.*, 1963, 729; Hof Gent, 26 oktober 1962, R.W., 1963-64, 357.

Deze rechtspraak bleef gehandhaafd tot aan het cassatiearrest van 7 maart 1963 (R.C.J.B., 1963, 93, R.W., 1963-64, 1115) dat verder besproken wordt. Zie o.m. Hof Luik, 18 januari 1963, R.G.A.R., 7292, met noot van DALCQ, en *Pas.*, II, 22; zie ook DABIN en LAGASSE, R.C.J.B., 1964, 295-296, nr. 73, en de aangehaalde rechtspraak.

³⁰ Zie hierover: DALCQ, o.c., nr. 1339; DE HAENE, noot bij Cass., 16 december 1920, *Pas.*, 1921, I, 65; V.L.R., «De burgerlijke aansprakelijkheid der openbare besturen», *Rechtsk. Tijdschr.*, 1946, 172; R.P.D.B., tw. «Responsabilité», nrs. 1289 en 1290.

³¹ Over de evolutie van de rechtspraak inzake aanvechtbaarheid van de overheidsdaden raadpleeg o.m.: C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, 1961, blz. 195 e.v.; F. DE VISSCHERE, «Gaat de burgerlijke rechter naar een ruimer interpretatie van art. 107 van de Grondwet?», *T. Best.*, 1960, 320; zie ook onze studie «Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges», *T.P.R.*, 1967, 383 e.v.; zie ook verder nrs. 86 e.v.

³² Zie DALCQ, o.c., nr. 1338. Sommige auteurs, ter navolging van procureur-generaal P. Leclercq, verkozen de minder juiste term «schending van een burgerlijk recht»; zie o.m. MARC, noot bij Cass., 15 januari 1946, *Rec. de Jur. de Dr. Adm. et du Conseil d'Etat*, 1946, 76-79, en noot 5.

³³ De toetsing inzake wetsverkrachting door overheidsbeslissing kwam o.m. tot uiting in de cassatiearresten van 16 november 1950, *Pas.*, 1951, I, 164-166, en 3 oktober 1957, J.T., 1958, 37, waarbij de overheid aansprakelijk werd gesteld voor de schade veroorzaakt door wederrechtelijk geweigerde bouwvergunning; zie in dezelfde zin, inzake wederrechtelijke beroving van promotie: Rb. Brussel, 14 december 1951, J.T., 1952, 587; Hof Brussel 23 november 1953, J.T., 1954, 550, en R.C.J.B., 1955, 5, met noot van VAUTHIER.

voering van de wet getroffen beslissing, werd de overheid niet aansprakelijk geacht³⁴.

13. Dat de administratieve uitvoeringsdaden wel degelijk voor gerechtelijke controle in aanmerking komen, was lang niet zo evident. De rechter beleefde toentertijd een bestendige spanning tussen zijn plicht om de uitvoeringsdaad in functie van de vermeend-onrechtmatige krenking van een burgerlijk recht te toetsen (artt. 92 en 107 Grondwet) en zijn zorg om zijn ambtsbevoegdheid niet te buiten te gaan.

Het Hof van Cassatie was zich daar terdege van bewust, toen het bij arrest van 14 april 1921 preciseerde dat de grondwettelijke stelregel die de rechterlijke en de uitvoerende macht verbiedt de wederzijdse bevoegdheidssfeer binnen te dringen, niet wordt overtreden door het enkele feit dat een rechtbank, met de uitsluitende bedoeling aan een geding de door de burgerlijke wet aangewezen oplossing te geven, nagaat of een ambtenaar, in de uitoefening van de hem opgedragen taak, aan het privaatrecht van een ander persoon schade heeft berokkend, al dan niet³⁵. Het leek niet langer betwistbaar dat de rechter kennis mocht nemen van een geschil dat betrekking had op de foutieve uitvoering van een regelmatige overheidsbeslissing.

B. Toezicht op de materiële uitoefening van de bestuursfunctie

1° Fout in de rechtstreekse uitvoering van een wettelijke verplichting (zowel positieve daad als verzuim)

14. De openbare besturen kunnen falen in de uitoefening van hun wettelijke opdracht, en zodoende een quasi-delictuele fout begaan. De overheid moet niet alleen op zorgvuldige wijze uitvoeren wat haar door de wet is opgelegd. Zij moet daarenboven alle andere wetsbepalingen en reglementen naleven, waarvan niet werd afgeweken door de wet uit kracht waarvan zij handelt. Ook de algemene rechtsbeginselen moet zij in acht nemen³⁶.

Dat de overheid tot plicht heeft niet buiten haar wettelijke bevoegdheidskring te handelen, belet niet dat zij in het volbrengen van haar taak vrij de keuze bepaalt van de middelen welke zij te dien einde geschikt acht. Deze keuze is niet onbeperkt. Want indien de overheid gebruik makend van die discretionaire macht,

een burgerlijk recht aantast, handelt zij in strijd met de wet³⁷.

Vandaar dat de rechter de toelaatbaarheid van deze uitvoeringsmaatregelen beoordelen mag en moet. Onvoorzichtigheid, slordigheid, gebrek aan vooruitzicht, nalatigheid, kortom elke vorm van wanbeleid zal als quasi-delictuele fout en bijgevolg als aansprakelijkheidsgrond kunnen gelden. De fout kan zowel uit een positieve daad als uit een verzuim voortvloeien³⁸. Steeds opnieuw worden de openbare besturen aansprakelijk gesteld voor de civielrechtelijke gevolgen van een verzuim of een onvoorzichtigheid, die tegen een wettelijk voorschrift indruisen³⁹.

2° Fout in de uitvoering van de overheidsbeslissing

15. Maar de administratie verricht niet enkel daden van uitvoering wanneer zij iets doet wat haar door de wet is opgelegd. Vanzelfsprekend moet haar uitvoerende taak worden uitgebreid tot het hele gebied van haar beslissingsmacht. Zij is belast met de uitvoering van de beslissingen die zijzelf vanuit haar overheidsfunctie treft.

Reeds bij arrest van 14 april 1921⁴⁰ had het Hof van Cassatie de feitenrechter bevoegd verklaard ten aanzien van de foutieve uitvoering van de overheidsbeslissing.

Dat is o.m. het geval wanneer een openbare weg is aangelegd op een wijze die niet beantwoordt aan de voorwaarden gesteld in de overheidsbeslissing krachtens welke die weg tot stand kwam⁴¹. Dat is eveneens het geval wanneer een fout wordt begaan in de loop van een onteigeningsprocedure, alsook wanneer een militair bij het hanteren van zijn wapen, uit onhandigheid, een medeburger kwetst, enz.⁴².

³⁷ R.P.D.B., tw. «Responsabilité», nr. 1290, met verwijzing naar Cass., 14 april 1921, *Pas.*, I, 136, en de conclusie van eerste adv.-gen. P. Leclercq, blz. 140.

³⁸ Zie met betrekking tot de veiligheidsverplichting van de gemeenteverheid inzake wegenbeleid : Cass. 23 november 1931 en de eensluidende conclusie van adv.-gen. Gesché, *Pas.*, I, 291 e.v. : Cass., 9 januari 1941, *Pas.*, I, 5 ; vgl. CAMBIER, noot in R.C.J.B., 1958, 27.

Toch werd toen nog voorgestaan dat de discretionaire macht van de administratie uitgebreider is op het gebied van de onthouding dan op dat van de handeling (zie MAST, R.C.J.B., 1951, 248).

³⁹ Zie o.m. DABIN en LAGASSE, «Chronique de jurisprudence», R.C.J.B., 1959, 286, nr. 95, en R.C.J.B., 1964, 300-301, nr. 78, o.m. met referentie aan Hof Brussel, 22 augustus 1960 (*Bull. Ass.*, 1960, 496, en advies van adv.-gen. Vanden Branden de Reeth, *Pas.*, 1961, II, 107, R.G.A.R., 1960, 6762, J.T., 1960, 704) en de overige aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁴⁰ Zie supra nr. 14 en voetnoot 35.

⁴¹ Cass., 19 april 1934, *Pas.*, 1934, I, 249 ; dit principe wordt nog gehuldigd in Cass., 22 januari 1962, *Bull. Ass.*, 1963, fiche 45, onder tw. Responsabilité.

⁴² Zie ook DALCQ, o.c., nrs. 1348 en 1429 e.v. met de aangehaalde rechtspraak. Voor de latere evolutie zie o.m. : zelfde auteur, R.C.J.B., 1974, 81 e.v. ; FAGNART, «Chron. de jur. Resp.civ.», J.T., 1976, nr. 568 e.v. ; *adde* o.m. inzake wegenbeleid ; Hof Luik, 12 juni 1973, J.T., 1974, 61 ; inzake fout bij onteigening : Hof Luik, 27 maart 1973, J.T., 1974, 65 ; inzake onverantwoord gebruik van vuurwapen door politiemann ; Hof Brussel 29 januari 1974, J.T., 1974, 352.

³⁴ Cass., 12 juni 1947, *Pas.*, I, 264.

³⁵ Cass., 14 april 1921, *Pas.*, I, 136, op eensluidende conclusie van eerste advocaat-generaal P. Leclercq.

³⁶ Zie o.m. conclusie van eerste adv.-gen. P. Leclercq onder Cass., 14 april 1921, *Pas.*, 1921, I, 136 ; Cass. 14 november 1946, *Pas.*, I, 415. Het is duidelijk dat de foutieve wetsverkrachting zowel in de overtreding van een wettelijke verbodsbepaling als in de niet-naleving van een wettelijk voorschrift bestaan kan ; zie DE PAGE, II, 1964, nr. 941.

C. Geleidelijke ombuiging naar toezicht op de besluitvorming : aansprakelijkheid bij uitoefenen van beslissingsmacht

1° Externe en interne onwettelijkheid

16. Een onwettige overheidsbeslissing schept uiteraard een geldige aansprakelijkheidsgrond. Nu kan de beslissing tegen de wettekst ingaan : geval van klaarblijkelijke onwettigheid. Ze kan echter ook uiterlijk met de wet in overeenstemming zijn en toch derwijze opgevat dat de zelfs correcte uitvoering ervan de rechten van particulieren nodeloos in het gedrang brengt. Hoewel wettelijk naar de vorm is de beslissing dan foutief naar inhoud of doelstelling⁴³.

De vraag was of de rechter vat heeft op dit aspect van het administratief beleid. In beginsel mag hij geen oordeel vellen over de raadzaamheid van de overheidsdaad, noch over haar opportuniteit of doelmatigheid⁴⁴. Daarentegen moet hij de individuele — burgerlijke en politieke — rechten tegen de administratieve willekeur beschermen (art. 92 Grondwet).

Dit probleem kwam schril tot uiting in de rechtspraak waarbij het aansprakelijkheids criterium inzake openbaar wegenbeleid zou worden gevestigd.

2° Aansprakelijkheids criterium m.b.t. het wegenbeleid : verschalken van het rechtmatig vertrouwen van de weggebruiker — foutieve beslissing

a) HET CASSATIEARREST VAN 11 MEI 1933

17. Aanvankelijk zag het ernaar uit dat het Hof van Cassatie op dit gebied de onaantastbaarheid van de gebrekkige overheidsbeslissing had willen veilig stellen. Dit bleek o.m. uit het arrest van 11 mei 1933, waarbij op conforme conclusie van advocaat-generaal Gesché impliciet werd geoordeeld, dat een gemeente niet aansprakelijk is voor het ongeval veroorzaakt door ontoereikende afsperring en verlichting van werken op de openbare weg, indien de weg zich op het tijdstip van het ongeval bevond in de door de gemeenteverheid voorgeschreven toestand, terwijl geen enkele fout in de uitvoering van de werken aan het licht was gekomen⁴⁵. Maar, iets wat dertig jaar later terecht door advocaat-generaal Ganshof van der Meersch werd opgemerkt, de cassatierechter had hier een belangrijk correctief voorbijgezien, waarop in de conclusie van het openbaar ministerie was gewezen. In het betoog van advocaat-generaal Gesché was de immuniteit van de gemeentelijke beslissingsmacht immers ondergeschikt aan de voorwaarde dat de weg

naar aanleiding van de bewuste werken geen verkeersgevaar opleveren mocht. Want in dat geval was de weg aangetast door een verborgen gebrek, dat de weggebruiker verschalken kon⁴⁶.

b) JURISPRUDENTIELE VERFIJNING

18. Het arrest van 11 mei 1933 werd pertinent afgekeurd en weerlegd⁴⁷. In een reeks navolgende casatiearresten werd het aansprakelijkheidsbeginsel inzake wegenbeleid verfiijnd. Het criterium van het verschalkt vertrouwen werd definitief in de rechtspraak ingeburgerd. Weliswaar beslist de overheid eigenmachtig in welke staat de openbare weg zich bevinden zal en welke middelen daartoe worden aangewend, maar deze discretionaire macht is niet volstrekt. Zij is begrensd door de verplichting het vertrouwen van de weggebruiker niet te misleiden. Het overschrijden van deze grens is een foutieve gedraging. De fout die de overheidsaansprakelijkheid oproept bestaat in het wekken van een bedrieglijke schijn, doordat een weg wordt opengesteld die op het stuk van de verkeersveiligheid niet beantwoordt aan de toestand die normaliter vanwege de overheid mag worden verwacht.

In menig geval heeft het Hof van Cassatie dit beginsel gehuldigd. Onverschillig zijn de wijze waarop — of de reden waarom de weg feitelijk met de voorgeschreven toestand niet overeenstemt : constructiefout, verzuim in het onderhoud, ontoereikende wegbebakening, om het even. De vraag of het gebrek verband houdt met de uitvoering van het bevolen werk, dan wel met de beslissing zelf, d.i. met wat op het administratieve vlak was gepland, is niet langer doorslaggevend. De tenuitvoerlegging moge feilloos zijn, de overheid gaat niet vrijuit indien haar beslissing een gevaar inhoudt dat de normale vooruitzichten van de weggebruiker te buiten gaat. Deze norm van beoordeling bleef tot begin 1963 de bijval van hoven en rechtbanken genieten⁴⁸.

⁴⁶ Conclusie van eerste adv.-gen. Ganshof van der Meersch, *J.T.*, 1963, 224-225 ; *Pas.*, 1963, I, 744 e.v.

⁴⁷ In zijn conclusie bij het cassatiearrest van 7 maart 1963, herinnert adv.-gen. Ganshof van der Meersch aan de opinie van procureur-generaal Paul Leclercq die in een noot onder het arrest van 11 mei 1933 verklaarde dat de overheid «... ne pourrait décider que l'état de la voie publique soit tel que le passant y soit exposé, normalement, à cause de cet état, à des dangers qu'il ne pouvait prévoir et contre lesquels il ne pouvait dès lors se mettre en garde» (*J.T.*, 1963, 224-225 ; zie noot P. Leclercq onder Cass., 11 mei 1933, *Pas.*, I, 226).

Ook in het *Répertoire Pratique du Droit Belge* wordt kritiek geoeft op het arrest van 11 mei 1933. Maar deze kritiek is eveneens gericht tegen adv.-gen. Gesché, wiens opvatting als te volstrekt wordt bestempeld. Denkelijk werd hier uit het oog verloren dat deze magistraat zich met de vereiste schakering had uitgedrukt (*R.P.D.B.*, tw. «Responsabilité», nrs. 1282 e.v.).

⁴⁸ Zie de onder nr. 11 in voetnoot 29 hierboven aangehaalde rechtspraak.

⁴³ Zie verder over externe en interne wettigheid onder de titel «machtsafwending» nrs. 25 e.v.

⁴⁴ Raadzaamheid, doelmatigheid en opportuniteit zijn verwante begrippen die veelal een zelfde inhoud dekken. Ze duiden op de essentiële eigenschap van de discretionaire beslissingsmacht der administratie.

⁴⁵ *Pas.*, 1933, I, 222.

c) HET CASSATIEARREST VAN 6 NOVEMBER 1952

19. Maar bij arrest van 6 november 1952 werd een nog diepere wig gedreven in de vermeende onaantastbaarheid van de beslissingsmacht der administratie. Bij dit arrest besliste het Hof van Cassatie dat de aanleg of de handhaving van de bodem van een brug, in de staat waarin deze zich op het tijdstip van het ongeval bevond, wettigheidshalve door de overheid niet had mogen worden voorgeschreven⁴⁹. Deze uitspraak houdt geen miskenning van het scheidingsbeginsel in. Maar de justitiële rechter krijgt vat op bepaalde opportuniteitsgegevens van de overheidsbeslissing, via nauwkeuriger toetsing van haar wettigheidsaspect. De wet geeft de overheid niet het recht de normale verkeersveiligheid in gevaar te brengen.

3° Foutief overheidsverzuim als aansprakelijkheidsgrond — Verschil in de aansprakelijkheidsnormering t.a.v. overheidsop treden versus individueel gedragspatroon

20. Wie de redenering doorvoert komt tot de bevinding dat de fout van de overheid — in het raam van haar discretionaire macht — kan bestaan zowel in het niet treffen van een doelmatige beslissing als in het treffen van een ondoelmatige beslissing. De overheid is aansprakelijk voor elke nalatigheid of onvoorzichtigheid, die tegen een haar door de wet opgelegde verplichting indruist⁵⁰.

a) AANSPRAKELIJKHEID ZOWEL BIJ FOUTIEVE BESLISSING ALS BIJ FOUTIEVE UITVOERING — VASTE CASATIETECHNIEK

21. In dit stadium van de evolutie was de cassatierechtspraak in die zin gevestigd dat het onderscheid tussen beslissing en uitvoering⁵¹ niet langer als maatstaf van beoordeling geldt. Hieruit volgt logischerwijze dat telkens als de overheidshandeling, ook op het vlak van de besluitvorming, indruist tegen de wet, en meer bepaald tegen de artikelen 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek, omdat die handeling foutief is, de hoven en rechtbanken de aansprakelijkheid van de openbare besturen mogen en moeten sanctioneren.

b) HET CASSATIEARREST VAN 17 DECEMBER 1953 : GERE-LATIVEERDE AANSPRAKELIJKHEID BIJ FOUTIEF OVERHEIDSVERZUIM

22. Daarentegen blijft de cassatierechter alsnog

duidelijk gekant tegen de uitbreiding van de justitiële toetsing van het administratief verzuim, wanneer aan particulieren schade wordt berokkend ten gevolge van een niet-handelen, een carentie, een onverantwoord ontbreken van initiatief of een alleen door slordigheid of lamlendigheid verklaarbare inertie aan de zijde van de overheidsdienst.

Het Hof van Cassatie preciseerde zijn standpunt ten deze bij arrest van 17 december 1953⁵², erop wijzend dat indien de rechterlijke macht bevoegd is om de overheid aansprakelijk te verklaren voor de schade veroorzaakt door nalatigheid of onvoorzichtigheid bij het uitvoeren van een wettelijke verplichting, het haar niet toekomt te zeggen hoe de overheid had moeten te werk gaan en evenmin als foutief mogen beschouwen «het verzuim van om het even welke politiemaatregel die de rechter nuttig zou hebben geacht». De vraag was of de burgemeester de instorting van een muur door spoediger of omvangrijker veiligheidsmaatregelen had kunnen voorkomen. Dit raakt de kern van het probleem van de justitiële censuur inzake overheidsaansprakelijkheid. Te oordelen naar de toenmalige stand van het jurisprudentiële timmerwerk was het zo dat wie ervan uitgaat dat er op het gebied van de burgerlijke aansprakelijkheid naar gemeen recht geen verschil bestaat tussen handeling en verzuim — een verworven begrip voortaan —⁵³ en dat enkel het criterium van de normaal voorzichtige burger het in artikel 1382 neergelegde foutbegrip bepaalt, dit criterium niet als passe-partoutsleutel hanteren kon in geval van overheidsverzuim. Het Hof van Cassatie maakte immers een essentieel onderscheid tussen positieve handeling en verzuim wanneer het verwijt niet een particulier maar de Staat trof.

It is dan het specifiek verschil tussen het verzuim van de overheid en dat van de enkeling. Bij de gewone burger geldt het criterium van de normale voorzichtigheid zowel bij foutief niet-handelen als bij foutief handelen. De reden hiervan is dat de enkeling al mag doen wat de wet niet uitdrukkelijk verbiedt.

De administratie daarentegen mag slechts handelen binnen de door de wet gestelde perken. Bij de overheidsaansprakelijkheid is de maatstaf van het niet-handelen de conformiteit met de wet⁵⁴.

23. Artikel 107 van de Grondwet gebiedt de rechter zich ervan te vergewissen of de overheidsbeslissing overeenstemt met de wet. Wat niet inhoudt dat hij de gepastheid van die beslissing mag beoordelen. Voormeld cassatiearrest van 17 december 1953 — alsook de rechtsleer waarop het stoelt — aarzelt niet de beoor-

⁴⁹ *Pas.*, 1953, I, 140.

⁵⁰ Zie o.m. *Cass.*, 19 april 1934, *Pas.*, 1934, I, 249 (wegdek); zie ook *Cass.*, 23 november 1931, *Pas.*, I, 291; 20 oktober 1927, *Pas.*, 1927, I, 310 (met betrekking tot het verzuim de eigenaar van een gezonken of vastgelopen schip de verplichting op te leggen de hindernissen te seinen waardoor de bevaring van de Schelde gevaar voor averij opleverde); 3 juli 1943, *Pas.*, 1943, I, 291 (onderhoudsverzuim stuwdam); 20 december 1951, *Pas.*, 1952, I, 204 (ontstentenis van politiemaatregelen tot veiligheid van de weggebruikers, waardoor de weg zich niet bevond in de door de overheid bevolen toestand).

⁵¹ Zie hieromtrent o.m. *supra* nrs. 7 tot 11.

⁵² *Pas.*, 1954, I, 315.

⁵³ Zie o.m. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 2e uitg., nrs. 356 e.v.; vgl. wat betreft de fout door verzuim van Staatswege, *ibidem*, nr. 366.

⁵⁴ Zie o.m. DALCQ, noot bij Hof Brussel, 4 juli 1955, R.G.A.R., 1957, nr. 5997; alsook, zelfde auteur, «Examen de Jurispr. 1968-1972», R.C.J.B., 1974, 257-258, nr. 84.

delingsmacht van de rechter verder in te krimpen nu het hem in de macht ontzegt niet enkel om de opportuniteit van de overheidsdaad van beslissing af te tasten, maar zelfs om zich in te laten met de wijze waarop de overheid haar eigen beslissingen ten uitvoer legt. Die redenering loopt mank. Bij de uitvoering duikt immers opnieuw het foutbegrip op. Het ligt voor de hand dat de overheid die een fout begaat in de tenuitvoerlegging van haar beslissingen en daardoor aan de geadminiastreerden schade toebrengt, onder toepassing valt van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. Foutief overheidsbeleid op elk niveau, m.a.w. iedere met de vereisten van een behoorlijk bestuur onverenigbare handeling of nalatigheid zal altijd een potentiële aansprakelijkheidsgrond opleveren⁵⁵.

Kortom, in de optiek van meergemeld arrest van 17 december 1953 moest de feitenrechter er steeds op bedacht zijn de overheid niet aansprakelijk te verklaren op de enkele grond dat zij ter voorkoming van het schadegeval andere of efficiëntere maatregelen te treffen, maar tevens te constateren dat zij door haar verzuim de perken van de wettelijkheid overschreden had⁵⁶.

4° Principiële immuniteit van de opportuniteit van de overheidsbeslissing

24. Trots tempering binnen de sfeer van de wettigheidscontrole bleef de bevoegdheidsdrempel van de rechterlijke macht ten deze duidelijk afgetekend. Beveiliging van de burger tegen onvoorzienbaar gevaar voor fysieke of stoffelijke schade gold een kwart eeuw geleden nog als enig correctief op de immuniteit van de overheidsbeslissing. Dit correctief was overwegend beperkt tot het wegenbeleid. De verwoording ervan wees op een verbod : de overheid mocht het rechtmatig vertrouwen van de weggebruiker niet teleurstellen. De formulering getuigt van subtiliteit en van een tikje hypocrisie. In de grond gaat het om een positieve verplichting die haar naam niet noemen wil : de verplichting van voorzichtigheid. Maar men deinsde terug voor de logische gevolgtrekking hieruit. Het kwam er vooral op aan de doelmatigheid en de opportuniteit van de maatregelen waaromtrent de beslissing bij de overheid berust, buiten de justitiële bevoegdheidssfeer te houden.

Stelde de rechter vast dat de ingeroepen grieven betrekking hadden niet op de uiterlijke wetsverkrachting, maar op overheidsdaden binnen de wettelijk afgebakende macht van de administratie, dan mocht hij van de vordering geen kennis nemen. Op straf van machtsoverschrijding bleef het actiefeld dat de wetgever aan

de uitvoerende macht had voorbehouden, voor hem ontoegankelijk⁵⁷. Het kwam hem niet toe te zeggen hoe de overheid in de gegeven situatie te werk had moeten gaan, noch aard of omvang van de door haar getroffen of te treffen maatregelen te bepalen. Bij arrest van 3 oktober 1957 bracht het Hof van Cassatie in herinnering dat de justitiële rechter enkel de onwettige of rechteloze overheidsdaad sanctioneren mocht⁵⁸. Het is trouwens nog steeds vaste rechtspraak dat de vonnisgerechten niet bevoegd zijn om de gepastheid van de beslissingen van het bestuur te beoordelen en dat zij zich enkel kunnen uitspreken over de wettelijkheid van die beslissingen^{58a}.

Verder zal blijken hoe de cassatierechter, bij het beginsel arrest van 7 maart 1963, het opportuniteitsoordeel van de administratie heeft ingeperkt, door dit oordeel vast te knopen aan de plicht van voorzichtigheid⁵⁹.

5° Machtsafwending en machtsoverschrijding, fout in de besluitvorming — Volwaardige aansprakelijkheidsgrond

25. Aanvankelijk achtte het Hof van Cassatie het toetsen van de overheidsbeslissing op haar doelstelling in strijd met het scheidingsbeginsel⁶⁰. Maar na verloop van tijd werd de wettigheidscontrole op dat gebied een efficiëntere rol toebedacht. Het hoogste Hof kwam tot het besef dat de justitiële rechter ertoe kan worden gebracht de motivering van de overheidsbeslissing, alsmede haar conformiteit met het doel en de geest van de toegepaste rechtsregel, te toetsen. De beslissing waaruit blijkt dat de betrokken overheid haar bevoegdheid heeft aangewend tot een ander doel dan datgene waartoe de wet die bevoegdheid toekent, werd met machtsafwending verricht.

Bij arrest van 11 juli 1939 werd dan ook erkend dat de rechter de macht heeft om aan de hand van de motivering van een reglement na te gaan of de gemeenteveroverheid niet het opzet heeft gehad de uitoefening van een handel of een beroep te verijdelen, onder voorwendsel de openbare veiligheid, rust en gezondheid te dienen⁶¹.

Mede onder invloed van de rechtsleer en ingevolge afkondiging van de wet van 23 december 1946 houdende oprichting van Raad van State, waarin het begrip «machtsafwending» in terminis voorkomt (art.

⁵⁷ Zie o.m. C. CAMBIER, noot bij Rb. Brussel, 7 februari 1945, *J.T.*, 1944-45, 234, en bij Hof Gent, 2 april 1957, *R.C.J.B.*, 1958, 21 ; Hof Luik, 19 mei 1953, met verwijzing naar de motivering van het vonnis a quo, *J.T.*, 1955, 231 ; DALCQ, *Traité*, nr. 1332.

⁵⁸ Cass., 3 oktober 1957, *J.T.*, 1958, 87.

^{58a} Cass., 21 december 1973, *A.C.*, 1974, 473 ; vgl. inzake beoordeling van de gepastheid van (1) een Gemeenteverordening : Cass., 4 maart 1974, *A.C.*, 726 ; 17 juni 1974, *A.C.*, 1134 ; 16 september 1974, *A.C.*, 1975, 65 ; 23 januari 1975, *A.C.*, 576 ; (2) een K.B. : Cass., 18 januari 1977, *Pas.*, 533.

⁵⁹ R.W., 1963-64, 1115, *R.C.J.B.*, 1963, 93, met noot van DABIN.

⁶⁰ Cass., 14 januari 1910, *Pas.*, 1910, 1, 94.

⁶¹ *Pas.*, 1939, 1, 358.

⁵⁵ In die zin DALCQ, in de reeds aangehaalde studie, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, blz. 35-36.

⁵⁶ Cass., 17 december 1953, *Pas.*, 1954, 1, 315 ; DALCQ, *op. cit.*, nr. 1331 ; *J.T.*, 1954, 678-679 en noot van PUTZEYS, blz. 679-681 ; *R.G.A.R.*, 1955, nr. 5571 met noot van VAN DER MENSBRUGGHE ; *Bull. Ass.*, 1954, 698, met noot van SAUWEN.

9), ontstond een jurisprudentiële kentering, die weldra door het Hof van Cassatie bezegeld werd bij arrest van 14 juni 1948⁶².

Brevitatis causa verwijzen we naar wat hieromtrent reeds elders is gepubliceerd⁶². Dat machtsafwending uiteraard een fout in de besluitvorming impliceert en derhalve een aansprakelijkheidsgrond in de zin van de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek kan opleveren staat buiten kijf.

Volledigheidshalve moge nog worden herinnerd aan de constante rechtspraak van het Hof van Cassatie, volgens welke de vonnisgerechten bevoegd zijn tot kennisneming van de vorderingen strekkende tot vergoeding van de schending van een recht, die haar oorsprong vindt in een machtsoverschrijding van de administratieve overheid^{62a}.

§ 4 HET CASSATIEARREST VAN 7 MAART 1963

26. Ten aanzien van het Flandria-arrest van 5 november 1920 is het verkeerstekenaarrest van 7 maart 1963⁶³ wellicht niet zo innoverend op het stuk van de bescherming der individuele rechten, voor zover het overweegt «dat de machten die de wet aan de administratie in het algemeen belang toekent, haar niet vrijstellen van de verplichting van voorzichtigheid die zich aan allen opdringt». Deze beginselverklaring sluit aan bij de conclusie van advocaat-generaal (thans emeritus procureur-generaal) Ganshof van der Meersch, ten betoge dat de vonnisgerechten de wettelijkheid beoordelen van de overheidshandelingen waardoor aan een burger schade wordt toegebracht en dat de overheidsdaad die een beslissing inhoudt aan het toezicht van de rechtbanken niet ontkomt wegens het aan die daad eigen kenmerk, maar dat zowel de overheidsbeslissing, als de daad van uitvoering, een quasi-delictuele aansprakelijkheidsgrond kan uitmaken⁶⁴.

⁶² Cass., 14 juni 1948, A.C., 1948, 324, *Pas.*, 1948, I, 375-379, en in verband hiermede, noot van A. DEPONDY, *T. Bestuursw.*, 1954-55, 245 e.v.; F. DEBAEDTS, A.P.R., *Machtsafwending*, nrs. 106 tot 111; L. DE KEYSER, *Legitimatie en gronden voor een directe aanvechting van overheidsdaden. Een vergelijkende studie van het Engelse en het Belgische recht*, 1958, blz. 221; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, 1966, nr. 394, blz. 389, en A. MAST, noot onder Rb. Gent, 21 juni 1957, R.C.J.B., 1964, 59. Zie ook onze studie T.P.R., 1967, 448 e.v., nrs. 106 e.v.

Wat de toetsing van de machtsafwending betreft zie: (1) m.b.t. een gemeenteveroordening: Cass. 4 maart 1974, A.C., 726; 17 juni 1974, A.C., 1134; 16 september 1974, A.C., 1975, 65; 23 januari 1975, A.C., 1975, 576;

(2) m.b.t. machtsoverschrijding of machtsafwending door een minister: Cass., 18 juni 1976, A.C., 1170; 12 oktober 1976, A.C., 1977, 175;

(3) m.b.t. een K.B.: Cass., 18 januari 1977, *Pas.*, (proef), 533.

^{62a} Zie Cass., 7 november 1975, A.C., 1976, 316 met de in voetnoot aangehaalde arresten.

⁶³ R.W., 1963-64, 1115; R.C.J.B., 1963, 96 e.v., met noot van DABIN; *Pas.*, 1963, I, 744, met conforme conclusie van adv.-gen. Ganshof van der Meersch; R.G.A.R., 1964, 1791

⁶⁴ *Ibidem*.

A. Overheidsbeslissing principieel gebonden door de voorzichtigheidsregel

27. Toch is het arrest van 7 maart 1963 alleen reeds hierom doorslaggevend, dat het zo glashelder de algemene plicht van voorzichtigheid op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid aan de orde stelt, ongeacht de vraag of de foutieve gedraging ligt in de fase van de uitvoering dan wel in die van de besluitvorming zelf. Meteen is de bij het arrest van 17 december 1953 gestelde restrictie⁶⁵ afgezwakt. Voortaan kan het niet-nemen van veiligheidsmaatregelen een onvoorzichtigheid zijn in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W.

1° Foutieve beslissing of foutief verzuim op het niveau van de uitvoering

28. Bij de vraag of het arrest van 7 maart 1963 de gevolgtrekking wettigt dat het quasi-delictueel appreciatierecht van de vonnisgerechten ten aanzien van het overheidsbeleid voortaan onbegrensd is, rijst een kies probleem.

Het valt te bezien of die vraag afdoende wordt beantwoord door de stelling van Ganshof van der Meersch dat «le pouvoir judiciaire ne peut, sans excès de pouvoir, apprécier l'opportunité des mesures dont la loi réserve la décision à l'administration»⁶⁶. Deze stelling strookt met de rechtspraak die het besproken arrest voorafging — rechtspraak die hierop neerkwam dat enkel de gepastheid van de overheidsbeslissing buiten het toezicht van de feitenrechter valt, terwijl de wijze waarop de overheid de haar door de wet opgelegde verplichtingen uitvoert daarentegen onder dat toezicht ressorteert⁶⁷. Het is immers zo dat de vonnisgerechten, krachtens de hun door de Grondwet opgedragen wettigheidscontrole, moeten nagaan of de betrokken overheidsdienst zich van zijn taak heeft gekweten met de zorg die aan de voorzichtigheidsnorm van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek beantwoordt.

Dat dezelfde zorgvuldigheid geboden is bij de uitvoering van een wettelijke verplichting die op de overheid weegt, als bij de uitvoering van een beleidsbeslissing die van haar uitgaat, behoeft geen betoog.

Maar, puntje bij paaltje, behelst de justitiële toetsing van de zogenoemde overheidsdaden van uitvoering niet alleen de louter materiële verwezenlijking van wat de wet aan de overheid voorschrijft of van wat de overheid zelf beslist. De toetsing van de rechter heeft ook vat op de keuze van de met het oog op die verwezenlijking aan te wenden maatregelen en middelen. En hoe kan het anders dan dat dergelijke keuze een beslissing inhoudt. Zij het dan een beslissing op het niveau van de uitvoering.

⁶⁵ *Pas.*, 1954, I, 315; zie supra nrs. 23-24.

⁶⁶ *Pas.*, 1963, I, 744.

⁶⁷ Zie o.m. Cass., 17 december 1953, *Pas.*, 1954, I, 315, *J.T.*, 1954, 879, met noot van PUTZEYS, R.G.A.R., 1955, nr. 5571, met noot van VAN DER MENSBRUGGHE.

Het arrest van 7 maart 1963 is in dat opzicht overtuigend. Na te hebben gewezen op de overweging van de rechter dat de administratie andere maatregelen had moeten treffen dan het enkel aanbrengen op de rijksweg van het verkeerstek nr. 12 en op de vaststelling «dat, ter zake, zulke maatregelen konden getroffen worden doch niet getroffen werden», oordeelt het Hof van Cassatie dat de rechter «wettelijk heeft kunnen beslissen dat de administratie, door zich ervan te onthouden de noodzakelijke maatregelen te treffen, aan haar verplichting van veiligheid was te kort gekomen».

29. DALCQ is van oordeel dat opportuniteit en wettigheid hier samenvallen onder het oogpunt van de burgerlijke aansprakelijkheid⁶⁸. Het is de opdracht van de vonnisgerechten die uitvoeringsbeslissingen — of de afwezigheid van zulke beslissingen — te beoordelen, zowel ten aanzien van de specifieke verplichting die door de wet aan de overheid binnen een bepaalde beleidssector is opgelegd, als wat betreft de conformiteit met de plicht van voorzichtigheid die uit artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek voortvloeit (zie hierover infra sub littera B).

2° Foutieve beslissing of foutief verzuim op het niveau van de besluitvorming zelf

30. Maar niet alleen de beslissingen die de aan te wenden maatregelen en middelen tot uitvoering bepalen zijn vatbaar voor justitiële toetsing. Ook de besluitvorming zelf kan indruisen tegen de algemene verplichting van voorzichtigheid in de zin van artikel 1382 en aldus, wegens fout en onwettigheid, een volwaardige aansprakelijkheidsgrond opleveren. Dit moge blijken uit het volgende.

De rechtspraak die de beslissingsmacht van de administratie immuniseerde heeft uitgediend. Eerder is gezegd hoe de overheid aanvankelijk niet aansprakelijk werd geacht, indien de schade het gevolg was van de toestand zoals die door de overheid was voorgeschreven, doch wel indien het schadegeval aan een niet conforme uitvoering van de overheidsbeslissing te wijten was. Spoedig gold als richtsnoer dat de weggebruiker redelijkerwijs onderstellen mag dat het algemeen uitzicht en de bestemming van de verkeersweg die hij berijdt met de werkelijke toestand overeenstemt. Naar gemeen recht is het verwekken van een bedrieglijke schijn een fout die bij schadetoebrenging aanspraak op vergoeding wettigt. De aansprakelijkheidsgrond inzake wegenbeleid was slechts een toepassing van dat algemeen beginsel (zie supra nr. 18 e.v.).

De administratie bepaalde weliswaar eigenmachtig de constructie van haar wegnnet en de daartoe aan te wenden middelen, maar de keuze ervan — die uiteraard een daad van beslissing inhoudt — was niet wil-

lekeurig. De benuttigde middelen moesten adequaat en doeltreffend zijn. De overheid was aansprakelijk voor alle schade veroorzaakt door gebrek aan voorzorg, verwaarlozing of onkunde. Zij had dus niet enkel tot taak wegen voor het publiek toegankelijk te stellen die op het stuk van de verkeersveiligheid aan de van overheidswege geplande toestand beantwoorden. Haar veiligheidsverplichting reikte verder dan het uitvoeringsstadium van de beslissing. Zodra het vertrouwen in de uiterlijke staat van de rijweg werd teleurgesteld, niet enkel ten gevolge van non-conformiteit met de beslissing of met een wettelijk voorschrift (gebrekkige uitvoering of verzuim in het onderhoud), maar ook wegens ondoelmatigheid van de beslissing zelf (conceptiegebrek) of wegens het uitblijven van elke doelmatige beslissing, kwam de discretionaire macht van de administratie in het gedrang.

De zogenoemde soevereiniteit van de overheid inzake wegenbeleid was niet langer onaantastbaar. Het stond haar niet vrij lukraak wegen te bouwen, de wijze van aanleg en de daartoe bestemde materialen te bepalen⁶⁹. De vrees voor inmenging in de bestuursactiviteit voerde inderdaad naar onbillijkheid en onrecht, indien de overheid naar eigen goeddunken onveilige verkeerswegen kon aanleggen, met het gevolg dat aan particulieren, zonder kans op rechtsherstel, schade werd aangericht.

31. In het arrest van 7 maart 1963 oordeelde het Hof van Cassatie dat de Staat door het bestreden arrest werd veroordeeld op grond van de ontoereikendheid der getroffen veiligheidsmaatregelen en van het verzuim tot andere maatregelen over te gaan, die nochtans in het bereik van de overheid lagen. De beoordeling van dit opportuniteitsaspect van de overheidsbeslissing is allesbehalve een directe inmenging in het beleid dat in die beslissing tot uiting komt. Zij is er wel een marginale toetsing van.

De verplichting het rechtmatig vertrouwen van de weggebruiker niet te verschalken, impliceert een besluitvorming inzake wegenbeleid die de normale verkeersveiligheid waarborgt.

Aan de hand van dit postulaat huldigt het Hof van Cassatie in de aangehaalde considerans het nieuwe aansprakelijkheidsbeginsel: de overheidsbeslissing wordt ondergeschikt aan de algemene verplichting van voorzichtigheid.

Het aansprakelijkheids criterium ontleend aan de idee van het verschalkt rechtmatig vertrouwen — aldus uitgebreid tot het gebied van de overheidsbeslissing —

⁶⁸ DALCQ, «La place de l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique», *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, 1972, blz. 37-38.

⁶⁹ In zijn merkwaardige conclusie bij het cassatiearrest van 7 maart 1963 stippt eerste adv.-gen. Ganshof van der Meersch aan dat het soevereiniteitsbeginsel ten onrechte door de overheid werd ingeroepen, aangezien haar zelfbeschikkingsrecht inzake openbare wegen niet volstrekt is, doch begrensd door de verplichting het wettig vertrouwen van de weggebruiker niet te verschalken, zodat wanneer deze grens overschreden wordt, de beslissing een quasi-delictuele fout uitmaken kan (*J.T.*, 1963, 225, o.m. met referte aan DALCQ, *op cit.*, nr. 1328).

werd meteen vervangen door het positief criterium van de veiligheidsverplichting. Daarmede is aan het kunstmatig onderscheid tussen beslissing en uitvoering een einde gemaakt⁷⁰.

Deze versoepeling van de wettigheidscontrole is betekenisvol. De justitiële rechter neemt afstand tegenover het dogma van de scheiding der staatsmachten. Hij heeft voortaan tot taak de administratieve besluitvorming op haar zorgvuldigheidsmarge te toetsen.

B. Specifieke aanbreng van het cassatiearrest van 7 maart 1963 : stricte toepassing van een wettelijk voorschrift impliceert niet noodzakelijk ontheffing van aansprakelijkheid

32. Dit is dan precies de aanbreng van het verkeerstekenarrest van 7 maart 1963. Na te hebben verklaard dat de overheid, op het stuk van de verkeersveiligheid, tot plicht heeft slechts wegen aan te leggen en voor het verkeer open te stellen die «volgende veilig zijn» door het treffen van gepaste maatregelen ter voorkoming van elk «abnormaal gevaar», preciseert het Hof van Cassatie dat de overheid niet noodzakelijk deze verplichting is nagekomen door het enkel aanbrengen van de door artikelen 93 en 94 van de wegverkeerswet voorgeschreven waarschuwingstekens. Nieuw is inderdaad dat voortaan ook als «foutief» d.i. onrechtmatig in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek wordt aangemerkt, het verzuim voorzorgsmaatregelen te nemen die een ruimere verkeersveiligheid bieden dan die welke reeds overeenkomstig de verkeerswet werden uitgevoerd. De louter conforme uitvoering van een door de wet opgelegde verplichting is ontoereikend, indien de middelen die de wet voorschrijft de weggebruiker tegen abnormaal verkeersgevaar geenszins beveiligen.

Meer algemeen op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid is de boodschap van het arrest van 7 maart 1963 duidelijk : de feitenrechter kan ertoe komen te zeggen dat de overheid niet kan volstaan met de uitvoering van een wettelijke verplichting waardoor niet is voldaan aan de door artikel 1382 opgelegde plicht van voorzichtigheid die voor iedereen geldt, en dat het niet-beslissen tot het treffen van bijkomende veiligheidsmaatregelen een onrechtmatig verzuim in de zin van voormelde wetsbepaling kan opleveren^{71 72}.

Dit is een nieuw geluid. Afgezien van wat eerder is gezegd i.v.m. de evolutie van de wettigheidstoetsing inzake wegenbeleid (supra nrs. 17 tot 19) en bij machts-

afwending (supra nr. 25), had het Hof van Cassatie zich tot dan toe vastgeklampt aan het beginsel dat de conformiteit met de wet het criterium van de fout was, telkens als een overheidshandeling de justitiële rechtscolleges ter beoordeling stond⁷³. Zelfs bij het cassatiearrest van 17 december 1953 was nog duidelijk beklemdoond dat indien de appreciatie van de civielrechtelijke gevolgen van nalatigheden of onvoorzichtigheden aan de zijde van de administratie, die strijdig zijn met een wettelijke verplichting, de rechterlijke macht ter kennisneming staat, deze zich niet mag uitspreken over de omvang van de door de overheid te treffen politimaatregelen en niet als quasi-delictuele fout mag aanmerken het ontbreken van alle politimaatregelen die de rechter nuttig zou hebben geacht⁷⁴.

Voortaan heeft de waakzaamheid die van de overheid mag worden geëist als norm de in artikel 1382 neergelegde voorzichtigheidsplicht. Het aansprakelijkheids criterium van de conformiteit met de wet die de bevoegdheid van de administratie in een bepaalde overheidssector omschrijft, wordt uitgebreid tot de conformiteit met de door het Burgerlijk Wetboek opgelegde algemene plicht van voorzichtigheid.

C. Justitiële aftasting van een opportuniteitsaspect van de overheidsbeslissing : de voorzichtigheidsmarge ter voorkoming van abnormaal gevaar — resultaatsverplichting

33. Het Hof van Cassatie kent de burgerlijke rechter thans niet alleen de bevoegdheid toe om de gebeurlijke niet-nakoming van de veiligheidsverplichting vast te stellen, maar bovendien om, te dien einde, na te gaan of de getroffen maatregelen toereikend waren om de weggebruiker tegen het abnormaal gevaar, dat in de gebrekkige toestand van de verkeersweg schuilt, te beschermen. Weliswaar bepaalt de overheid autonoom de keuze van de aan te wenden technische middelen en ordemaatregelen⁷⁵. Maar deze keuzebevoegdheid houdt de verplichting in metterdaad alle passende veiligheidsmiddelen en voorzorgen in werking te stellen. De overheid mag zich niet vergenoegen met ontoereikende of ondoeltreffende middelen. Zij mag evenmin onverrichter zake blijven, indien dit verzuim het abnormaal gevaar op de verkeersweg laat bestaan. Verzuim of wanbeleid, beide zijn fouten waarvoor de overheid aansprakelijk is.

⁷⁰ Zie J. DABIN, noot bij Cass., 7 maart 1963, R.C.J.B., 101 en 104 e.v.; DE PAGE, II, nr. 1067bis, uitgave 1964; wat de juiste draagwijdte betreft in de zin van het weren van elk abnormaal gevaar, zie DABIN, zelfde noot, blz. 106-108.

⁷¹ DALCQ, o.c., *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, III, blz. 37-38.

⁷² We gaan liever voorbij aan de kritiek dat het Hof van Cassatie met een dergelijke uitspraak een waardeoordeel uitbrengt over de wet zelf, voor zover het de door de verkeerswetgeving voorgeschreven verkeerstekens ontoereikend acht ter voorkoming van abnormaal verkeersgevaar.

⁷³ Zie o.m. Cass., 3 oktober 1957, J.T., 1958, 87.

⁷⁴ Cass., 17 december 1953, *Pas.*, 1954, I, 315; zie ook supra nrs. 23-24.

⁷⁵ Voor het onaantastbaar appreciatierecht van de gemeente inzake aanbrengen van verkeerstekens zie o.m. Cass., 30 november 1956, J.T., 1957, 238; voor de grens van dit appreciatierecht zie: J. DABIN, o.c., blz. 105; vgl. MAST, noot bij Hof Luik, 3 november 1949, R.C.J.B., 1951, 246, waar deze auteur een zekere immuniteit aanneemt in geval van fout door verzuim; vgl. ook DALCQ, *Resp. civile*, I, nrs. 1337 en 1344.

Tot zover is het juist te zeggen dat de justitiële rechter de opportuniteit van de overheidsdaad (uitvoeringshandeling of beslissing) moet toetsen in functie van de verplichting van voorzichtigheid die op de overheid rust. De rechter gaat daarbij zijn bevoegdheid niet te buiten. Artikel 107 van de Grondwet heeft hem belast met de legaliteitscontrole over de bestuurshandelingen. Nu blijkt dat een opportuniteitsaspect van deze handelingen wettelijk is vastgelegd in de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek. Weliswaar houden deze wetsbepalingen geen verplichting van voorzichtigheid in, wel een verplichting tot vergoeding van de schade door onvoorzichtigheid veroorzaakt. Zij sanctioneren de niet-naleving van de algemene voorzichtigheidsplicht. Daarom heeft de rechtspraak in de artikelen 1382-1383 terecht met betrekking tot de administratieve beslissingen een doelmatigheidsvereiste willen zien.

34. Het cassatiearrest van 7 maart 1963 behelst bijgevolg erkenning van het gerechtelijk toezicht op een opportuniteitsaspect van de overheidsbeslissing. De administratie beslist eigenmachtig over de bouw van een brug, over de aanleg van een rijbaan, met inachtneming van de voorzorgen waardoor de verkeersveiligheid tegen elk abnormaal gevaar wordt gewaarborgd. Abnormaal gevaar dan in de zin van «valse schijn», die het rechtmatig vertrouwen van de weggebruiker verschaft. Dit is de maatstaf van de voorzichtigheidsplicht. Het is de taak van de rechtbank de doelmatigheid van de aangewende middelen ter voorkoming van zulk abnormaal gevaar te beoordelen. Aldus beschouwd is de veiligheidsverplichting die voortaan de overheidsaansprakelijkheid inzake wegenbeleid bepaalt een «obligation de résultat» of resultaatsverplichting. Ter rechtvaardiging hiervan wordt aangevoerd : «... comment abandonner à l'administration le choix de l'opportunité des moyens là où un texte légal (art. 1382 B.W.), sans préciser les moyens, oblige l'Administration à procurer un résultat»⁷⁶.

Het verplichte resultaat bestaat erin dat de overheid wegen voor het openbaar verkeer openstelt, waarvan de ingebruikneming vrij van abnormaal of onvoorzienbaar risico is. Van deze resultaatsverplichting kan zij slechts ontslagen worden indien zij bewijst dat de verwezenlijking van het verplichte resultaat door een vreemde oorzaak verijdeld werd.

D. Voorzichtigheidsplicht van de gemeenten inzake wegenbeleid, ook in de besluitvorming krachtens de politionele opdracht

35. In de optiek van het cassatiearrest van 7 maart 1963 heeft de voorzichtigheidsplicht van de gemeente

⁷⁶ J. DABIN, *ibidem*; DABIN en LAGASSE «Examen de jurisprudence (1959 à 1963)», R.C.J.B., 1964, 294-296, nr. 73; zie ook J. DABIN, noot bij Cass., 7 maart 1963, R.C.J.B., 1963, 105.

inzake wegenbeleid algemene gelding. Die plicht moet worden nagekomen niet enkel in het kader van haar normale overheidstaak ten aanzien van het eigen wegennet, maar ook in de uitoefening van haar politionele opdracht krachtens de revolutiedecreten van 1789 en 1790⁷⁷.

Reeds op 20 december 1951⁷⁸ had het Hof van Cassatie beslist dat die decreten de gemeenten niet alleen de macht toekennen, maar tevens de correlatieve verplichting opleggen te waken over de veiligheid en de doorgangszekerheid in de straten, met precisering dat deze verplichting insgelijks geldt voor de aan de Staat toebehorende wegedeelten die het gemeentelijk grondgebied doorkruisen.

Bij arrest van 5 maart 1964⁷⁹ zou hetzelfde Hof kordaat de knoop verder doorhakken op grond dat indien artikel 3 Titel XI van het decreet van 16-24 augustus 1790 «aan de gemeentelijke overheden de zorg toevertrouwt de noodzakelijke maatregelen te treffen om de veiligheid van het verkeer in de straten te verzekeren, zij niet aan de beslissingen te dien einde door deze overheden getroffen een soeverein karakter verleent, in die zin dat de gemeentelijke macht vrijgesteld zou zijn de verplichting van voorzichtigheid na te komen welke de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek haar opleggen».

E. Voorzichtigheidsnorm voor overheid en enkeling niet identiek

36. Het cassatiearrest van 7 maart 1963 stoelt op stevige grondslag. Het beoordeelt de overheidsaansprakelijkheid vanuit de algemene verplichting van voorzichtigheid die voor iedereen geldt.

Dat wil niet zeggen dat de Staat en de publiekrechtelijke instellingen steeds onder dezelfde voorwaarden als de particulieren aan het privaatrecht onderworpen zijn. De finaliteit van de staatsbemoeiing is uiteraard verschillend van de individuele levensbestemming der burgers-rechtssubjecten. De overheidsdiensten functioneren in het uitsluitend belang van de sociale groep. De behartiging van het «algemeen belang»⁸⁰ is tegelijk voorwaarde en grens van de individuele rechtszekerheid. Overheid en burger zijn in omgekeerde verhouding op elkander ingesteld. Dit is o.m. reeds gebleken bij de bespreking van de overheidsaansprakelijk-

⁷⁷ Onlangs nog nam het Hof van Cassatie duidelijk stelling in die zin : Cass., 21 oktober 1977, R.W., 1977-78, 1386; raadpleeg hierover : J. DABIN, noot bij Cass., 7 maart 1963, R.C.J.B., 1963, 110 e.v.

⁷⁸ *Pas.*, 1952, I, 206.

⁷⁹ R.W., 1965-66, 339; *adde* : Cass., 5 september 1969, R.W., 1969-70, 757; Cass., 5 februari 1976, R.W., 1975-76, 2386, A.C., 1976, 666; vgl. : Cass., 21 oktober 1977, R.W., 1977-78, 1386; in dit arrest wordt de grondslag van de beveiligingsplicht gesitueerd in de artikelen 50 van het decreet van 1789 en 3, 1°, titel XI, decreet van 1790.

⁸⁰ Over het begrip «algemeen belang» zie verder nrs. 72 e.v. alsook o.m. Declerck D., Een peiling naar het begrip «algemeen belang» in het bestuursrecht, R.W., 1967-68, 515 e.v.

heid wegens onrechtmatig verzuim. Ook in dat opzicht werd onderstreept dat niet dezelfde maatstaf van beoordeling geldt ten aanzien van de publiekrechtelijke sector als voor de particulier. De enkeling mag in de regel doen of laten wat de wet niet uitdrukkelijk verbiedt of gebiedt, terwijl de overheid enkel mag en moet doen wat door de wet is voorgeschreven⁸¹.

Het gaat niet op deze en gene op dezelfde privaatrechtelijke grondslag te beoordelen. Maar de rechtszekerheid, die overheidstaak is, beantwoordt aan de algemene verwachting dat het gemene recht wordt toegepast. Er bestaat geen geldige reden om de privaatrechtelijke principes niet op de overheidshandelingen toe te passen voor zover daardoor de behartiging van het algemeen belang niet wordt verstoord⁸².

Slechts in diezelfde mate is het juist te stellen dat de overheid aansprakelijk is wegens tekortkoming aan de algemene verplichting van voorzichtigheid, waarvan de rechtsgrond in de artikelen 1382-1383 B.W. aanwezig is.

37. Beweren dat de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek onder dezelfde voorwaarden op de openbare machten als op de particulieren toepasselijk zijn⁸³ lijkt dan ook een gewaagde *petitio principii*. Weliswaar verklaarde het Hof van Cassatie in voormeld arrest «dat de machten welke de wet aan de administratie in het algemeen belang toekent, haar niet vrijstellen van de verplichting van voorzichtigheid welke zich aan allen opdringt». Maar deze verplichting werd in een volgende considerans, met betrekking tot het wegenbeleid, gepreciseerd in de zin van een genoegzame verkeersveiligheid en vrijwaring tegen abnormaal gevaar⁸⁴. Wat uiteraard het dulden van een dosis normale gevaarlijkheid impliceert (zie hierover supra nr. 34).

Ongeacht de aansprakelijkheid op het reglementaire vlak, waar de verplichting van voorzichtigheid slechts in functie van het algemeen belang bestaat⁸⁵, dekt die verplichting voor de overheid — in de uitoefening van haar gewoon beleid — niet dezelfde lading als bij de burger. Deze laatste kan te allen tijde immers op grond van een culpa levissima tot schadeloosstelling ge-

houden zijn⁸⁶. Een bevestiging te meer van het feit dat de maatstaven inzake overheidsaansprakelijkheid van de gemeenrechtelijke normen afwijken.

De aansprakelijkheidscriteria voor overheid en enkeling zijn derhalve niet gelijklopend, maar in constante verhouding tot de essentieel verschillende doelgerichtheid van collectiviteit en individu.

F. Draagwijdte van het cassatiearrest van 7 maart 1963

1° Ruimtelijk aspect : toepasselijkheid van de voorzichtigheidsnorm op de hele overheidssector

38. De beginselvestiging in het arrest van 7 maart 1963 heeft een verstrekkende draagwijdte. De uitspraak is in algemene bewoordingen gesteld. De voorzichtigheid waarvan de administratie blijk geven moet, bestrijkt alle sectoren van haar activiteit. Zo werd beweerd, in strijd met zekere rechtspraak van vroegere datum, dat de overheid zich eventueel verantwoorden moet voor de gevolgen van een ontoereikende organisatie in een staatsinrichting voor maatschappelijk verweer, waardoor de ontvluchting van een geïnterneerde, die daarna een moord begaat vergemakkelijkt werd⁸⁷.

Niets zou voortaan de rechtbanken beletten de overheid te veroordelen wegens een niet gerechtvaardigde tuchtmaatregel⁸⁸ of onrechtmatig optreden van de politiediensten die, uiterlijk handelend binnen de perken van de wettelijkheid, de administratieve onderrichtingen verkeerd interpreteren⁸⁹.

Een blik op de navolgende ontwikkeling van de rechtspraak zal deze overtuiging ruimschoots bevestigen (zie infra onder § 5).

2° Vormelijk aspect : toepasselijkheid op alle vormen van wanbeleid

39. De justitiële rechtspraak evolueerde vrij vlug in de door het hoogste Hof aangewezen richting⁹⁰. Met

⁸¹ Cf. supra nrs. 21 tot 23 en voetnoot 54 ; ook DALCQ, «Examen de Jurispr. 1968-1972», R.C.J.B., 1974, 257-258, nr. 84. Het Flandria-arrest van 5 november 1920 oordeelde reeds dat de overheid niet kan doen dan wat haar is opgedragen en dat zij, evenals de geadmistreerden, aan de wet onderworpen is.

⁸² In deze zin zie o.m. BRUSSELMANS, «La responsabilité civile des fonctionnaires», *Annales de Droit et de Sciences politiques*, 1937, 38 tot 52.

⁸³ Zoals voorgehouden door DABIN en LAGASSE, «Examen de jurisprudence (1959 à 1963)», R.C.J.B., 1964, nr. 70 op blz. 292 en nr. 74 op blz. 296 ; Rb. Luik, 27 januari 1967, *Pas.*, 1967, III, 78, R.G.A.R., 1967, 7890 ; *adde* : Cass., 5 februari 1976, R.W., 1975-76, 2386 ; A.C., 1976, 666.

⁸⁴ Zie ook Cass., 10 september 1964, R.W., 1964-65, 1255, R.G.A.R., 1965, 7426, *Pas.*, 1965, I, 22-23 ; Cass., 16 juni 1966, *Pas.*, I, 1320, *Rev. de l'Adm.*, 1967, 216, *Tijdschrift Gemeenterecht*, 1967, 5-8.

⁸⁵ Dit beginsel wordt impliciet gehuldigd door het cassatiearrest van 26 april 1963, zie boven nrs. 38 tot 45, meer bepaald nrs. 41 e.v., 44 e.v.

⁸⁶ Zie DE PAGE, II, uitg. 1964, nr. 945.

⁸⁷ DABIN en LAGASSE, «Examen de jurisprudence (1959 à 1963)», R.C.J.B., 1964, nr. 75, met verwijzing naar volgende beslissingen in tegengestelde zin : Rb. Brussel, 19 augustus 1956, R.G.A.R., 1961, 6660 en, in hetzelfde verband, betreffende minderjarigen geplaatst in een open stelsel : Rb. Gent, 5 december 1960, R.G.A.R., 1961, 6697 ; Hof Luik, 10 januari 1961, *Pas.*, I, 93, R.G.A.R., 1962, 6876. Zie ook DALCQ, «Examen de jurisprudence», R.C.J.B., 1974, nr. 81 e.v. blz. 253 e.v. Zie voor de evolutie van de rechtspraak in de nieuwe optiek : Rb. Turnhout, 2 oktober 1975, R.W., 1975-76, 2020.

⁸⁸ Zie *anders* : Rb. Gent, 22 januari 1962, *Rev. Comm.*, 1962, 138, aangehaald door DABIN en LAGASSE, *ibidem*.

⁸⁹ Zie *anders* : Rb. Brussel, 21 juni 1961, R.W., 1961-62, 888, aangehaald door DABIN en LAGASSE, *ibidem*. Dat de huidige rechtspraak betreffende de overheidsplicht tot zorgvuldige informatie duidelijk het spoor van 7 maart 1963 volgt blijkt uit de recente cassatiearresten ; zie infra nrs. 58 tot en met 62 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁹⁰ Zie o.m. Hof Brussel, 13 mei 1963, *J.T.*, 1963, 595, *Rev. Adm.* 1964, 125, met noot.

uitdrukkelijke referte aan het cassatiearrest van 7 maart 1963 werd in ettelijke beslissingen van hoven en rechtbanken het voorzichtigheids criterium gehuldigd. Dit aan de hand van een zeer gevarieerde casuïstiek.

Onder voorbehoud van de reeds besproken relativisering van de overheidspllicht op dit stuk⁹¹, is de overheid niet vrijgesteld van de in de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek neergeschreven aansprakelijkheidsregelen die voor een ieder bindend zijn. In het licht van de nieuwe optiek ontstaat een accentverschuiving bij de omschrijving van de fout. De traditionele classificatie : fout — wetsverkrachting en foutieve gedraging⁹² vervaagt.

Weliswaar is het zo dat buiten de gevallen van intentioneel overheidsvergreep dat uiteraard, met aanwezig causaal verband, altijd aanleiding geeft tot schadeloosstelling (aansprakelijkheid ex delicto), de fout van de overheid zowel in een tekortkoming aan de algemene verplichting van voorzichtigheid en vooruitzicht⁹³, als in een quasi-deliict⁹⁴ of in de miskenning van een wettelijk voorschrift of verbod⁹⁵ kan bestaan. Maar in deze laatste twee hypothesen (quasi-deliict en schending van de wet) gaat het enkel om aspecten van de veronachtzaming inzake overheidspllicht van zorgvuldigheid en behoorlijk bestuur. Anderzijds is elke tekortkoming aan de verplichting van voorzichtigheid een met de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek strijdige en derhalve onwettelijke gedraging.

⁹¹ Zie supra § 4, E, nrs. 36-37.

⁹² Over deze classificatie zie o.m. DE PAGE, II, nr. 941.

⁹³ Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, I, 744, en conclusie van eerste adv.-gen. Ganshof van der Meersch, *R.C.J.B.*, 1963, 93, met noot van DABIN; Cass., 10 september 1964, *R.G.A.R.*, 1965, 7426, *R.W.*, 1964-65, 1255, *Rev. de l'Adm.*, 1966, 28; Cass., 5 maart 1964, *R.W.*, 1965-66, 339, *Tijdschr. Gemeenterecht*, 1965, 25-27, *Rev. Adm.*, 1965, 95-96; Cass., 16 juni 1966, *Pas.*, I, 1320, *Rev. de l'Adm.*, 1967, 216, *Tijdschr. Gemeenterecht*, 1967, 5-8; Cass., 12 oktober 1967, *Tijdschr. Gemeenterecht*, 1968, 49. Zie ook o.m. Hof Brussel, 26 juni 1964, *Pas.*, 1965, II, 198; 13 mei 1963, *J.T.*, 1963, 695; 7 december 1964, *Rev. Adm.*, 1966, 240; Hof Luik, 3 februari 1964, *Jur. Liège*, 1963-64, 225; Rb. Nijvel, 23 december 1963, *J.T.*, 1964, 336; Rb. Brussel, 9 april 1965, *Pas.*, 1966, III, 141; Rb. Brussel 24 januari 1966, *R.G.A.R.*, 1966, 7597, *Bull. Ass.*, 1966, 548, met noot; Rb. Charleroi, 6 januari 1966, *Pas.*, 1966, III, 81.

⁹⁴ De quasi-deliictuele fout in de zin van onvrijwillige foutieve handeling, tegenover de «intentionele» deliictuele fout : zie DE PAGE, II, nr. 908 en referenties. Mazeaud en Tunc geven van de quasi-deliictuele fout de volgende uitstekende omschrijving : «La faute quasi-deliictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances «externes» que l'auteur du dommage» H. en L. MAZEAUD en A. TUNC, *Responsabilité civile, deliictuelle et contractuelle*, I, 1957, 5e ed. nr. 439).

⁹⁵ Zie DABIN en LAGASSE, «Examen de jurispr. 1959 à 1963», *R.C.J.B.*, 1964, 300, nr. 78, met verwijzing naar Hof Brussel, 22 augustus 1960, *Bull. Ass.*, 1960, 496, en het advies van adv.-gen. Van den Branden de Reeth, *Pas.*, 1961, II, 107, *R.G.A.R.*, 1960, 6762, *J.T.*, 1960, 704, en de talrijke aangehaalde beslissingen; zie ook DE PAGE, II, 1964, nr. 941; Hof Brussel, 4 december 1963, *Pas.*, 1965, II, 36 (niet-nakoming van de ondergeschikte verplichting tot signaleren, voorgeschreven door art. 113 Wegverkeersreglement).

3° Inhoudelijk aspect : verdere nuancering van het voorzichtigheids criterium — zorgvuldigheidsnorm — redelijkheidstoetsing

40. Een kiese taak wacht hier de justitiële rechter. Het wordt tijd dat hij zich in de verwickelingen van het administratief raderwerk gaat inwijken. Hij moet trachten zich een juist denkbeeld te vormen over de speelruimte waarbinnen dit raderwerk functioneert. Dat moet hem in staat stellen oordeelkundig de fouten te omschrijven en de aansprakelijkheden af te wegen. Veelal nochtans is de aangeklaagde onrechtmatigheid zo flagrant dat, ook zonder voorstudie van het statuut van de betrokken ambtenaar of overheidsdienst, de aansprakelijkheid wegens gebrek aan voorzorg of vooruitzicht naar eis van recht zal vaststaan.

41. Wellicht kan de zorgvuldigheidsnorm naar gemeen recht, die door de Nederlandse Hoge Raad, met inachtneming van mogelijke onoplettendheid van derden, werd uitgestippeld, hier inspirerend werken. De volgende maatstaven van beoordeling werden door dit college aangewezen :

1. de mate van waarschijnlijkheid, waarmede de niet-inachtneming van de nodige oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht ;

2. de hoegrootheid van de kans, dat daaruit ongevallen ontstaan ;

3. de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben ;

4. de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

De aanwending van deze beoordelingsmaatstaven werd aangeprezen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de N.M.B.S. voor ongevallen op onbevaakte overwegen⁹⁶.

Daarbij mag echter nooit van de essentiële regel worden afgeweken, dat de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid steeds naar de norm van het algemeen belang moet zijn georiënteerd.

42. In dit opzicht verdient wellicht aanbeveling het in Nederland gangbare jurisprudentieel criterium toegespitst op het onderscheid tussen waarborgnormen en instructienormen. *Waarborgnormen*, in de zin van «publiekrechtelijke voorschriften die de burger een aanspraak geven op zekere gedraging van de overheid». *Instructienormen*, die enkel «bestemd zijn om binnen de administratie als zodanig te werken en waaraan de burger geen aanspraken kan ontlenen». Schending van een waarborgnorm is wel, schending van een instructienorm is niet als zodanig onrechtmatig. Of dan een bepaalde norm als een waarborg-

⁹⁶ Zie H.J. BLEEKER en A.T. VOS, «Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden», *T.P.R.*, 1968, 84, met verwijzing naar *Novelles, Droit civ.*, V, I, 1967, nr. 339, en Cass., 10 oktober 1958, *Pas.*, 1959, I, 145, *R.G.A.R.*, 1960, 6538, en Cass., 22 april 1962, *Pas.*, 1962, I, 710, DABIN en LAGASSE, *R.C.J.B.*, 1963, 270.

dan wel als een instructienorm moet worden aange-merkt is een kwestie van interpretatie van de desbetreffende wetsbepaling. Dit impliceert dat de rechter ten deze zelf de grenzen bepaalt waarbinnen hij het overheidsoptreden kan beoordelen. Dat doet hij aan de hand van de *redelijkheidstoetsing* van de aangevochten handeling⁹⁷. Wat de norm van die redelijkheidstoetsing zou kunnen zijn wordt verder nader toegelicht (infra sub § 5, F).

§ 5. JURISPRUDENTIËLE ONTWIKKELING IN HET VERLENGDE VAN HET CASSATIEARREST VAN 7 MAART 1963

43. Hoewel de hoven en rechtbanken nog wel eens steun zoeken in de sinds 1920 en vooral sinds 1963 voorbijgestreefde theorieën⁹⁸, blijft het Hof van Cassatie met toenemende nadruk het recht van de rechterlijke macht beklemtonen tot het toetsen en sanctioneren van de handelingen van het uitvoerend gezag. Verheugend is hierbij de vaststelling dat deze vastberadenheid in de jurisprudentie van het hoogste Hof de feitenrechter in steeds ruimere mate sensibiliseerde om koers te varen met de kompasnaald naar de lichtbaak van 7 maart 1963⁹⁹.

Zelf liet het Hof niets onverlet om het revolutionaire standpunt van zijn arrest van 7 maart 1963 in versneld tempo nader te omschrijven en te verfijnen. Dit zowel bij het omlijnen van de voorzichtigheidsnorm, als ten aanzien van de eigen bevoegdheid en die van de justitiële rechter ten deze.

A. Controle van het Hof van Cassatie op de toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W.

44. Zo besliste het Hof van Cassatie dat het de macht heeft om uit te maken of de justitiële rechter uit de door hem vastgestelde feiten wettelijk het bestaan van een onrechtmatigheid in de bij de artikelen 1382-1383 B.W. bepaalde zin heeft kunnen afleiden¹⁰⁰.

45. Ter illustratie van dit beginsel kan o.m. worden verwezen naar de cassatiearresten van 27 september

⁹⁷ Zie hierover meer bij G.J. DE GROOT, Overheidsaansprakelijkheid, in «Overzicht van rechtspraak — Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden (1970-1976)», nr. 25, T.P.R., 1977, 155-158; commentaar bij het arrest H.R. 12 maart 1971, 265 (Gemeente Westerschouwen).

⁹⁸ Wat begrijpelijk was juist vóór het cassatiearrest van 7 maart 1963 (zie o.m. Hof Luik 18 januari 1963, R.G.A.R., 1964, 7292, met terechtwijzende noot van R.O. DALCQ, in het perspectief van datzelfde arrest), is bedenkelijk in 1972 (zie nochtans Rb. Charleroi, 30 november 1972, Pas., 1973, III, 78).

⁹⁹ Zie o.m. DALCQ, «Examen de jurispr. 1968-1972», R.C.J.B., 1974, 253 e.v., nrs. 81 e.v.; FAGNART «Chron. de jur. (1968-1975)», J.T., 1976, 597, e.v.; T.B.P., 1975, «Overzicht overheidsaansprakelijkheid en legaliteitstoetsing», blz. 208 e.v., nrs. 31 e.v.; Adde: Cass., 7 november 1975, A.C. 1976, 316; R.C.J.B. 1977, 417 met noot van A. van Welkenhuyzen.

¹⁰⁰ Cass., 10 oktober 1963, Pas., 1964, I, 143; Cass., 5 maart 1964, R.W., 1965-66, 339, met referte o.m. aan Cass., 26 april 1963, noot 5, Pas., 1964, I, 727, en voetnoot 4, blz. 727; Cass., 20 juni 1974, A.C., 1974, 1162; Cass., 19 december 1974, A.C., 1975, 470; zie ook DE PAGE, II, 1964, nr. 943.

1963¹⁰¹ en 5 maart 1964¹⁰². Bij het eerste van deze arresten werd bepaald dat wanneer een berm of zijpad deel uitmaakt van de openbare weg, maar geen bij het verkeersreglement bedoeld rijwielpad is, de rechter regelmatig beslist dat de gemeente niet de verplichting had de berm op de voor een rijwielpad vereiste breedte berijdbaar te maken. Bij het arrest van 5 maart 1964 verklaarde het Hof van Cassatie dat in het bestreden arrest het Luikse hof op een impliciet-zekere wijze had vastgesteld dat de gemeente een bijzonder gevaarlijke toestand had geschapen, door de fietsers zonder reden de verplichting op te leggen een rijwielpad te volgen tot op 40 meter van een onoverzichtelijke bocht en daar de steenweg over te steken.

46. Dat het probleem van de toetsingsmacht van de feitenrechter m.b.t. de overheidsplicht van voorzichtigheid subtiële rechtsvragen doet rijzen werd hoger reeds verduidelijkt (zie o.m. supra nrs. 33-34).

Revelerend in dat opzicht is de verdere evolutie van de cassatierechtspraak.

Krachtens het scheidingsbeginsel mag de rechterlijke macht de opportuniteit en de doelmatigheid van de aan de uitvoerende macht wettelijk voorbehouden maatregelen niet beoordelen. De rechter moet zich ervan onthouden te beslissen hoe de administratie in het onderwerpelijk geval had moeten handelen. Dit beginsel ontslaat hem evenwel niet van zijn opdracht na te gaan of de openbare machten in specie hun plicht van voorzichtigheid zijn nagekomen, overeenkomstig de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek¹⁰³. Het gaat hier immers om een loutere toepassing van de door grondwetsartikel 107 opgelegde wettigheidscontrole.

Met toepassing van deze beginselen betoogde advocaat-generaal — thans eerste advocaat-generaal — F. Dumon in zijn conclusie bij het arrest van 23 april 1971¹⁰⁴ dat de rechter het principe van de scheiding der staatsmachten niet schendt, wanneer hij kennis neemt van een eis tot schadeloosstelling die steunt op de niet-uitvoering van een koninklijk besluit.

Hij heeft de «grondwettelijke en wettelijke plicht» te zeggen of de beslissingen van de Uitvoerende Macht, «haar handelen, haar niet-handelen, wettelijk zijn en o.a. of het haar wettelijk geoorloofd was zich ervan te onthouden een bepaalde beslissing of maatregel te treffen en of de getroffen maatregelen of de ontstentis van maatregelen een fout, een onvoorzichtigheid,

¹⁰¹ Tijdschrift Gemeenterecht, 1964, blz. 9.

¹⁰² Pas., 1964, I, 727, R.G.A.R., 1964, 7269.

¹⁰³ Cass., 14 april 1969, R.W., 1969-70, 121 met conforme conclusie van proc.-gen. Ganshof van der Meersch; Cass., 11 april 1969, Pas., 1969, I, 702, Bull. Ass., 1969, 892; Rb. Brussel, 19 maart 1968, R.G.A.R., 1968, 8117, met ref. aan Cass., 7 maart 1963, en de conforme conclusie van proc.-gen. Ganshof van der Meersch, J.T., 1963, 223; Rb. Aarlen, oktober 1967, Jur. Liège, 1968-69, 46.

¹⁰⁴ Conclusie bij Cass., 23 april 1971, R.W., 1970-71, 1793, meer bepaald 1819 e.v.

een nalatigheid uitmaken. De administratie is vrij in haar keuze, in zoverre zij geen rechtsregel schendt nl. (...), ook de regel die haar verbiedt schade te veroorzaken door een handeling of een verzuim die niet als normaal beschouwd kunnen worden, die een onvoorzichtigheid of een nalatigheid geheten dienen te worden»¹⁰⁵. Het is immers zo dat nagaan m.b.t. een gegeven schadegeval of het overheidsbeleid — zowel bij niet handelen als bij handelend optreden — een nalatigheid, tekortkoming, onvoorzichtigheid of, meer algemeen, een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek oplevert, neerkomt op het toetsen van de wettelijkheid van de overheidsgedraging (beslissing of niet-beslissing ; uitvoering of niet-uitvoering). Zulks zonder dat de beoordeling van de opportuniteit van die gedraging daarbij als zodanig aan bod komt.

47. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van de termijn waarbinnen een verordening dient te worden uitgevaardigd. Het aan grondwetsartikel 107 ontleende toetsingsrecht van de feitenrechter heeft geen vat op het tijdstip waarop de verordening genomen diende te worden. Wel is het zijn taak op onaantastbare wijze de feitelijke omstandigheden vast te stellen die de overheidsgedraging (verzuim of getalm) hebben bepaald en hieruit af te leiden of de overheid haar wettelijke verplichting ten deze is nagekomen¹⁰⁶. Het Hof van Cassatie zal in laatste instantie beslissen of de rechter uit de aldus vastgestelde feiten wettelijk heeft kunnen afleiden of de overheid de wet geschonden had, al dan niet.

B. Raakvlak legaliteitstoetsing en opportuniteitsbeoordeling

48. De regel dat de rechter de opportuniteit van de overheidsbeslissing niet beoordeelt komt hier wel even op de helling. Is het immers niet zo dat de voorzichtigheidstoetsing die, zowel bij handelen als bij niet-handelen, onvermijdelijk een goedkeuren of afkeuren van de overheidsgedraging behelst, tevens de opportuniteit van die gedraging ter discussie stelt ? De rechter wordt toch telkens weer geconfronteerd met vragen als : zijn de getroffen overheidsmaatregelen ter voorkoming van abnormaal gevaar niet ongeschikt of ondoelmatig ? Wat het niet-handelen of het niet tijdig handelen van de overheid niet ongepast ? Wijst het niet op een foutief verzuim in de zin van de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek ? Aldus beschouwd en in zoverre valt de legaliteitstoetsing m.b.t. toepassing van de zoëven gemelde wetsbepalingen virtueel samen met de opportuniteit van het handelen of niet-

handelen, van het beslissen of niet-beslissen (zie en vgl. in dit verband supra nrs. 33-34 ; infra nr. 51).

De recentere rechtspraak schijnt deze zienswijze te bevestigen.

C. Groeiende speelruimte voor justitiële toetsing bij tekortkoming aan de plicht van voorzichtigheid in het overheidsbeleid

1. Beoordeling van de opportuniteit van de overheidsgedraging in functie van de voorzichtigheidsnorm

a) GEEN ONDERSCHIED TUSSEN BESLISSING EN UITVOERING

49. Door de algemene plicht van voorzichtigheid als toetssteen van de overheidsaansprakelijkheid te huldigen¹⁰⁷, heeft het Hof van Cassatie het onderscheid tussen daad van beslissing of conceptie en materiële uitvoeringsdaad opgeruimd¹⁰⁸. De rechtspraak haakte middellijk in op deze jurisprudentiële bezinning aan de top¹⁰⁹. Weldra werd ingezien dat de rechter het principe van de scheiding der machten niet miskent, wanneer hij vaststelt dat de administratieve overheid, zelfs in de uitoefening van haar beslissingsmacht, aan de plicht van voorzichtigheid tekort is gekomen¹¹⁰. In functie van die voorzichtigheidsnorm kreeg hij vat op een belangrijk opportuniteitsaspect van de overheidsgedraging.

b) RECENTERE RECHTSPRAAK : SAMENVATTING

50. Het Hof van Cassatie heeft zijn standpunt in enkele recente arresten nader toegelicht. Het werd daarin ruimschoots door de hoven van beroep en de lagere rechtscolleges nagevolgd. De doctrine welke in die recente rechtspraak tot uiting komt, kan als volgt worden samengevat :

1) De wet kent aan de administratieve beslissingsmacht geen soeverein karakter toe, in die zin dat

a) de overheid bij het nemen van voorzorgsmaatregelen zou zijn vrijgesteld van de bij de artikelen 1382-1383 B.W. impliciet opgelegde verplichting van voorzichtigheid¹¹¹ ;

b) de overheid op dit stuk niet vrijuit gaat indien ze zich vergenoegt met de serviele uitvoering van wat de

¹⁰⁷ Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744, en de andere cassatiearresten aangehaald in voetnoot 99.

¹⁰⁸ Zie boven nrs. 28 e.v.

¹⁰⁹ In de lijn van het cassatiearrest van 7 maart 1963 : Hof Brussel, 13 mei 1963, *J.T.*, 1963, 695.

¹¹⁰ Hof Brussel, 13 mei 1963, gec. Met dit arrest trad het Brussels Hof van Beroep in het spoor van het cassatiearrest van 7 maart 1963 Kort tevoren, bij arrest van 22 maart 1963 (R.G.A.R., 1963, 7113) had hetzelfde Brusselse Hof zich de bevoegdheid onttrokken om de aansprakelijkheid te beoordelen van een burgemeester aan wie verweten werd dat hij niet de passende maatregelen getroffen had ter beveiliging van de voetgangers na de ontbinding van een stoet.

¹¹¹ Juister gezegd : de verplichting van voorzichtigheid waarvan de niet-inachtneming door de artikelen 1382-1383 wordt gesanctioneerd ; zie Cass., 7 maart 1963 en de andere cassatiearresten en beslissingen aangehaald in voetnoot 93. *Adde* : Cass., 20 juni 1974, A.C., 1974, 1162 ; 9 oktober 1975, A.C., 1976, 173.

¹⁰⁵ *Loc. cit.*, 1820.

¹⁰⁶ Zie infra nr. 82 wat het verzuim tot tijdige verordening betreft ; vgl. wat de opportuniteit van het tijdig materieel ingrijpen betreft : Hof Brussel, 18 december 1970, *J.T.*, 1971, 133, met referentie aan Cass., 20 augustus 1964, *Pas.*, 1964, I, 1166.

wet haar concreet voorschrijft en zodoende aan die verplichting te kort schiet¹¹².

2) De rechter heeft de macht om dit aspect van de wettigheid der overheidsbeslissing te toetsen en aldus — in het opzicht van de voorzichtigheidsdosering — zowel de doelmatigheid van de angewende middelen of getroffen maatregelen, als de gepastheid van het onverrichter zake blijven van de overheid te beoordelen¹¹³. Zodoende vervult hij slechts zijn grondwettelijke opdracht.

Bijgevolg is het onverschillig of de fout van de overheid in haar beslissing zelf, dan wel in de uitvoeringswijze van de beslissing schuilt¹¹⁴. Meer hierover in het volgend nummer (infra nr. 52).

3) Daaruit volgt, met betrekking tot het wegenbeleid, dat de overheid tot plicht heeft alleen zodanige wegen aan te leggen en voor het publiek toegankelijk te stellen, die genoegzame verkeersveiligheid bieden, met dien verstande dat de daartoe getroffen maatregelen van die aard moeten zijn dat elk abnormaal gevaar — het zichtbaar of verborgen — wordt voorkomen¹¹⁵.

4) De overheid is van haar verantwoordelijkheid ontslagen indien een vreemde oorzaak, die haar niet kan worden aangerekend, haar verhindert deze op haar rustende beveiligingsplicht te vervullen¹¹⁶.

¹¹² Zie en vgl. o.m. Cass., 9 oktober 1975, A.C., 1976, 173, in een geval waar de Beurscommissie de door art. 93, 4°, titel V boek I W. v.K. opgelegde verplichting van toezicht ten onrechte had beschouwd als een tuchtrechtelijke verplichting in de zin van art. 94.

¹¹³ Cass., 5 maart 1964, Pas., 1964, I, 727, R.W., 1965-66, 339, *Tijdschrift Gemeenterecht*, 1965, 25, *Rev. de l'Adm.*, 1965, 95, R.G.A.R., 1964, 7269; Cass., 10 september 1964, R.W., 1964-65, 1255, *Rev. de l'Adm.* 1966, 28, R.G.A.R., 1965, 7426; *adde*: Cass., 5 februari 1976, A.C., 1976, 666, R.W., 1975-76, 2386; Hof Brussel, 13 mei 1963, J.T., 1963, 695; Hof Brussel, 22 maart 1963, R.G.A.R., 1963, 7113; Hof Luik, 1 december 1964, R.G.A.R., 1965, 7393.

De justitiële rechter heeft de nieuwe beginselverklaring van de cassatierechter niet afgewacht om zich in te laten met de opportuniteit van de aangewende middelen inzake verkeersveiligheid. Bij arrest van 26 oktober 1962 (*Pas.*, 1964, II, 195, R.W., 1963-64, 357) achtte het Hof van Beroep Gent de Belgische Staat niet aansprakelijk voor een ongeval dat te wijten was aan het slipgevaar op een brugdek, vervaardigd uit een vrij glibberige houtsoort, die evenwel bijzonder tegen sleet bestand was. Het hof gaf hierbij ter overweging dat om de aard van het wegdek te determineren, de optimale baanvastheid welke zij biedt niet de enige maatstaf is.

Een andere vraag is in hoever dergelijke beoordeling van de administratieve beslissingsmacht ter zake in overeenstemming is met het nieuwe criterium van de algemene voorzichtigheidsplicht (zie noot DALCQ onder Hof Luik, 18 januari 1963, R.G.A.R., 1964, 7292).

¹¹⁴ Hof Brussel, 13 mei 1963, J.T., 1963, 695.

¹¹⁵ Cass., 5 maart 1964, zoëven geciteerd; Cass. 10 september 1964, R.G.A.R., 1965, 7426, R.W., 1964-65, 339; Cass., 16 juni 1966, *Pas.*, I, 1320, *Rev. de l'Adm.*, 1967, 216, *Tijdschr. voor Gemeenterecht*, 1967, 5; Cass., 9 oktober 1967, A.C., 1968, 185, *Pas.*, 1968, I, 174; Cass., 5 februari 1976, A.C., 1976, 666, R.W., 1975-76, 2386; Rb. Brussel, 9 februari 1965, J.T., 1966-67. Dit beginsel was reeds vroeger aanvaard: zie o.m. Rb. Namen, 27 maart 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 20.

¹¹⁶ Cass., 10 september 1964 en 16 juni 1966, zoëven aangehaald. *Adde* o.m. Cass., 21 oktober 1977, R.W., 1977-78, 1386; Ook: Hof Brussel 26 juni 1964, *Pas.*, 1965, II, 198; Hof Luik 8 mei 1964, J.T., 1965, 22; Rb. Brussel, 9 april 1965, *Pas.*, 1966, III, 141.

Naar de Franse rechtspraak is de gemeente bij onvoorzienbaar risico evenmin aansprakelijk voor de schade; hetzelfde geldt voor de overheid die eigenaar is van de weg: zie Franse Conseil d'Etat, 19 mei 1965, *Jurisclasseur Périodique*, 1965, 14262.

2. Is er coïncidentie van wettigheid en opportuniteit bij foutief overheidsverzuim?

51. Betreffende de overheidsaansprakelijkheid wegens niet-handelen bracht het cassatiearrest van 11 april 1969¹¹⁷ meer duidelijkheid. Reeds eerder, bij de bespreking van het verkeerstekenarrest van 7 maart 1963, werd gewezen op het mogelijk samenvallen van opportuniteit en wettigheid, in verband met de overheidsbeslissing op het niveau van de uitvoering. Het is de taak van de vonnisgerechten zich ervan te vergewissen of de overheid bij de uitvoering van de wet of van haar eigen beslissing blijk heeft gegeven van de zorgvuldigheid die aan de voorzichtigheidsnorm van de artikelen 1382-1383 beantwoordt. Bij de uitvoering moet de overheid opnieuw beslissen. Ze staat voor een doelmatigheidsoptie: het kiezen van de middelen of het bepalen van de maatregelen ter verwezenlijking van wat de wet haar oplegt of van de eigen beslissing. De middelen moeten voldoen aan de resultaatsverplichting van voorzichtigheid (zie supra nrs. 33-34 en 48).

Bij voormeld arrest van 11 april 1969 is beslist dat indien het ontbreken van alle wegbebakening op een kruispunt te wijten kan zijn, hetzij aan een uitdrukkelijke beslissing van de bevoegde overheid omdat die van oordeel is dat de plaatselijke toestand geen bijzondere bewegwijzering vereist, hetzij aan een verzuim of een nalatigheid, deze omstandigheid de bevoegdheid van de rechtbank niet beïnvloedt om na te gaan of, gelet op de plaatsgesteldheid, het uitblijven van elke maatregel ter verzekering van de verkeersveiligheid de gemeenteoverheid als fout of tekortkoming kan worden aangerekend. Duidelijker kan het niet. Ook het overheidsverzuim dat bestaat in het zich foutief onthouden van beslissing op het vlak van het uitvoeringsbeleid moet principieel op quasi-delictuele grondslag worden betoeteld¹¹⁸.

Maar is het dan wel zo dat — thesis Dalcq —, zodra het verzuim de administratie als fout wordt toegeschreven, bij afwezigheid van enige verplichting tot handelen, de rechter zeggenschap krijgt over de wijze waarop de administratie had moeten te werk gaan of over de omvang van de door haar te treffen maatregelen¹¹⁹? Voormeld cassatiearrest wettigt een dergelijke gevolgtrekking niet. Ten hoogste mag eruit worden afgeleid dat de rechter het niet-handelen van de overheid als een onvoorzichtig verzuim of een foutieve nalatigheid in de zin van de artikelen 1382-1383 kan beschouwen. Een louter feitelijke aangelegenheid. Daartoe behoeft hij zich helemaal niet in te laten met, noch uit te laten over, het «hoe en wat» van het beslissingsbeleid inzake verkeersregeling op een kruispunt. De opportuniteitsvraag waarom het gaat is enkel die van het zich al dan niet onthouden van het nemen van

¹¹⁷ Zie Cass., 11 april 1969, *Pas.*, 1969, I, 702, *Bull. Ass.*, 1969, 852, R.G.A.R., 1969, 8326.

¹¹⁸ In die zin: DALCQ, «Examen de jurisprudence 1968-1972», nr. 81, R.C.J.B., 1974, 254-255.

¹¹⁹ Dalcq, *ibidem*.

passende maatregelen ter beveiliging van de weggebruiker. Welke die maatregelen naar aard en omvang hadden moeten of kunnen zijn is niet de zorg van de rechter. Alleen om het veiligheidsgehalte zou hij zich kunnen bekommeren. Maar daar is hij niet eens aan toe, nu geen maatregel getroffen werd. Tot zover valt de beoordeling van de opportuniteit van de overheidsgedraging samen met de toetsing van de wettelijkheid ervan¹²⁰.

Kieser is de toestand wanneer de aansprakelijkheid van de staat in het gedrang komt omdat een openbare weg, gelijk hij werd aangelegd, niet aan zijn bestemming beantwoordt zodat de weggebruikers in hun rechtmatige veiligheidsverwachting worden verschalkt¹²¹. In dit geval immers wordt de feitenrechter geconfronteerd met een technisch probleem inzake wegebouw: foutieve conceptie, onkunde of nalatigheid in het onderhoud, ontbrekende of ongeschikte signalering van een verraderlijk gebrek op het wegdek. En tevens met de vraag naar de opportuniteit¹²² en/of de doelmatigheid van de aangewende technieken, middelen of maatregelen. De vraag in hoever de overheidsinspanning, in hoever de overheidsplanning toereikend was om de vereiste beveiliging tegen abnormaal verkeersgevaar te waarborgen d.w.z. om aan de voorzichtigheidsnorm van de artikelen 1382-1383 te voldoen.

Het arrest van 23 april 1971, waarover verder, is wel verhelderend in dat opzicht (zie infra nrs. 74 e.v.).

D. Overheidsaansprakelijkheid bij schending van politieke rechten

52. Sinds het cassatiearrest Trine van 21 december 1956¹²³ geldt als vaste regel dat de burgerlijke en politieke rechten het geheel vormen van de subjectieve rechten die bij betwisting ter beoordeling staan van de justitiële rechter. Uitzondering hierop bestaat enkel voor die belangenconflicten betreffende politieke rechten welke bij uitdrukkelijke wetsbepaling aan administratieve rechtscollages ter beslechting werden toevertrouwd.

Het gaat hier slechts om een toepassing van ons grondwettelijk systeem naar luid waarvan alle geschillen over politieke rechten aan de kennisneming van de rechtbanken zijn toegewezen (art. 93 Grondwet), behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, terwijl

de geschillen over burgerlijke rechten onder de uitsluitende bevoegdheid van diezelfde — gewone — rechtbanken ressorteren¹²⁴.

Het beginsel van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter tot kennisneming van geschillen betreffende het geldelijk herstel van de schending van een recht — een subjectief recht, het zij van civielrechtelijke of van politieke aard — werd reeds duidelijk gesteld bij cassatiearrest van 16 december 1965¹²⁵.

Bij arrest van 23 april 1971 preciseerde het Hof van Cassatie dit principe in de considerans «dat niet slechts de krenking van een burgerlijk recht, maar ook die onder andere van een politiek recht de schade kan veroorzaken welke in de voorwaarden bepaald door de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek tot de verplichting van schadeloosstelling aanleiding geeft»¹²⁶.

E. Foutief overheidsverzuim bij wettelijke verplichting tot handelen: onbehoorlijk uitoefenen of niet gebruik maken van bevoegdheid

53. Het Hof van Cassatie, hierin op de voet gevolgd door de rechtspraak, preciseerde reeds bij arrest van 20 december 1951¹²⁷ dat de vermelding van de competentiesferen van de gemeenteoverheid in de revolutiedecreten van 1789-1790 niet enkel moest worden opgevat als louter richtinggevend voor de toewijzing van bevoegdheden, maar dat in die vermelding ook de rechtsgrond aanwezig is van verplichtingen die op de gemeenten rusten¹²⁸.

Buiten de gevallen van de banale fout door onvoorzichtig of slordig bestuur was de aansprakelijkheid van de overheid aanvankelijk toegespitst op de fout die

¹²⁴ Met betrekking tot het bevoegdheidsprobleem inzake ont-eigening ten algemenen nutte werd in een percutante noot (onder de initialen A.M.) bij Cass., 3 maart 1972 (zie o.m. *T.B.P.*, 1972, 186 met concl. van proc.-gen. Ganshof van der Meersch en noot van A.M.) nogmaals het bevoegdheidscriterium toegelicht. Steller van deze noot wijst erop dat voormeld arrest terecht de oplossing heeft gezocht niet in een ontleding van het betrokken subjectief recht, doch enkel in de uitdrukkelijke wilsuiving van de wetgever. Zie meer hierover o.m. in onze kroniek — overzicht 1971-1973, *T.B.P.*, 1075, 199-200, nrs. 6-7.

Vreemd aan deze bevoegdheidsregeling inzake civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid is uiteraard de hervorming van het disciplinair-deontologisch georiënteerd «administratief contentieux» waarover thans zoveel te doen is — zie o.m. de werknota van de heer R. Vandekerckhove, toenmalig minister voor de Hervorming van de Instellingen en de hieraan gewijde kritische beschouwingen van eerste adv.-gen. F. Dumon in zijn openingsrede van 1 september 1977, «Ontwerpen voor hervorming en Jurisdictionele functie», *R.W.*, 1977-78, 275 e.v.

¹²⁵ Dit op conforme conclusie van adv.-gen. Ganshof van der Meersch, *Pas.*, 1966, I, 513, *J.T.*, 1966, 313, *R.C.J.B.*, 1969, 305, met noot van CH. GOOSSENS.

¹²⁶ Cass., 23 april 1971, *R.W.*, 1971-72, 1793 e.v., meer bepaald 1831, *T.B.P.*, 1972, 39, *J.T.*, 1972, 689, met noot van PH. MAYSTADT, *R.G.A.R.*, 1971, 8703.

¹²⁷ *R.C.J.B.*, 1953, 161, met noot van DOR.

¹²⁸ In die zin ook: DALCQ, «Examen de jurispr.», *R.C.J.B.*, 1974, 255, nr. 82; zelfde auteur in zijn *Traité de la responsabilité civile*, I, 2e uitg., nr. 1435.

¹²⁰ Zie hieromtrent: proc.-gen. Ganshof in diens conclusie bij Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 748, 750 tot 753; zie en vgl. ook supra nrs. 33-34.

¹²¹ Cass., 5 september 1969, *Pas.*, 1970, I, 9, *R.W.*, 1969-70, 757.

¹²² DABIN, loc. cit.; hoe reëel de vraag is van de doeltreffendheid der genomen of te nemen veiligheidsmaatregelen blijkt uit de species van een geschil waarover bij cassatiearrest van 5 februari 1976, *A.C.*, 1976, 666, weliswaar in een ander verband uitspraak werd gedaan.

¹²³ Cass., 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430, met concl. adv.-gen. Ganshof van der Meersch, *J.T.*, 1957, 499, *Rec. Jur. dr. adm. et cons. d'Etat*, 1957, 70, *R.C.J.B.*, 1957, 163, met noot van A. MAST, vgl. Hof Brussel, 19 december 1972, *J.T.*, 1973, 407, vooral de noot van SALMON bij dit arrest, loc. cit., blz. 412, nr. 13.

bestaat in het niet-nakomen van een bepaalde verplichting (verplichting uit de wet of verplichting krachtens eigen beslissing). Bij het cassatiearrest van 1951 dook meteen de vraag op of het niet-uitoefenen of het niet behoorlijk uitoefenen van bij de wet toegekende bevoegdheden niet evenzeer een aansprakelijkheidsgrond ten laste van de betrokken overheidsdienst kon opleveren. Ten eerste omdat de aan de overheid toegekende machten geen rechten zijn waarvan zij al dan niet, naar willekeur kan gebruik maken, maar wel bevoegdheden die moeten worden uitgeoefend. Het zich onthouden is in dit geval op zichzelf een onwettige daad. Ten tweede — in de optiek «verplichting» — omdat het niet-nakomen van een verplichting, die toch de zorgvuldigheid in de uitoefening van de bevoegdheid medeconditioneert, als onrechtmatig verzuim moet worden aangemerkt.

Dat die vraag een positief antwoord verwacht gaf het Hof van Cassatie inmiddels te verstaan in zijn arrest van 12 december 1968¹²⁹. Bij dit arrest werd immers beslist dat de aan een intercommunale voor waterdistributie toegewezen controlebevoegdheid niet alleen tot doel heeft de fraudes van de abonnees op te sporen, maar dat die bevoegdheid tevens een correlatieve veiligheidsverplichting inhoudt ten aanzien van de gebruikers of van derden.

Dit standpunt wordt geconcretiseerd in de considerans dat wanneer de waterdienst kennis heeft van de op initiatief van de abonnee uitgevoerde aansluitingswerken en toch de voorgeschreven controle niet uitoefent of verkeerde onderrichtingen verstrekt, deze dienst zijn verantwoordelijkheid op het spel zet.

In dezelfde zin besliste het hoogste Hof dat door geen blijk te geven van de vereiste voorzichtigheid ten aanzien van de ongewone omstandigheden waarin een wisselagent ontslag had gegeven — ontslag dat zij had aanvaard —, de Beurscommissie een fout had begaan in de uitoefening van de opdracht die op haar rust krachtens artikel 93, 4°, V, boek I van het Wetboek van Koophandel. Het Hof was daarbij van oordeel dat het Brusselse Hof van Beroep, door vast te stellen dat de bewuste wettelijke opdracht van toezicht aan de Beurscommissie mede werd opgelegd door de algemene verplichting van voorzichtigheid die haar oorsprong vindt in de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, de aansprakelijkheid van de Beurscommissie wettelijk verantwoordt¹³⁰. Eenvoudige toepassing van het principe gehuldigd door het arrest van 7 maart 1963 : de plicht van voorzichtigheid reikt verder dan de stipte uitvoering van de wet die de specifieke bevoegdheid van de overheid op een bepaald

gebied omschrijft of haar een bepaalde gedragslijn voorschrijft.

Dalcq ziet in deze rechtspraak de bevestiging van een algemeen beginsel dat voor alle overheidsdiensten geldt, een beginsel naar luid waarvan elke toekenning van bevoegdheid correlatieve verplichtingen schept op het stuk van de openbare veiligheid, en de vonnisge-rechten tot taak hebben de omvang van die verplichtingen te preciseren bij ontstentenis van wettelijke of reglementaire omschrijving ten deze¹³¹.

Dat de erkenning van zodanig beginsel alle aandacht verdient in dit tijdperk van als maar op het privé-leven dieper inwoekerende reglementaire wildgroei, behoeft geen betoog.

Uit het voorafgaande moge meteen gebleken zijn dat een niet behoorlijke uitvoering van een veiligheidsverplichting in correlatie met een bepaalde bevoegdheid, feitelijk niets anders is dan een onrechtmatig verzuim op het niveau van de uitoefening van die bevoegdheid.

54. Een beslissende stap op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid ter zake van het niet-uitoefenen van bij wet toegekende bevoegdheid was het post-ontvangersarrest van 23 april 1971¹³². Bij dit arrest werd de minister van Verkeerswezen als fout aangerekend het verzuim een ontwerp van koninklijk besluit aan de Koning ter ondertekening voor te leggen. In dit geval gaat het om een onthouding van de overheid in het uitoefenen van haar verordenende functie. We komen er verder op terug (cf. infra nrs. 74 e.v.).

Naar aanleiding van deze nieuwe jurisprudentiële ontwikkeling inzake overheidsaansprakelijkheid, zijn bij de rechtsleer enkele vragen gerezen die tot nadenken stemmen. De vraag of deze uitbreiding van de justitiële controle op het overheidsoptreden niet tevens de rechter een vrijbrief in de hand speelt om zich te begeven in de beoordeling van de wijze waarop de administratie haar reglementair beleid voert. Zulks meer bepaald in al die gevallen waarin een wet dode letter blijft omdat de uitvoerende macht verzuimt het koninklijk besluit of het ministerieel besluit te treffen dat de uitvoering of de toepassing van die wet moet regelen. De vraag ook of uit het arrest van 23 april 1971 niet moet worden afgeleid dat wat aldus ten aanzien van het reglementair beleid is beslist a fortiori geldt op het vlak van het politieel beleid. Of de rechterlijke macht derhalve ook niet het in gebreke blijven van de politieoverheid kan sanctioneren voor zover een dergelijke houding oorzaak van schade is¹³³. Hierover straks meer (zie infra § 6, C).

¹²⁹ *Pas.*, 1969, I, 343, R.W., 1968-69, R.C.J.B., 1970, 241, met noot van F. DELPERÉE. Hier verglijden we meteen naar het vlak van de overheidsaansprakelijkheid in de uitoefening van de reglementaire functie (zie verder § 6).

¹³⁰ *Cass.*, 9 oktober 1975, A.C., 1976, 173 e.v. waarbij het cassatieberoep verworpen werd tegen Hof Brussel, 26 september 1974, J.T., 1975, 226.

¹³¹ R.C.J.B., 1974, *ibidem*; vgl. FAGNART, «La responsabilité civile, Chronique de jur. (1968-1975)», J.T., 1976, 598, nr. 66.

¹³² *Pas.*, 1971, I, 752, R.G.A.R., 1971, 8703; anders: Hof Brussel, 11 mei 1970, R.G.A.R., 1972, 8792.

¹³³ DALCQ, R.C.J.B., 1974, 256-257, nr. 83.

F. Fout van onvoorzichtigheid bij niet uitdrukkelijke verplichting tot handelen

1° Criterium van de normaal voorzichtige of redelijk denkende ambtenaar

55. Reeds eerder werd gepreciseerd dat het aansprakelijkheids criterium van de normaal voorzichtige en bedachtzame staatsburger geen pasklare maatstaf van beoordeling oplevert ten aanzien van de overheidsgedraging. De reden hiervan is dat de overheid niet over dezelfde vrijheid van handelen beschikt als de particulier, maar dat haar activiteit is beperkt tot het domein dat haar door wet en reglementering is toegewezen¹³⁴.

Het is echter zo dat de wet die het overheidsbeleid in een bepaalde sector uitstippelt en afbakt, niet enkel het geheel van voorschriften behelst die de openbare machten specifieke verplichtingen opleggen of bevoegdheden toekennen, doch eveneens de in de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde algemene verplichting tot schadeloosstelling wegens onrechtmatige daad.

Sinds het cassatiearrest van 7 maart 1963 mag de overheid niet volstaan met het slaafs uitvoeren van wat de wet gebiedt, indien zij zodoende te kort komt aan de algemene plicht van voorzichtigheid die voor iedereen geldt (zie supra nr. 32). Vraag is naar welke maatstaf de voorzichtigheidsmarge van de overheid zal worden gemeten.

Het lijkt verantwoord dat wanneer de wetgever ontoereikende voorzorgsmaatregelen voorschrijft of wanneer uitsluitend een fout van onvoorzichtigheid in het algemeen overheidsbeleid ter beoordeling staat, zonder dat enige tekortkoming aan een wettelijke verplichting tot handelen of tot uitoefenen van een specifieke bevoegdheid daarbij in het geding komt, het gemeenrechtelijk criterium van de normaal voorzichtige en bedachtzame burger — in dit geval de normaal zorgvuldige ambtenaar — zonder bezwaar, hoewel met de vereiste nuancerings, door de rechter kan worden gehanteerd. Een gelukkige omschrijving van de marginale toetsing waartoe de rechter zich lenen moet bij het beoordelen van onrechtmatig overheidsop treden is wel die van professor Ronse : «Eerst wanneer vaststaat dat de te beoordelen beslissing, genomen binnen de discretionaire bevoegdheid van de overheid, van die aard is dat geen enkel redelijk denkende overheidspersoon tot zodanige beslissing zou gekomen zijn, kan de rechter haar toetsen aan de eisen van zorgvuldigheid of redelijkheid. Valt de beslissing integendeel binnen de marge waarbinnen naar redelijkheid verschillende beslissingen kunnen genomen worden, dan moet de rechter zich er van onthouden zijn eigen oordeel over wat redelijk of zorgvuldig is in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur.»¹³⁵ Wie hier

dieper op ingaat wordt geconfronteerd met de theorie van het orgaan, die in het bestek van dit preadvies buiten beschouwing blijft.

2° Voorzichtigheidsrelatie overheid-particulier-redelijkheidsbeginsel-beoordelingsnorm «behoorlijk bestuur»

56. Uit het voorafgaande blijkt dat de voorzichtigheid die van de overheid wordt geëist aan een complex begrip beantwoordt. Het gaat om een voorzichtigheid sui generis. Inzake wegenbeleid bijvoorbeeld, waar de wetgever concrete verplichtingen betreffende infrastructuur en verkeerstekens voorschrijft, reikt die voorzichtigheid niet verder dan het verzekeren van een genoegzame verkeersveiligheid en het vrijwaren tegen abnormaal gevaar, d.i. een gevaar dat een normaal oplettend weggebruiker niet verwacht¹⁴⁶. Maar dan met het correctief van het verkeerstekenaarrest van 7 maart 1963 : inachtneming van de algemene plicht van voorzichtigheid, zodra de tekstuele uitvoering van de verkeerswet de weggebruiker geen voldoende veiligheid biedt. Deze norm van overheidsaansprakelijkheid ontslaat de weggebruiker nochtans niet van zijn persoonlijke voorzichtigheidsplicht¹³⁷. Dit is meteen de maatstaf voor de algemene verkeersveiligheid. De intensiteit van de waakzaamheid die van de weggebruiker wordt geëist is rechtstreeks evenredig tot de uiteraard minder strakke norm van de overheidsplicht op dat stuk. Hetzelfde matigingsbeginsel geldt trouwens voor de andere beleidssectoren¹³⁸.

a) REDELIJKHEIDSTOETSING TEN AANZIEN VAN ABNORMAAL VERKEERSGEVAAR

57. Aldus zijn bij de beoordeling van het «abnormaal verkeersgevaar», in de optiek van het arrest van 7 maart 1963 de volgende jurisprudentiële aanwijzingen richtinggevend :

— de vraag of de weg, gelet op zijn normale bestemming in concreto (aardeweg, kasseiweg, asfaltbaan, landweg, snelweg ?) behept is met een gebrek dat het rechtmatig vertrouwen van de normaal oplettende weggebruiker verschalkt ;

— de mogelijkheid tot het voorkomen van een dergelijk «abnormaal» gevaar binnen de perken van de praktische mogelijkheden, met inachtneming van de gegeven situatie ;

1977, 209 ; zie ook over de extra-juridische normen van «normaliteit» en «voorzichtigheid», VAN HOECKE, T.P.R., 1975, 618-624.

¹³⁶ Zie T.B.P., 1971, 195, overz. 1969-70 voetnoot 3.

¹³⁷ Zie o.m. de overzichten rechtspraak-overheidsaansprakelijkheid T.B.P., 1969, 95-96, nrs. 77-78, T.B.P., 1971, 205-207, nrs. 40 tot 48, T.B.P., 1975, 232-233, nrs. 122 e.v. ; *adde* : o.m. inzake plicht van toezicht en opvoeding van de militaire overheid : Rb. Verviers, 9 maart 1976, J.T., 1976, 411 ; ook, inzake wegenbeleid : Hof Gent, 21 juni 1973, R.W., 1974-75, 252.

¹³⁸ Cf. supra nrs. 36-37.

¹³⁴ Zie supra nrs. 22, 36-37.

¹³⁵ J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», T.P.R.,

— de gerelativeerde aansprakelijkheid bij verkeersbelemmering door atmosferische factoren¹³⁹.

Al bij al kunnen die beoordelingsdimensies worden gerangschikt onder de gemeenschappelijke noemer van de zogenoemde «redelijkheidstoetsing» naar Nederlands model¹⁴⁰, een criterium dat ook bij ons reeds in de recente rechtsleer en in rechtspraak van de Raad van State is ingeburgerd.

Voor al in het arrest nr. 16.922 van 11 maart 1975 werd het redelijkheidsbeginsel nauwkeurig omschreven in verband met de belangenafweging door de bevoegde overheid bij het verlenen van een vergunning tot vestiging van een hinderlijk bedrijf. De Raad van State acht een dergelijke beoordeling pas dan onrechtmatig wanneer het gaat om een appreciatie waarvan het niet denkbaar is dat enige naar redelijkheid beslissende overheid ze zou kunnen uitbrengen¹⁴¹.

Van de verplichting die bestaat in het treffen van passende maatregelen ter voorkoming van elk abnormaal gevaar kan de overheid slechts door de vreemde oorzaak (toeval, overmacht) ontslagen worden¹⁴².

b) BEOORDELINGSNORM «BEHOORLIJK BESTUUR»

58. Ook m.b.t. de andere sectoren van het overheidsbeleid is de voorzichtigheidsplicht begrensd door de vereisten van het algemeen belang. Er werd reeds herhaaldelijk op gewezen dat de beoordelingsnorm t.a.v. de verplichting van voorzichtigheid essentieel verschillend is voor overheid en enkeling, omdat de finaliteit van de staatsbemoeiing uiteraard verschilt van de individuele levensbestemming der burgers¹⁴³.

De voorzichtigheidsplicht die het algemeen welzijn dient werd door de jongste rechtsleer verduidelijkt via een verantwoorde benadering van de «algemene beginselen van behoorlijk bestuur». De voornaamste van deze beginselen zijn : het fair-playbeginsel : de motiveringsplicht, de zorgvuldigheid, het verbod van machtsafwendings en van willekeur ; het gelijkheidsbeginsel ; de rechtszekerheid¹⁴⁴.

Dit aspect van de rechtsverfijning inzake overheidsbeleid is gegroeid uit de behoefte om de zorgvuldigheid van dit beleid aan de positieve maatstaf van «behoorlijk bestuur» te toetsen in het belang van burger en gemeenschap. Op wijziging van de recente rechtsleer¹⁴⁵ schijnt zowel de justitiële als de administratieve rechtspraak zich in die zin te oriënteren. Illustratief in dat opzicht zij de volgende voorbeelden.

59. 1) *Hoorplicht bij ongunstige wijziging of aantasting van de ambtelijke of eigendomssituatie, e.a.d. geïndividualiseerde overheidsmaatregelen.* — Een inhoudelijke verrijking van het begrip «behoorlijk bestuur» bracht het op 22 december 1971 door de Raad van State gewezen arrest Lion, waarin toepassing wordt gemaakt van het algemeen beginsel «audi et alteram partem», d.i. van de hoorplicht, in de considerans «dat, wanneer een overheid ten aanzien van een persoon, die in haar dienst is, een maatregel neemt welke de ambtelijke situatie van die persoon op grond van hem als tekortkomingen aangerekende feiten in ongunstige zin wijzigt, zij verplicht is vóór de beslissing genomen wordt, die persoon in de gelegenheid te stellen op nuttige wijze voor zijn belangen op te komen met betrekking tot de determinerende motieven die de overheid tot het nemen van de ongunstige beslissing aanzetten»¹⁴⁶.

Een toepassing meteen van de grondbeginselen van de rechten van verdediging en billijke rechtspleging.

In de jongste rechtspraak van de Raad van State wordt de correcte toepassing van het «audi et alteram partem» beginsel duidelijk als een eis van behoorlijk bestuur aangemerkt en dit niet enkel in tuchtaangelegenheden binnen het raam van het ambtelijk statuut, maar ook met betrekking tot andere individuele overheidsmaatregelen, met name in geval van onbewoonbaarverklaring van krotwoningen¹⁴⁷.

60. 2) *Plicht tot zorgvuldig verantwoorde besluitvorming (motiveringsplicht).* — Een ander imperatief van het «behoorlijk bestuur» is het aansprakelijkheids criterium dat schuilt in de plicht tot het zorgvuldig verantwoorden van de overheidsbeslissing. Pas na grondig onderzoek, rijp overleg en met de vereiste vakkennis mag de besluitvorming tot stand komen.

ministratief recht», T.B.P., zelfde jubileumnummer, blz. 379 e.v. ; zelfde auteur, noot bij Raad v. State, 13 januari 1971, R.W., 1971-72, 153-155 ; VANDEZANDE, «Het krenken van de rechten van verdediging en de regelen van goed bestuur en billijke rechtspleging bij administratieve rechtshandelingen», R.W., 1971-72, 682-686.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Raad van State, 22 december 1971, R.W., 1971-72, 309-312, met noot van L.P. SUETENS, waarin o.m. wordt gewezen op de noodzakelijkheid om deze beginselvestiging te beschouwen in functie van het concreet geval waarop ze is afgestemd. Belangrijk is hier dat de «hoorplicht» in dergelijke aangelegenheden als een voor de overheid dwingende gedragslijn wordt voorgehouden.

¹⁴⁷ Zie J. DE JONGHE en W. VAN NOTEN, «Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1975-76)», R.W., 1977-78, 856-857, en de aldaar aangehaalde arresten.

¹³⁹ Zie o.m. de overzichten rechtspraak — overheidsaansprakelijkheid in het T.B.P., 1969 (1963-1969) 1 : atmosferische factoren, blz. 92 e.v., nrs. 71 tot 74 ; T.B.P., 1971 (1969-1970) : praktische mogelijkheden, blz. 197-198, nrs. 4 tot 6 ; atmosferische factoren, blz. 205, nrs. 36 tot 39 ; T.B.P., 1975 (1971-1973) : praktische mogelijkheden, blz. 224, nrs. 92 tot 94 ; atmosferische factoren, blz. 228, nrs. 105-106.

¹⁴⁰ Zie o.m. Hoge Raad, 12 maart 1971, N.J., 1971, 265.

¹⁴¹ R.v.St., 11 maart 1975 (nr. 16.922 i.z. Van Belleghem) aangehaald door J. DE JONGHE en W. VAN NOTEN in «Kroniek van grondwettelijk en administratief recht, 1975-1976», R.W., 1977-78, 856 ; ook, in dezelfde zin R.v.St., 21 oktober 1975, nr. 17.227, Gemeente St.-Lievens-Esse, *ibidem* ; zie ook J. RONSE, «Marginale Toetsing in het privaatrecht», T.P.R., 1977, 209.

¹⁴² Cass., 9 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 174, met verwijzing naar Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744 e.v. met concl. adv.-gen. Ganshof van der Meersch, R.C.J.B., 1963, 96 e.v. met noot van DABIN, R.W., 1963-64, 1115.

¹⁴³ Zie supra nrs. 23, 36-37 en 56. Zie ook onze studie T.B.P., 1969, blz. 177, nr. 29, blz. 82 tot 84, nrs. 41 tot 45.

¹⁴⁴ Zie hierover : G.J. WIARDA, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht», T.B.P., 1970, nov.-dec., jubileumnummer, blz. 365 e.v. ; L.P. SUETENS, «Alg. rechtsbeginselen en alg. beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch ad-

Een impliciete illustratie hiervan bracht een arrest van het Brusselse Hof van Beroep, in de overweging dat een door de Raad van State vernietigd koninklijk besluit toch geen fout inhield, omdat de vernietigde gemeenteraadsbeslissing (van benoeming) niet kennelijk regelmatig voorkwam en de vernietiging ervan niet getuigde van een lichtvaardig onderzoek naar de feittentoedracht of van een gebrek aan beroepsbekwaamheid¹⁴⁸.

In deze motivering is duidelijk de aansprakelijkheidsnorm aanwijsbaar die neerkomt op de erkenning van de overheidsplicht tot zorgvuldig verantwoorde besluitvorming.

61. Een typische toetsing van de overheidsplicht tot zorgvuldige besluitvorming was die van de Kortrijkse strafrechter, bij de uitoefening van het legaliteitstoezicht op de ministeriële besluiten van 29 juni en 14 november 1973 tot vaststelling van de maximumverkoopprijzen van de petroleumprodukten¹⁴⁹. Dit op tweeërlei vlak :

1) Een eerste geschilpunt hier had betrekking op de in artikel 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde dringende noodzakelijkheid die door de aangevochten ministeriële besluiten was ingeroepen tot motivering van de ontstentenis van voorafgaand advies van dit hoogste administratief rechtscollege. Beklaagde achtte die dringende noodzakelijkheid niet aanwezig en de besluiten derhalve strijdig met voormelde wetsbepaling.

De rechter achtte de marginale toetsing weliswaar niet uitgesloten bij de beoordeling van de wettigheid van de desbetreffende besluiten, maar dan noodzakelijkerwijze slechts verantwoord aan de hand van de vage rechtsnormen als «de redelijkheid, de behoorlijkheid, de goed trouw en de billijkheid». De opwerping van beklagde werd afgewezen op grond van de twijfel «of de ingeroepen dringende noodzakelijkheid van de ministeriële besluiten voor ieder objectief oordelend mens afwezig was».

2) Ook op een ander gebied toetste dezelfde rechter de zorgvuldigheid van de aan de bedoelde besluiten ten grondslag liggende besluitvorming. De in beide ministeriële besluiten aanwezige leemte die erin bestond geen maximumprijs te hebben opgelegd voor de levering van minerale brandolies door de groothandelaar aan de kleinhandelaar — verdeler — wederverkoper, verstoorde volgens de rechter het prijsbeleid in die distributiesector, omdat aldus aan de kleinhandelaar (tegen zijn grossier) niet de noodzakelijke bescherming was verleend die correspondeert met de hem opgelegde

verplichtingen inzake maximumprijzen aan verbruiker.

Een dergelijke leemte werd beschouwd als een tekortkoming «aan de verplichting van billijk en behoorlijk bestuur waartoe de overheid gehouden is» en als een onrechtmatige daad in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek die «aan iedereen, ook aan de overheid, de plicht voorschrijven zich te gedragen als een voorzichtig en vooruitziend man».

62. 3) *Plicht van zorgvuldigheid in de uitvoering van de informatieopdracht.* — De recente rechtspraak gaf blijk van een bemoedigende bezorgdheid om de rechtsbescherming van de burger tegen de anonieme lokettenbureaucratie der openbare besturen.

Bij arresten van 4 januari 1973 en 20 juni 1974 stelde ons hoogste Hof het beginsel van de overheidsaansprakelijkheid aan de orde met betrekking tot het verstrekken van verkeerde, voor de belanghebbende professioneel en/of geldelijk nadelige informatie. De feitenrechter stuurde vaardig bij. Terwijl voormelde cassatiearresten de overheid enkel aansprakelijk stelden voor het geven van onjuiste inlichtingen, heeft het Arbeidshof te Antwerpen, bij arrest van 2 juni 1977, niet geaarzeld de aansprakelijkheid van de overheid op het vlak van de informatieplicht door te trekken tot het foutief verzuim. Aanleiding daartoe was de weigering van de Rijksdienst voor Werknemerspensioenen tot toekenning van een overlevingspensioen aan de weduwe van een gewezen leraar in het vrij technisch onderwijs. Het arbeidshof verklaarde de Rijksdienst niet alleen aansprakelijk wegens het verstrekken van verkeerde inlichtingen, maar tevens voor het foutief verzuim belanghebbende «erop attent te maken dat een dialoog over de grond van de zaak slechts van nut kon zijn indien zij haar eventuele rechten door een aanvraag bij het gemeentebestuur vrijwaarde». Daarom was het hof van oordeel dat het zich niet «met het zuiver formalistisch standpunt» van de administratie kon verenigen en dat de Rijksdienst «niet meer op de laattijdigheid van de aanvraag via het gemeentebestuur kan steunen om de retroactiviteit van het overlevingspensioen tot aan het overlijden van de werknemer te ontzeggen»¹⁵⁰. Terecht werd hierbij aangetekend dat wanneer, gelijk door het Arbeidshof te Antwerpen, wordt aangenomen «dat het voor de

¹⁵⁰ Cass., 4 januari 1973, R.W., 1972-73, 1279, A.C., 1973, 452, Pas., 1973, I, 434, met noot, R.C.J.B., 1974, 336, met noot van STASSEN, R.G.A.R., 1973, 9025, met noot van J.F., J.T., 1973, 550, met noot van J.L. FAGNART. Zie ook ons overzicht T.B.P., 1975, 234-235; FAGNART, «La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence», J.T., 1976, 598, nr. 67; *adde*: Cass., 20 juni 1974, A.C., 1974, 1162: betreft misleidende voorlichting aan militairen inzake vacante betrekkingen; vgl.: Arbh. Antwerpen, 2 juni 1976, R.W., 1977-78, 1510, met noot van A. VAN OEVELEN: toepassing van de overheidsaansprakelijkheid voor verkeerde inlichtingen of wegens foutief verzuim informatie te verstrekken, i.v.m. een vordering tot toekenning van overlevingspensioenen tegen de Rijksdienst voor Werknemerspensioenen.

¹⁴⁸ Hof Brussel, 11 mei 1970; Pas., 1971, II, 3, R.G.A.R., 1972, 8792. Zie ook Hof Brussel (8e K.) 25 juni 1971, nr. 326, i.z. Gemeente Molenbeek-Wersbeek; zie hierover ons overzicht rechtspraak T.B.P., 1975, 137. Zie en vgl. de rechtspraak van de Raad van State inzake motiveringsverplichting van de administratie: J. DE JONGHE en W. VAN NOTEN, «Kroniek van Grondwettelijk en Administr. Recht, R.W., 1977, 852 tot 856. *Adde*: R.v.St., 19 oktober 1977, R.W., 1977-78, 1689.

¹⁴⁹ Corr. Kortrijk, 26 juni 1974, R.W., 1974-75, 548, met noot van DE VROEDE.

openbare diensten een methode van goed bestuur is de rechtzoekenden voor te lichten en te begeleiden», deze aansprakelijkheidsverruiming daarvan de logische consequentie is^{150a}.

Een dergelijke evolutie van de rechtspraak inzake informatieverstrekking sluit kennelijk aan bij de sinds 7 maart 1963^{150b} ingeslagen weg naar een verscherpt justitieel toezicht op de noodzakelijke zorgvuldigheid in het overheidsbeleid. Het verstrekken van juiste en volledige inlichtingen aan de geadmistreerden is een essentiële plicht van behoorlijk bestuur, een aspect van de algemene voorzichtigheidsplicht welke op de in dienst van de gemeenschap fungerende administratie rust.

G. Overheidsaansprakelijkheid m.b.t. het wegenbeleid

63. De evolutie van de rechtspraak inzake foutaansprakelijkheid van de overheid m.b.t. het wegenbeleid, sinds 1963, wordt in dit preadvies bondigheidshalve niet onder de loupe genomen. De algemene krachtlijnen van die rechtspraak zijn voldoende bekend. Hier moge volstaan worden met even aan te stippen dat het Hof van Cassatie in de loop van datzelfde tijdsbestek bij herhaling het bij arrest van 7 maart 1963 gehuldigde grondbeginsel in herinnering heeft gebracht dat de openbare besturen tot plicht hebben wegen voor het publiek open te stellen die veilig genoeg zijn en te dien einde de passende maatregelen moeten treffen ter voorkoming van elk abnormaal gevaar, onverschillig of dit gevaar verborgen dan wel zichtbaar is¹⁵¹.

H. Overheidsaansprakelijkheid buiten het wegenbeleid

64. Ook de vrij gevarieerde jurisprudentiële casuïstiek van de courante overheidsaansprakelijkheid buiten het wegenbeleid blijft hier buiten beschouwing, omdat zij meestal niet richtinggevend doch louter illustratief is voor de hier behandelde aspecten van het thema¹⁵².

I. Fout in de uitoefening van de verordenende functie

65. Uit het voorafgaande moge gebleken zijn dat de ontwikkeling van de Belgische rechtspraak betreffende de foutaansprakelijkheid van de overheid op het vlak van de besluitvorming met individuele of beperkte draagwijdte, vanaf 1963 gewaarmerkt was door de voorzichtigheidsnorm.

In het spoor van het cassatiearrest van 7 maart 1963, en vrijwel gelijklopend, voltrekt zich dezelfde evolutie op het stuk van het reglementeringsbeleid. Hier werd de koerswending ingeluid door het beruchte koepokinentingsarrest van 26 april 1963 dat de nieuwe oriëntatie van de rechtspraak ten deze bepaalde. Het gaat om een apart probleem dat wegens zijn belangrijkheid onder de hiernavolgende paragraaf afzonderlijk wordt behandeld.

§ 6. FOUT-AANSPRAKELIJKHEID VAN DE OVERHEID IN DE UITOEFENING VAN HAAR VERORDENENDE BEVOEGDHEID

A. Inleidende beschouwing : legaliteitstoezicht onbegrensd

66. De administratie heeft de behartiging van het algemeen belang tot doel. De onschendbaarheid van de individuele rechten is de eerste voorwaarde van alle maatschappelijke orde. Daarom heeft de grondwetgever de uitoefening van deze rechten aan de hoede van de rechterlijke macht toevertrouwd. Destijds werd hieruit afgeleid dat slechts die individuele — burgerlijke en politieke — rechten constitutioneel zijn gewaarborgd (artt. 92 en 93 G.W.), welke voortvloeien uit wetten of besluiten waarbij particuliere belangen worden geregeld. De wetten betreffende het staatsbeleid, die buiten de particuliere belangensfeer tot stand komen, konden naar de toenmalige rechtspraak geen burgerlijke noch politieke voor justitieel toezicht vatbare rechten doen ontstaan¹⁵³.

Die opvatting sloot aan bij de Franse doctrine van de oppermachtige staat-openbare macht, welke in een concreet historisch verband haar verklaring vond. In het Belgische perspectief was deze leer onhoudbaar. De herinnering aan het machtsmisbruik van de vreemde overheersers kan onze grondwetgever slechts hebben aangezet tot mildere bejegening van de rechterlijke macht¹⁵⁴. Met de cultus van de openbare macht naar

nrs. 112 ev. ; nrs. 132 ev. Adde o.m. : fout inzake onteigening : Hof Luik, 27 maart 1973, J.T., 1974, 65 ; onverantwoord gebruik van vuurwapen door politieagent : Hof Brussel, 29 januari 1974, J.T., 1974, 352.

¹⁵³ Zie o.m. de motivering van Cass., 25 juni 1840, Pas., 1840, 417, en conclusie van adv.-gen. De Cuyper bij ditzelfde cassatiearrest, Pas., 1840, 413-414. Deze magistraat beriep zich uitdrukkelijk op het gezag van de Franse magistraat H. de Pansey.

¹⁵⁴ Raadpleeg hierover o.m. C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 1947, blz. 38 e.v., 41 e.v.

^{150a} A. VAN OEVELEN, in de zoëven aangehaalde noot (R.W., 1977-78, 1517), met referte aan de noot STASSEN, sub. Cass., 4 januari 1973, R.C.J.B., 1974, 347.

^{150b} Zie R.W., 1963-64, 1115, R.C.J.B., 1963, 96, met noot van DABIN, Pas., 1963, 1, 744; met conforme conclusie van adv.-gen. (thans proc.-gen.) Ganshof van der Meersch ; zie ook hierover onze commentaren T.B.P., 1969, 74 e.v., nrs. 22 e.v. ; T.B.P., 1971, 196 e.v., nrs. 1-3.

¹⁵¹ Zie hierover o.m. DALCQ, «Examen de jurisprudence», R.C.J.B., 1974, 261 e.v., nrs. 88 tot 92 ; FAGNART, «Chronique de jurispr.», J.T., 1976, 599 e.v., nrs. 72 tot 77 ; ook onze overzichten rechtspraak T.B.P., 1969, blz. 87 e.v., nrs. 56 tot 58 ; blz. 88 tot 96, nrs. 59 tot 78 ; T.B.P., 1971, blz. 196 e.v., nrs. 1 tot 7, en blz. 199 e.v., nrs. 10 tot 48 ; T.B.P., 1974, 221 tot 234, nrs. 75 tot 131 ; adde : Hof Luik, 12 juni 1973, J.T., 1974, 61.

¹⁵² Voor die andere aspecten raadplege men o.m. : DALCQ, loc. cit., blz. 260-261, nr. 87 ; FAGNART, loc. cit., blz. 601, nr. 79 ; DELVA, T.B.P., 1969, blz. 96 e.v., nrs. 79 e.v. ; T.B.P., 1971, blz. 229 e.v.,

Frans model, die nagenoeg een eeuw lang de Belgische rechter in zijn ban hield, werd tenslotte afgerekend in het cassatiearrest van 5 november 1920¹⁵⁵. Sindsdien staat het vast dat de hoven en rechtbanken bevoegd zijn om de staatsbesturen en publiekrechtelijke personen te veroordelen tot vergoeding van de schade veroorzaakt door schending van een burgerlijk recht, ongeacht de individuele of reglementaire draagwijdte van de bestreden overheidsdaad. Eerste advocaat-generaal P. Leclercq argumenteerde gevat, ter weerlegging van de volstreekte immuniteitsleer, dat kritiek oefenen op een administratieve handeling, in de mate waarin zij een burgerlijk recht aantast, gelijk staat met het beoordelen van deze handeling. Wat niet hetzelfde is als administreren¹⁵⁶. Dat de handeling een algemeen-reglementaire bestemming heeft speelt geen rol. De Grondwet heeft het toetsingsrecht niet begrensd tot de overheidsbeslissingen met individuele of beperkte draagwijdte. Zij verplicht hoven en rechtbanken de toepassing van onverschillig welke onwettige overheidsdaad te weigeren (art. 107). Aldus dwingt zij de rechterlijke macht, zelfs op het reglementaire vlak, elke met de wet strijdige bestuursactiviteit te dwarsbomen¹⁵⁷, zodra een subjectief recht beknót of gekrenkt wordt.

B. Aansprakelijkheid wegens onvoorzichtig reglementeren : het cassatiearrest van 26 april 1963 (koepokinintingsarrest)

1° Erkenning van de aansprakelijkheidsgrond van de artikelen 1382-1383 inzake reglementering

67. Hierboven werd verduidelijkt hoe de rechtspraak het gebied van de overheidsaansprakelijkheid aanvankelijk binnen de sector van de materiële uitvoering localiseerde, hoe zij dit gebied naderhand uitbreidde tot bepaalde aspecten van de administratieve beslissingsmacht; hoe de justitiële rechter verscheidene facetten van de interne wettigheid van de overheidsbeslissing ging aftasten (motivering, kwalificatie, doelstelling) en hoe tenslotte het cassatiearrest van 7 maart 1963 hem een nieuwe sleutel in de hand speelde, die het wijde domein van de voorzichtigheidsplicht voor zijn waakzame blik ontsloot.

Waar dit arrest stelling nam naar aanleiding van een overheidsbeslissing met beperkte draagwijdte (ontoe-reikende verkeerstekens op een bepaald punt van een rijksweg), is het Hof van Cassatie bij arrest van 26 april

1963¹⁵⁸ een stap verder gegaan. Het heeft de overheid aansprakelijk gesteld wegens onvoorzichtig optreden in de uitoefening van haar reglementaire opdracht.

Het Hof vernietigde het bestreden arrest van het Luikse Hof van Beroep, waarbij de Staat aansprakelijk werd verklaard voor de schade veroorzaakt door een koepokinenting, die overeenkomstig het krachtens de gezondheidswet van 1 september 1945 uitgevaardigd besluit van de Regent van 6 februari 1946 was uitgevoerd. De inenting had bij het bewuste kind, benevens verlamming, zwakzinnigheid teweeggebracht. Ten laste van de geneesheer die de inenting uitvoerde was generlei fout bewezen. De fout die door het aangevochten arrest aan de uitvoerende macht werd toegeschreven, bestond hoofdzakelijk hierin dat zij de inenting, ondanks ernstige tegenaanduiding, bij wijze van algemene maatregel had opgelegd.

Het Hof van Cassatie ging op deze redenering niet in, maar preciseerde zijn standpunt in een ophefmakende beginselverklaring. Uitgaande van het algemeen principe «dat de rechters zonder macht zijn om de opportuniteit van de door de administratie genomen beslissingen te beoordelen; dat ze, daarentegen, van de wettigheid van deze beslissingen kennis mogen nemen», nuanceerde het Hof dit beginsel in casu met de considerans «... dat de gezondheidswet van 1 september 1945 de Koning wel machtigt tot het nemen van maatregelen van voorbereiding, om sommige besmettelijke ziekten te voorkomen of te bestrijden, maar dat geen van haar bepalingen aan de door de Koning genomen beslissingen een soeverein karakter toekent, in deze zin dat de uitvoerende macht ervan zou zijn ontslagen de verplichting van voorzichtigheid in acht te nemen welke de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek haar opleggen».

Met betrekking tot het bewuste geval achtte het Hof echter geen foutieve onvoorzichtigheid in het over-

¹⁵⁸ Arrest gewezen in voltallige zitting; zie *Pas.*, 1963, I, 905, R.C.J.B., 1963, 116, met noot van J. DABIN, R.G.A.R., 7180, R.W., 1963-64, 287. Bij dit arrest werd het arrest van het Luikse Hof van Beroep van 3 november 1961, R.G.A.R., 1962, 6874, J.L., 1962-63, 92, vernietigd. Voor de bespreking van dit Luikse arrest, zie M. DENYS, *De aansprakelijkheid bij verplichte vaccinatie*, Brussel, Bruylant 1968, nrs. 23 tot 25, blz. 26 tot 30.

Bij het onderhavig cassatiearrest van 26 april 1963 werd het bewuste geschil verwezen naar het Hof van Beroep te Brussel. Dit hof besliste met verenigde kamers (arrest van 12 oktober 1965, *Pas.*, 1966, II, 237 e.v.) dat de vordering in zover ze steunde op de artt. 1382-1383 en 1384, derde lid, B.W., verjaard was. Een aansprakelijkheid op deze basis impliceerde in hoofdte van het orgaan of de aangestelde van de staat een fout — aldus het Brusselse Hof — die bestond in het toebrengen van letsels in de zin van art. 420 Sw. Welnu, de burgerlijke vordering die volgde uit een wanbedrijf (in casu dat van art. 420 Sw.) verjaarde, vóór het van kracht worden van de wet van 30 mei 1961, na verloop van drie jaar. Dit was hier meer bepaald het geval, daar de aangeklaagde pokinenting op 12 mei 1952 had plaatsgehad.

De aangevoerde hypothese dat de ziekte van het slachtoffer te wijten zou zijn aan het gebruikte materiaal, de entstof of de sterilisatieproducten (gebrek van de zaak, art. 1384, lid 1) achtte hetzelfde hof onbewezen.

De vordering werd als niet ontvankelijk — in zover gebaseerd op de artt. 1382, 1383, 1384, derde lid, als ongegrond, in zover gebaseerd op art. 1384, lid één, afgewezen.

¹⁵⁵ *Pas.*, 1920, I, 193 e.v., meer bepaald 199.

¹⁵⁶ Henrion de Pansey had hierover een diametraal tegengestelde opvatting, waar hij in verband met de gerechtelijke controle op de reglementaire macht van de administratie vooropstelde: «... statuer par des décisions sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu et sur les oppositions que des particuliers se croiraient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer» (HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 3e ed. Parijs, 1827, II, blz. 311).

¹⁵⁷ Zie conclusie bij voormeld arrest, *Pas.*, 1920, I, 199.

heidsbeleid aanwezig. Het gaf hierbij ter overweging dat het bestaande risico, in enkele medisch vooraf niet naspoorbare gevallen met zwaar schadelijk gevolg, de Koning niet noodzakelijk de verplichting oplegt zich van de voorgenomen maatregel te onthouden, indien deze maatregel door het algemeen belang geboden wordt.

2° «Voorzichtigheid» toetssteen van de wettigheid

68. Wat in deze optiek de aandacht wekt is dat de beslissingsmacht van de uitvoerende overheid, ook op het vlak van de algemene verordeningsbevoegdheid, door de voorzichtigheidsnorm wordt besnoeid. De casatierechter maakt geen onderscheid tussen de materiële handelingen, de beslissingen en bevelen met individuele draagwijdte aan de ene kant¹⁵⁹, de reglementen met algemene toepassing aan de andere kant. Voor al deze overheidsinitiatieven geldt voortaan één zelfde aansprakelijkheids criterium dat beantwoordt aan de vraag : heeft de overheid hic et nunc de vereiste voorzichtigheid aan de dag gelegd ? Heeft zij geen blijk gegeven van een gebrek aan voorzorg of vooruitzicht ? Heeft zij derhalve geen fout begaan die de toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W. met zich brengt ? Heeft zij zodoende niet gehandeld in strijd met de wet ?

De voorzichtigheidsnorm is toetssteen van de wettigheid geworden. Een verheugend bewijs van jurisprudentiële vermenselijking.

3° De voorzichtigheidsnorm inzake reglementering

69. Een voorafgaand probleem zou kunnen rijzen in verband met het wezen van reglementaire functie. Deze ligt in het verlengde van de wetgevende functie, waar de rechter de hand van afhoudt. Delpérée vond hier de gepaste formulering : «L'activité exercée importe peu en l'espèce. Le critère du matériel cède le pas à celui de l'organique. La nature de l'autorité compétente pour légiférer ou pour réglementer diffère : elle justifie deux régimes contradictoires de responsabilité. La nature de l'autorité compétente pour réglementer et pour administrer est identique : elle justifie un même régime de responsabilité.»¹⁶⁰

De vraag is dan of het wel opgaat een zelfde aansprakelijkheids criterium aan te wenden met betrekking tot de verordenende functie van de overheid, als voor haar materiële activiteit of haar beslissingsmacht in afzonderlijke gevallen. Een reglement met algemene strekking is uiteraard afgestemd op het gemenebest, waartegen het particulier belang niet opweegt^{160a}. De behartiging van het algemeen belang is niet denkbaar

¹⁵⁹ Zie het reeds besproken arrest van 7 maart 1963, nrs. 22 tot 34.

¹⁶⁰ F. DELPÉRÉE, «L'obligation de réglementer», noot bij Cass., 23 april 1971, R.C.J.B., 1975, 21-22.

^{160a} Zie hierover : DE PAGE II, nr. 1064bis, in fine en 1067bis ; C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, blz. 146.

zonder omzichtig beleid. Dabin stelt dat de wetgever, wanneer hij de Koning machtigt om bij algemeen reglement een aantal maatregelen van volksgezondheidszorg voor te schrijven, met de organisatie- en controlemiddelen van dien, moet worden geacht de uitvoerende macht vertrouwen te hebben geschonken. Dat de wetgever moet worden geacht zich op haar voorzichtigheid te hebben verlaten¹⁶¹. Dit beduidt echter niet dat dit vertrouwen niet kan worden geschokt, dat deze voorzichtigheid niet kan worden veronachtzaamd. Het zou dan ook kwalijk verantwoord zijn te pomen dat de wetgever de uitvoerende macht hier aan elke kritiek heeft willen onttrekken bij het uitvaardigen van reglementaire bepalingen die individuele burgerlijke rechten in gevaar brengen¹⁶². Een dergelijke opvatting is onconstitutioneel. De Grondwet heeft de rechterlijke macht met de bescherming van deze rechten belast, tegen elke vorm van onrechtmatig bestuur. Artikel 107 Grondwet bepaalt uitdrukkelijk dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en gemeentelijke verordeningen en besluiten slechts toepassen in zover zij met de wetten overeenstemmen. Ook met de wetten die de algemene rechtsbeginselen toepasselijk stellen.

70. Wellicht kan worden betwijfeld of de openbare besturen, wanneer zij een algemene voor de sociale groep bindende gedragslijn voorschrijven, de voorzichtigheidsnorm, die in de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek impliciet gehuldigd wordt, moeten naleven. Het is niet vanzelfsprekend dat de reglementen en besluiten met algemene draagwijdte, die zonder inachtneming van die privaatrechtelijke norm tot stand komen, ipso facto onwettig zijn. Toch zal niet iedereen Dabin op de voet volgen waar hij, aan de hand van een trouwens briljante ontleding van het arrest van 26 april 1963, de volledige immuniteit van de administratie in de uitoefening van haar reglementaire functie bepleit¹⁶³. Weliswaar leent het arrest zich ten dele tot zodanige optie. Het Hof van Cassatie verklaart eerst dat de uitvoerende macht niet ontslagen is van de door artikelen 1382-1383 opgelegde verplichting van voorzichtigheid. Maar uit de verdere gedachtingang blijkt niettemin dat het Hof hier een voorzichtigheidsnorm op het oog heeft, verschillend van die welke ten aanzien van de materiële overheidshandelingen en de overheidsbeslissingen met particuliere draagwijdte geldt.

Immers, zoals reeds gezegd, wordt het gevaar voor individuele schadetoebrenging aan de algemene heilzaamheid van de inentingsverplichting ondergeschikt. De voorzichtigheidsimperatieven ter voorkoming van voorzienbare individuele schadegevallen, moeten wijken voor een verplichting van voorzichtigheid in functie van het algemeen belang. Maar deze

¹⁶¹ DABIN, noot bij Cass., 26 april 1963, R.C.J.B., 1963, 123.

¹⁶² Dabin wijst in die richting, *loc. cit.*, blz. 123-125.

¹⁶³ DABIN, *loc. cit.*, blz. 125 en 129.

verplichting bestaat. Het Hof van Cassatie is er zich terdege van bewust dat aan de overheid op dit stuk geen vrije teugel mag worden gelaten, met het daaraan verbonden gevaar voor toenemende administratieve willekeur en wanbestuur, waarvan zowel gemeenschap als enkeling het gelag zou betalen.

71. Het geval dat stof leverde voor het bewuste cassatiearrest van 26 april 1963, is in dat opzicht illustratief. De gezondheidswet van 1 september 1945 bevat geen enkele bepaling die wijst op afwijking of ontslag van de verplichting, waarvan de niet-nakoming door artikel 1382 wordt gesanctioneerd. Het is onloochenbaar dat een koninklijk besluit of een gemeentereglement met algemene strekking uitgevaardigd kan zijn in een vorm of op een wijze die getuigt van kennelijk gemis aan voorzorg of voorzichtigheid vanwege het betrokken bestuur. Het is niet ondenkbaar dat het besluit of reglement door de bij de artikelen 1382-1383 B.W. gesanctioneerde onwettigheid is aangetast. Telkens is de vraag in hoever de handelwijze van het bestuur in de gegeven situatie naar deze maatstaf kan worden getoetst.

In het arrest van 26 april 1963 wordt de overheid op het gebied van de gezondheidszorg een bijzondere voorzichtigheidsspiegel voorgehouden: die van het *bonum commune*. De verplichting van voorzichtigheid inzake reglementering beantwoordt dan ook blijkbaar aan een geschakeerd begrip, afwisselend volgens de voorliggende species, doch steeds gericht op het bestendige overheidsdoel, meer bepaald de behartiging van het «algemeen belang». Soms is het algemeen belang gediend met een voorzichtigheidsnorm in de eng-privaatrechtelijke zin van de artikelen 1382-1383, dan weer niet¹⁶⁴. De administratie ten deze een vast jurisprudentieel gedragspatroon voorschrijven gaat niet op, evenmin als het haar toekennen van een volkomen immuniteit. Het essentieel dynamische landsbeleid, dat in de reglementering tot uiting komt, leent zich nu eenmaal niet tot eenvormige oplossingen, ook niet op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid.

4° Naar een voorzichtigheids criterium op het niveau van het «algemeen belang»

72. Dit alles wijst op de hoogst belangrijke taak die de justitiële rechter hier wacht. Telkens weer moet het begrip «algemeen belang» in concreto worden benaderd. Indien de administratie, naar het woord van het hoogste Hof, ondanks schadetoebrenging, niet de verplichting heeft zich te onthouden van een maatregel die door het algemeen belang wordt vereist, dan valt nog te

bezien wat met het algemeen belang in de gegeven situatie overeenstemt. In het systeem dat door het cassatiearrest van 26 april 1963 wordt aangewezen zou dit logischerwijs de taak van de rechtbank zijn. Want, zo heet het, zodra een maatregel ophoudt foutief te zijn omdat het algemeen belang deze maatregel wenselijk maakt, komt het de rechter van de fout toe het werkelijkheidsgehalte van deze exceptie te toetsen¹⁶⁵.

73. Daarmede is niet alles gezegd. De voorzichtigheid die door de overheid op reglementair gebied moet worden in acht genomen kan bezwaarlijk beantwoorden aan de bij de artikelen 1382-1383 B.W. bedoelde privaatrechtelijke norm. Gaat het om een politieke voorzichtigheidsnorm waarop de burgerlijke rechter geen vat zou hebben, zoals door Dabin wordt voorgestaan¹⁶⁶? Deze stelling lijkt ons de categorisch. Ook op het reglementaire vlak zal telkens moeten worden uitgemaakt of ter behartiging van het beoogde gemeenschapsdoel in een bepaalde overheidssector de vereiste voorzorgen werden genomen. De uitvoerende macht zal voorzeker aansprakelijk zijn voor de noodlottige gevolgen van een reglementair inentingsprocédé, waarbij de openbare gezondheid een gevaar loopt dat buiten verhouding is tot de voordelen van het procédé. En hier komt het justitiële toetsingsrecht aan bod.

Het kan even betwijfeld worden of de omschrijving en bijgevolg ook de beoordeling van de bestanddelen die het algemeen belang kenmerken, tot de bevoegdheid van de rechter behoort. Wie hem dit appreciatierecht ontzegt sluit de ogen voor het gevaar van administratief wanbeleid. Dat gevaar is niet denkbeeldig, wanneer het de overheid vrijstaat te pas en te onpas, zonder toezicht, haar reglementaire activiteit door te voeren, onder voorwendsel dat zij handelt in het algemeen belang, waarvan zij naar willekeur de normen bepaalt¹⁶⁷.

Wanneer de overheid in de vorm van algemeen reglement een maatregel oplegt, is weliswaar de hele bevolking daarbij betrokken, maar dit kwantitatief aspect houdt geen waarborg in voor het algemeen belang. Ingeval de opgelegde maatregel een profylactische behandeling voorschrijft, ter voorkoming van epidemische besmetting, heeft deze maatregel uiteraard, althans schijnbaar, het algemeen belang tot maatstaf. Maar de maatregel kan in concreto met de gegevens van de medische wetenschap onverenigbaar zijn. Hij kan uitgaan van een verkeerde, voorbijgestreefde of gecontroleerde behandelingsmethode. Hij kan ook gewoon het gevolg zijn van een banale vergissing. In al

¹⁶⁵ Zie DABIN, *loc. cit.*, blz. 128.

¹⁶⁶ DABIN, *loc. cit.*, blz. 129; zie ook DABIN en LAGASSE, «Examen de jurisprudence (1959 à 1963)», R.C.J.B., 1964, 296-297, nr. 74.

¹⁶⁷ Zie hierover de beschouwingen aan dit probleem gewijd door DABIN, R.C.J.B., 1963, 119 en meer bepaald blz. 125 tot 129, met verwijzing naar de adviserende rol die ten deze aan de Raad van State, in het belang van de benadeelde, is toebedeeld en naar A. MAST, «Le Conseil d'Etat et le contentieux de l'indemnité», *Mélanges Jean Dabin*, II, blz. 777 e.v.

¹⁶⁴ Het ligt in de lijn van het cassatiearrest van 26 april 1963 dat een reglement, dat in strijd met de wet werd uitgevaardigd, door de Raad van State (art. 9 wet van 23 december 1946) vernietigd zou kunnen worden, indien het begrip «machtsafwijking» dat als voorwaarde tot nietigverklaring geldt, onverschillig welke vorm van onwettigheid, tot en met de bij artikel 1382 B.W. bedoelde onvoorzichtigheid behelzen zou (aldus DABIN, *loc. cit.*, blz. 124).

deze gevallen is het mogelijk de doelmatigheid en de veiligheidsmarge van de maatregel te achterhalen door een beroep op deskundig advies. Eerst dan zal met zekerheid blijken of de maatregel in optimale voorwaarden werd getroffen m.a.w. of hij het algemeen belang dient. Waarom zou de justitiële rechter zich van dergelijke voorlichtingsmogelijkheid, waartoe de wet hem het middel aan de hand doet, moeten onthouden?

Het is duidelijk. De overheid treft geen verwijt wanneer blijkt dat zij de vereiste voorzorgen nam, ter beveiliging van de overgrote meerderheid van de bevolking. Met betrekking tot de volksgezondheid betekent dit dat zij, na behoorlijke voorlichting, door de Hogere Gezondheidsraad, gezagvolle specialisten, toonaangevende universitaire centra e.a.d., haar beslissing zal dienen te richten naar het stelsel waardoor de volksgezondheid in haar geheel het degelijkst gewaarborgd lijkt. Bevindt zij zich voor twee methodes waarvan de ene veiliger, de andere geneeskrachtiger maar met groter risico voorkomt, dan zal zij voorzichtigheidshalve voor de veiligste methode opteren. Moet zij kiezen tussen twee methodes waarvan zowel het medisch als het profylactisch aspect sterk omstreden is, dan zal hij zich, na rijp deskundig overleg, van de maatregel onthouden. In geval van dringende nood zal zij de heilzaamheid van het aan te wenden middel behoedzaam afwegen tegenover de ernst en de omvang van het dreigende gevaar. Alles is kwestie van maat, vooruitzicht en voorzichtigheid. Oordeelkundig voorgelicht zal de overheid de passende reglementering doorvoeren, ook wanneer die voor een geringe fractie van de bevolking een risico inhoudt. Dat is de stelling welke door het Hof van Cassatie impliciet wordt gehuldigd, op grond van de overweging: «... dat de omstandigheid dat de gepaste maatregel in erge mate schadelijke gevolgen zou kunnen met zich brengen in sommige gevallen welke, in de huidige stand der medische wetenschap, vóór de inenting niet kunnen ontdekt worden, de Koning niet noodzakelijk verplicht deze maatregel niet voor te schrijven zo het algemeen belang zulk voorschrijven vraagt; dat hieruit, dat in het publiek en in de medische kringen bezwaren zijn geuit niet tegen de inenting zelf, maar tegen haar verplicht karakter, behalve in tijden van epidemie, blijkt, noch dat die bezwaren gegrond zijn, noch dat de uitvoerende macht een fout begaan heeft door deze maatregel voor te schrijven na het advies van de Hoge Gezondheidsraad ingewonnen te hebben; ...»¹⁶⁸.

Hoe actueel dit probleem is blijkt o.m. uit een vonnis van de Brusselse rechtbank¹⁶⁹ waarin werd geoordeeld dat de plicht van voorzichtigheid op het vlak van de reglementering slechts in functie van het welzijn van de algemeenheid van de burgers in aanmerking komt. Ook al mocht dit «algemeen welzijn» een aantal individuen benadelen. Zodat geen grief van onvoorzich-

tigheid de administratie kan treffen, om de reden dat een in het algemeen belang uitgevaardigd reglement zekere particuliere belangen krenkt. Met Dabin opineerde de rechter dat het de rechterlijke macht niet staat de conformiteit van een algemeen reglement met het algemeen of openbaar belang te beoordelen¹⁷⁰.

C. Aansprakelijkheid wegens het zich onthouden van voorgeschreven reglementering: het cassatiearrest van 23 april 1971 (postontvangersarrest)

1° Onrechtmatig verzuim tot tenuitvoerlegging van een koninklijk besluit — Geldige aansprakelijkheidsgrond

74. Bij arrest van 23 april 1971 bevestigde het Hof van Cassatie, op conforme conclusie van advocaat-generaal Dumon, het beginsel dat «zelfs in de gevallen waarin aan de uitvoerende macht geen termijn door een wetsbepaling is voorgeschreven om een verordening uit te vaardigen, het verzuim een verordening te treffen, bij toepassing van (gezegde) artikelen 1382 en 1383, tot schadeloosstelling aanleiding kan geven, wanneer schade erdoor werd veroorzaakt»¹⁷¹.

Aanleiding hiertoe was het middel afgeleid uit de schending van artikel 3 koninklijk besluit van 30 november 1950 betreffende de huisvesting van sommige categorieën van het door de Staat bezoldigd personeel, alsook uit de schending van de artikelen 1382, 1383 Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet.

Eiser was erepostontvanger en vorderde schadeloosstelling wegens wederrechtelijke weddeafhouding voor genoten inwoning in het postgebouw, eigendom van de Staat.

Voormeld cassatiearrest vernietigde het bestreden arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 19 juni 1967 hetwelk, met de eerste rechter, had aangenomen «dat het aan de rechterlijke macht niet toekomt als foutief te bestempelen de onthouding van de minister van Verkeerswezen een ontwerp van koninklijk besluit aan de handtekening van de Koning te onderwerpen omdat (a) de minister vrij en soeverein oordeelt over de modaliteiten van uitvoering van zijn reglementaire bevoegdheden, (b) deze beschikkingen geen termijn bepalen binnen welke het voorzien koninklijk besluit zal moeten getroffen worden, en (c) de omzendbrief van 12 december 1950 van Eerste Minister Pholien geen recht in hoofde van eiser kan scheppen zodat de rechtbanken er geen bindend karakter aan kunnen hechten».

Eens te meer heeft ons hoogste rechtscollege hier een voor de oriëntatie van de Belgische rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid wegens foutief verzuim

¹⁷⁰ DABIN, noot bij Cass., 26 april 1963, R.C.J.B., 1963, 128; ook DABIN en LAGASSE, R.C.J.B., 1964, 298-299, nr. 76 in fine.

¹⁷¹ Zie R.W., 1970-71, 1829-1832, voorafgegaan door de conforme conclusie van adv.-gen. Dumon; zie ook de bespreking van dit arrest door F. DELPÉRÉE, «L'obligation de réglementer», R.C.J.B., 1975, 9-39.

¹⁶⁸ Cass., 26 april 1963, R.W., 1963-64, 287, Pas., 1963, I, 905.

¹⁶⁹ Rb. Brussel, 9 juni 1966, J.T., 1968, 98, Pas., 1966, III, 120.

doorslaggevend beginselarrest gewezen, waarvan de voornaamste aspecten thans nader worden toegelicht.

a) AANSPRAKELIJKHEID WEGENS NIET-NALEVENING VAN DE OVERHEIDSP LICHT TOT TENUITVOERLEGGING

75. De overheidsaansprakelijkheid wegens verzuim van uitvoering is een toepassing van het principe naar hetwelk iedere overheidsbevoegdheid in de rechtsstaat in functie van het gemenebest wordt uitgeoefend en met het oog hierop niet enkel rechten doch ook verplichtingen inhoudt¹⁷². Nu is het zo dat de voor het algemeen welzijn noodzakelijk geachte overheidsfunctie de verplichting tot integrale toepassing van de rechtsregel met zich brengt. Zulks ook wanneer die verplichting niet uitdrukkelijk in de rechtsnorm is vermeld (zie en vgl. supra onder § 5, E).

M.b.t. de uitvoering van de Belgische wet geldt weliswaar het voorschrift van grondwetsartikel 67 dat de Koning ertoe verplicht de voor de tenuitvoerlegging van de wetten noodzakelijke verordeningen en besluiten uit te vaardigen, zonder ooit de wetten te mogen schorsen of de bevoegde overheden van de uitvoering ervan te mogen ontslaan. Een dergelijk imperatief is echter niet aanwezig, wanneer de uitvoering van de hoofdnorm aan de beoordeling van de daartoe aangewezen gezagdrager zelf is overgelaten¹⁷³. Dat was meer bepaald het geval met het koninklijk besluit waarvan de niet-uitvoering stof opleverde voor het geschil dat in voormeld cassatiearrest van 23 april 1971 zijn beslag heeft gekregen.

Precies op dit domein wordt de toetsingsmacht van de justitiële rechter een hachelijke onderneming. Telkens weer zal zijn uiterst kiese opdracht erin bestaan de verenigbaarheid van het overheidstalmen of in gebreke blijven met de door de artt. 1382-1383 B.W. opgelegde zorgvuldigheidsplicht te testen. We komen hier straks op terug.

76. Het besproken arrest van 23 april 1971 had betrekking op een vordering strekkende tot veroordeling van de Staat om de door aanlegger opgelopen schade te vergoeden «veroorzaakt door het schuldig verzuim vanwege de uitvoerende macht tot tenuitvoerlegging over te gaan van bedoeld koninklijk besluit van 30 november 1950».

De cassatierechter verantwoordde hier zijn standpunt aan de hand van twee grondbeginselen inzake overheidsaansprakelijkheid, meer bepaald :

1) dat niet slechts de krenking van een burgerlijk recht, maar o.a. ook die van een politiek recht de schade kan veroorzaken welke onder de door artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek bepaalde voorwaarden tot schadeloosstelling aanleiding geeft¹⁷⁴ ;

¹⁷² Een toepassing van dit beginsel vindt men reeds in het cassatiearrest van 20 december 1951 (zie o.m. R.C.J.B., 1953, met noot van Dor) ; zie supra nrs. 53-54.

¹⁷³ Zie noot van PH. MAYSTADT, bij het reeds gemeld cassatiearrest van 23 april 1971, J.T., 1972, 690 e.v.

¹⁷⁴ Zie hierover boven onder nr. 52.

2) dat geen grondwettelijke of wettelijke bepaling de uitvoerende macht in de uitoefening van haar opdrachten en handelingen inzake verordening aan de door artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde verplichtingen onttrekt de schade te vergoeden welke zij door haar schuld onder meer door onvoorzichtigheid of nalatigheid aan een ander veroorzaakt.

b) ONRECHTMATIG VERZUIM, TEKORTKOMING AAN DE VOORZICHTIGHEIDSP LICHT ALS NORM VAN BEHOORLIJK BESTUUR

77. Over het eerste van voormelde twee beginselen hadden we het reeds (zie hierboven onder § 5, D). Het onder 2) gepreciseerde beginsel ligt in de lijn van de door het hoogste Hof gevestigde rechtspraak, luidens welke de overheid in het raam van haar discretionaire macht aansprakelijk kan zijn zowel wegens foutieve onthouding of schuldig verzuim, als op grond van foutief optreden of ingrijpen¹⁷⁵. Het verzuim kan bestaan hetzij in het uitblijven van een doelmatige beslissing of in het niet-uitvoeren van een doelmatig voorgeschreven maatregel, hetzij in de onthouding van tenuitvoerlegging van een bij de wet opgelegde verplichting¹⁷⁶. Telkens gaat het hier om een tekortkoming aan de overheidsplicht van zorgvuldigheid en behoorlijk bestuur, aspecten van de algemene verplichting van voorzichtigheid en vooruitzicht als quasi-delictuele aansprakelijkheidsgrondslag¹⁷⁷.

Dit geldt ook op het vlak van de uitoefening van de reglementaire functie. Het cassatiearrest van 26 april 1963 overweegt weliswaar, terecht, «dat de rechters zonder macht zijn om de opportuniteit van de door de administratie genomen beslissingen te beoordelen ; dat ze daarentegen van de wettelijkheid van deze beslissingen kennis mogen nemen». Maar bij de bespreking van de cassatiearresten van 1963 is gebleken dat tussen de begrippen van wettigheid, opportuniteit (zie supra nrs. 48 tot 51) en voorzichtigheid (supra nr. 68) een zo nauwe verwevenheid bestaat dat de marginale toetsing van de opportuniteit van het overheidsverzuim ook inzake reglementering, binnen de voorzichtigheidsmarge, onvermijdelijk is.

c) VERZUIM VAN BESLISSING EN VERZUIM VAN UITVOERING, BEIDE VOLWAARDIGE AANSPRAKELIJKHEIDSGRONDEN, ZOWEL BIJ NIET-UITVOERING VAN DE WET ALS BIJ NIET-UITVOERING VAN EEN KONINKLIJK BESLUIT

¹⁷⁵ Zie supra nrs. 21 e.v., 29 tot 34, 51, 53-54, 55 ; ook o.m. onze aanvankelijke studie T.B.P., 1969, 71, nr. 13 ; ook ons overzicht T.B.P., 1971, 201, nr. 18.

¹⁷⁶ Dit wordt op grondige wijze toegelicht in de merkwaardige conclusie van adv.-gen. Dumon, R.W., 1970-71, 1817-1819.

¹⁷⁷ Men weet dat dit aansprakelijkheids criterium formeel werd gevestigd door het cassatiearrest van 7 maart 1963 (Pas., I, 744) en thans stevig in de rechtspraak is ingeburgerd ; zie supra nrs. 58 tot en met 62 ; ook : T.B.P., 1969, blz. 74 e.v., 84 e.v. ; alsook ons overzicht T.B.P., 1971, 196 e.v.

78. Zoals gezegd kan het onrechtmatig overheidsverzuim zowel in het verzuim van beslissing als in het verzuim van tenuitvoerlegging van een noodzakelijke of dwingende maatregel bestaan. De vraag of een verordening van de uitvoerende macht een beslissing dan wel een loutere uitvoeringsmaatregel is, vindt geen pasklaar antwoord in grondwetsartikel 67, dat de Koning de macht verleent om de verordeningen te maken en de besluiten te nemen die voor de «uitvoering» van de wet nodig zijn¹⁷⁸.

In een koninklijk besluit is het feitelijk onderscheid tussen de beslissing zelf en haar tenuitvoerlegging lang niet zo eenvoudig. Maar dat raakt niet de kern van het probleem. Essentieel is dat de daad van beslissing als dusdanig aan het gerechtelijk toezicht niet ontglipt. Evenals de uitvoering kan de beslissing een voor schadeloosstelling vatbare quasi-delictuele fout uitmaken.

In bovengemeld cassatiearrest van 23 april 1971 wordt duidelijk gesteld dat de justitiële toetsing zowel geldt ten aanzien van de niet-uitvoering van een wet als ten aanzien van de niet-uitvoering van een koninklijk besluit. In beide gevallen is foutief overheidsverzuim in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W. mogelijk.

79. In onderhavig geval had het foutief verzuim wel degelijk betrekking op de niet-tenuitvoerlegging van een koninklijk besluit. Naar aanleiding hiervan brengt het Hof van Cassatie het algemeen beginsel in herinnering dat op de uitvoerende macht in de uitoefening van haar reglementaire functie een positieve verplichting tot handelen rust, telkens als het onverrichter zake blijven van de overheid een onvoorzichtigheid of nalatigheid inhoudt die aan een ander schade toebrengt.

Het onrechtmatig verzuim is denkbaar op het ganse domein van de verordnungsbevoegdheid. Het verzuim zal patent zijn, wanneer het indruist tegen een wettelijke verplichting tot handelen. Talrijke wetten, opdracht-wetten, kaderwetten e.d.m. verzoeken de Koning verordeningen te nemen of stippelen nauwkeurig de bij koninklijk besluit te treffen regeling uit. Soms worden door de wet rechten toegekend of verplichtingen in het leven geroepen, met verzoek aan de Koning tot het verder bepalen van desbetreffende modaliteiten of voorwaarden. In dergelijke gevallen beslist de wet ofwel dat de Koning «gemachtigd» is, ofwel dat hij verordeningen «zal» nemen¹⁷⁹.

d) ONRECHTMATIG VERZUIM BIJ ONTSTENTENIS VAN WETTELIJKE VERPLICHTING TOT VERORDENING - MARGINALE TOETSING VAN DE OPPORTUNITEIT VAN HET VERZUIM

80. Kieser is de hypothese van het overheidsverzuim bij ontstentenis van wettelijke verordnungsver-

¹⁷⁸ Zie conclusie bij Cass, 23 april 1971, R.W., 1970-71, 1817; vgl. FR. DELPÉRE, «L'obligation de réglementer», noot bij dit arrest, R.C.J.B., 1975, meer bepaald op blz. 25 e.v.

¹⁷⁹ Zie conclusie adv.-gen. Dumon bij het reeds aangehaalde cassatiearrest van 23 april 1971, R.W., 1970-71, 1807, alsook de referaten aldaar.

plichting, omdat hier het zo kwetsbare opportunitetsaspect van het administratief beleid al te licht onder de loupe van het justitieel toezicht geraakt.

Zoals door advocaat-generaal Dumon gepreciseerd, wordt aan de Uitvoerende macht hoofdzakelijk op drieërlei gebied niet opgelegd reglementerend op te treden en wordt haar derhalve de zorg overgelaten te beslissen of zij al dan niet reglementeren zal. Aldus meer bepaald:

— Wanneer door de Koning, zonder bijzondere opdracht, bevel of machtiging van de wet, krachtens grondwetsartikel 67 verordeningen worden genomen, gebeurt dit op grond van een algemene constitutionele lastgeving;

— Hetzelfde geldt voor de reglementering betreffende het rijksperoneel;

— Inzake handhaving van de openbare rust en de veiligheid in het Rijk bestaat een gelijkaardige algemene verordeningsmacht waarmee de Koning door de wet (of de Grondwet, naar de mening van sommigen), wordt bekleed¹⁸⁰.

In deze drie reeksen van gevallen wordt de Koning de zorg overgelaten te beslissen of hij al dan niet reglementeren zal. Het «algemeen belang» zal hem hierbij tot richtsnoer dienen. Maar dan met inachtneming van de betrokken subjectieve rechten. Indien de beslissing neerkomt op een onthouding, zal — prima facie — de opportuniteit ervan weliswaar niet ter beoordeling staan van de justitiële rechter¹⁸¹. Deze zal echter zijn toezicht telkens moeten afstemmen op de vraag of het overheidsverzuim niet een beleidsfout, nalatigheid, misleiding van rechtmatig vertrouwen of tekortkoming aan de algemene voorzichtigheidsplicht inhoudt, waardoor individuele rechten werden miskend¹⁸². Als het antwoord bevestigend is werden immers de voorschriften van artikelen 1382-1383 B.W. miskend. En zo verzeilen we toch weer in het vaarwater van de marginale toetsing van de opportuniteit van het overheidsverzuim (cf. supra § 4, C en § 5, B en C).

e) ONRECHTMATIG VERZUIM, AANSPRAKELIJKHEIDSGROND IN ALLE SECTOREN VAN HET OVERHEIDSBELEID

81. Dat een zelfde bezorgdheid de rechter bezielen moet in de uitoefening van zijn toetsingsmacht ten aanzien van het verzuim in de overige sectoren van het overheidsbeleid, meer bepaald op gemeentelijk vlak, behoeft geen betoog¹⁸³.

¹⁸⁰ Zelfde conclusie, *ibidem*.

¹⁸¹ Het is vaststaande rechtspraak dat het aan de rechterlijke macht niet staat de gepastheid van een verordening of een koninklijk besluit te beoordelen, op straffe van machtsverschrijding (zie Cass., 4 maart 1974, A.C., 1975, 726, en Cass., 17 juni 1974, A.C., 1975, 1134 (gepastheid van een gemeentereglement) en Cass., 18 januari 1977, P. en B. (proeve) 1977, 533 e.v. (gepastheid koninklijk besluit)).

¹⁸² Zie en vgl. in dit verband: de beschouwingen van adv.-gen. Dumon in zijn conclusie, R.W., 1970-71, 1813, 1814-1815; ook FR. DELPÉRE, *loc. cit.*, blz. 26-27, waar deze auteur de toetsing in vraag stelt in geval van autonome reglementeringsmacht.

¹⁸³ Dit blijkt duidelijk uit het beginselarrest van 7 maart 1963,

f) ONRECHTMATIG OVERHEIDSVERZUIM MOGELIJK, OOK BIJ ONTSTENTENIS VAN WETTELIJK VOORGESCHREVEN TERMIJN TOT UITVAARDIGING VAN EEN VERORDENING.

82. De overheid beschikt niet steeds over een discretionair appreciatierecht betreffende het tijdstip waarop zij een verordening zal uitvaardigen. Wanneer dit tijdstip wettelijk is vastgesteld en zij desniettemin onverrichterzake blijft, kan deze nalatigheid een rechtsgrond voor schadeloosstelling opleveren.

Maar ook wanneer haar de keus van het ogenblik wordt gelaten waarop de verordening zal worden uitgevaardigd, beslist de overheid niet willekeurig over het al dan niet uitvaardigen ervan. Zij mag de uitvaardiging evenmin telkens weer uitstellen. De keuze van het tijdstip ressorteert weliswaar onder haar exclusieve bevoegdheid. Het is een loutere beleidskwestie. Toch is weigering of verzuim een door de wet voorgeschreven verordening op het geschikte of vereiste ogenblik uit te vaardigen uiteraard een voor eventueel rechtsherstel vatbare wetsverkrachting, welke ter kennisneming van de feitenrechter staat¹⁸⁴.

Zelfs in de gevallen waarin aan de uitvoerende macht geen termijn door een wetsbepaling is voorgeschreven om een verordening uit te vaardigen — zo preciseerde de cassatierechter — kan het verzuim een verordening treffen, bij toepassing van de artikelen 1382 en 1383 tot schadeloosstelling aanleiding geven, wanneer daardoor schade werd veroorzaakt¹⁸⁵.

De jurisprudentie van de Raad van State was reeds en is nog steeds in dezelfde zin gevestigd¹⁸⁶.

83. Advocaat-generaal Dumon gaf de feitenrechter een nuttige wenk, waar hij voor het aftasten van de overheidspllicht m.b.t. het tijdsbestek inzake verordening, onder verwijzing naar de rechtspraak van de Raad van State, de «redelijke termijn» tot verordenend optreden als beoordelingsnorm vooropstelt¹⁸⁷.

Het ligt immers voor de hand dat een beslissing van de feitenrechter inhoudende «... dat hij steeds zonder macht is — zelfs wanneer hij uitspraak dient te doen op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek — om na te gaan of de overheid verzuimd heeft een verordening binnen een redelijke termijn uit

te vaardigen, erop zou neerkomen als regel te stellen dat de overheid een wettelijke verplichting niet dient na te komen en het Hof (van Cassatie) zou een dergelijke met de wet strijdige beslissing dienen te vernietigen»¹⁸⁸.

Hetzelfde geldt voor het justitieel beoordelen van de rechtmatigheid van het overheidsverzuim of het ontijdig overheidsoptreden m.b.t. verordeningen die de Staat zullen bezwaren, bv. door het toekennen van geldelijke voordelen aan particulieren of het opleggen van uitgaven. Wanneer bij wet of koninklijk besluit, waarbij de Staat dergelijke lasten worden opgelegd, wordt bepaald dat een uitvoeringsbesluit de toepassing van dit voorschrift zal regelen, staat het de uitvoerende macht niet vrij haar uitvoeringsverordening niet uit te vaardigen¹⁸⁹.

84. Het Hof van Beroep te Gent, dat op verwijzing van deze postontvangerszaak kennis nam, besliste bij arrest van 20 december 1974¹⁹⁰, tegen het strijdig advies van het openbaar ministerie in, dat de Belgische Staat geen fout had begaan door de aangevochten inhouding op de wedde te doen «bij gebreke aan een koninklijk besluit dat de functie (van de belanghebbende postontvanger) bepaalde als een functie waarvan de titularis verplicht werd een bepaalde woning te betrekken en blijvend op de plaats van het werk». Artikel 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 30 november 1950, waarop de postontvanger zich beriep, gaf de koning precies de opdracht de bedoelde functie te «bepalen».

Het Gentse hof oordeelde dat zolang de door appellant (postontvanger) beklede functie niet conform voormeld artikel 3, lid 2, bij koninklijk besluit (ad hoc) was bepaald «als een functie waaraan vrije woning was verbonden», dit artikel 3 geen toepassing kon vinden en appellant dus geen recht op vrije woning kon doen gelden. Met het gevolg dat, met toepassing van artikel 2 van hetzelfde koninklijk besluit van 30 november 1950, een inhouding op diens wedde diende te geschieden.

Met kennelijke zinspeling op de motivering van het cassatie-verwijzingsarrest van 23 april 1971 gaf het hof van beroep toe «dat de niet-uitoefening door de uitvoerende macht van de haar bij artikel 3, tweede lid, van meergemeld koninklijk besluit gegeven opdracht een schuldige nalatigheid kan zijn die (...) aanleiding geeft tot vergoeding, zo daardoor schade wordt veroorzaakt». Maar de postontvanger wordt niettemin in het ongelijk gesteld, omdat het bewijs niet was gele-

Pas. 1963, I, 744 ; zie in dit verband supra nrs. 38 e.v. — In die zin ook reeds : o.m. *Cass.*, 23 november 1931, *Pas.*, 1931, I, 291 ; *Cass.*, 17 december 1953, *Arresten van het Hof*, 1954, 264 ; ook *Cass.*, 20 oktober 1927, *Pas.*, 1927, I, 311 ; zie nochtans : FR. DELPÉRIÉ, «L'obligation de réglemter», noot bij *Cass.*, 23 april 1971, *R.C.J.B.*, 1975, op blz. 27 e.v. waar de auteur zich uitspreekt voor een gediversifieerde aansprakelijkheid, naar gelang het object.

¹⁸⁴ Zie conclusie van adv.-gen. Dumon bij *Cass.*, 23 april 1971, *R.W.*, 1970-71, 1823-1825.

¹⁸⁵ Zie *Cass.*, 23 april 1971, *R.W.*, 1970-71, 1831.

¹⁸⁶ *R.v.St.*, 9 mei 1968, «Snellinckx», *R.C.J.B.*, 1969, 76, met advies van adv.-gen. Dumon ; 24 mei 1968, «Lespagnard», *op. cit.*, blz. 110 ; 19 juni 1968, nr. 13.030, A.A.R.S., *R.J.D.A. en C.A.*, 1969, 142 e.v., met noot van THOMAS ; *R.v.St.*, 3 september 1974, nr. 16609, *R.J.D.A.*, 1975, 190 ; *R.v.St.*, 12 juni 1975, Instituut «L'Avenir», nr. 17071.

¹⁸⁷ Zie zelfde conclusie en de aldaar onder voetnoten 133 en 135 aangehaalde arresten, *R.W.*, 1970-71, 1824.

¹⁸⁸ Zelfde conclusie, *ibidem*, kol. 1825.

¹⁸⁹ *Cass.*, 23 april 1971, *R.W.*, 1971-72, meer bepaald kol. 1829-1831 en de meergemelde conforme conclusie van adv.-gen. Dumon, *R.W.*, 1970-71, 1825-1826.

¹⁹⁰ *R.W.*, 1975-76, 1249, 24, met strijdig advies van het O.M. (adv.-gen. D'Haenens). Het cassatieberoep tegen dit arrest werd verworpen door *Cass.*, 8 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 169, A.C., 1977, 160.

verd, aldus het hof, dat hij ingevolge het aangeklaagde verzuim (het niet-treffen van een uitvoeringsbesluit) schade heeft geleden die haar grondslag vindt in de krenking van een recht op vrije inwoning, dit in de zin van een "zekere krenking van een rechtmatig belang, voordeel of kans". Het hof steunde hiertoe mede op de ontstentenis van bewijs dat "reeds eerder aanwezig waren" de beoordelingsomstandigheden op grond waarvan, uiteindelijk, met toepassing van artikel 3, tweede lid, van het bedoelde koninklijk besluit van 30 november 1950, het uitvoerend koninklijk besluit van 8 februari 1972, waarbij de kosteloze inwoning werd toegekend, genomen werd.

Het openbaar ministerie was daarentegen van mening dat de Belgische Staat had «nagelaten om, zonder geldige reden, binnen een redelijke termijn het bedoelde uitvoeringsbesluit uit te vaardigen en zodoende een foutieve houding had aangenomen».

2° Onrechtmatig verzuim bij tenuitvoerlegging van een gemeenteraadsbeslissing

85. Een gemeente werd aansprakelijk verklaard voor een ongeval waarvan een uit een schoolbus gevallen leerling het slachtoffer was geworden. Dit op grond van de overweging dat de gemeenteoverheid zwaar was te kort gekomen aan haar zorgvuldigheidsplicht, zowel wegens haar verzuim om het elementaire veiligheidstoezicht bij de uitvoering van haar beslissing tot oprichting van kwestieuze autobusdienst niet te hebben tot stand gebracht, als wegens haar nalatigheid die bleek uit de volslagen ontstentenis van elke controlemaatregel ten aanzien van het door de schooloverheden georganiseerde toezicht^{191/191a}.

3° Weigering van tenuitvoerlegging van een gouverneursbesluit

86. Daarentegen werd geoordeeld dat de leden van het college van burgemeester en schepenen geen persoonlijke aansprakelijkheid oplopen wegens niet-uitvoering van een goeverneursbesluit betreffende o.m. de openbare verlichting, ook al werden door dit verzuim samenscholingen en baldadigheden op het gemeentelijk grondgebied in de zin van art. 1 decreet van 10 vendémiaire jaar IV in de hand gewerkt. Als reden gold dat een dergelijke tekortkoming niet een van de ambtsuitoefening losstaande handeling uitmaakt, welke wegens haar zwaarwichtigheid of grofheid de persoonlijke aansprakelijkheid van de gemeentelijke gezagsdragers gaande maakt¹⁹².

¹⁹¹ Hof Brussel (10e K.) 25 juni 1971, nr. 326 inzake Gemeente Molenbeek-Wersbeek t/ Beken Alf. en Van Esch Juliana — niet gepubliceerd.

^{191a} Zie ook Hof Luik, 19 juni 1974, R.W., 1975-76, 101 betreffende het verzuim van de gemeenteraad de in par. 1 van de wegverkeerswet voorgeschreven aanvullende reglementen uit te vaardigen bij ingebrekeblijven van de bevoegde minister (in casu het aanbrengen van het verbodsteken 41).

¹⁹² Hof Brussel, 15 november 1971, *Pas.*, 1972, II, 17, J.T., 1972, 428.

Deze zienswijze ligt in de lijn van de gevestigde rechtspraak inzake aansprakelijkheid van de openbare besturen voor de dienstfouten van hun personeelsleden. Als criterium geldt hier de vraag of de betrokken ambtenaar als overheidsorgaan dan wel op grond van zijn persoonlijke fout werd gedagvaard¹⁹³.

In het onderhavig geval bleef de aansprakelijkheid van het schepencollege, als overheidsorgaan beschouwd, een open vraag. In het verzuim tot opvolging van de van hogerhand voorgeschreven verplichting m.b.t. de openbare verlichting schuilt een principieel voor rechtsherstel vatbare fout van administratief wanbeleid.

§ 7. SLOTBESCHOUWING : Krachtdlijnen van het jurisprudentieel beleid inzake overheidsaansprakelijkheid naar Belgisch recht

87. Wie aldus in vogelvlicht de beweging van onze rechtspraak in de loop van de jongste decennia overschouwt, mag zich verheugen over de toespitsing van het jurisprudentieel beleid op een steeds efficiëntere rechtsbescherming van de burger tegen alle vormen van onrechtmatig overheidsoptreden.

Aangemoedigd door het hoogste rechtscollege is de feitenrechter, los van de veeleer serviele dan historisch verantwoorde bindingen met het Franse recht, zijn eigen weg gegaan. De weg die de Belgische grondwetgever hem van meet af gewezen had.

Deze evolutie impliceert een met de dag vindingrijker en ingrijpender justitieel toezicht op het overheidsbeleid. Het bij artikel 107 van de Grondwet opgelegde wettigheidstoezicht is niet van uitsluitend formele aard. De rechter geeft zich thans rekenschap van zijn plicht het voorzichtigheidsgehalte van de overheidsgedraging te toetsen in alle uithoeken van de publiekrechtelijke sector. Zijn beoordelingsrecht is niet beperkt tot de als fout of onrechtmatigheid aangemerkte overheidsdaden die tot stand komen in de louter materiële uitvoering van de wet of van de krachtens de wet genomen beslissingen. Hij dringt door tot de binnenkant van de besluitvorming zelf, en dit zowel op het vlak van de verordenende functie als op het gebied van het louter administratief beleid.

Dank zij een soepeler opvatting van het scheidingsbeginsel werd de discretionaire macht van de administratie aldus beknot ten gunste van een verruimd en meer genuanceerd rechtsherstel in geval van willekeurig, onbesuisd of zorgeloos bestuur. De hoofdmomenten van deze ontwikkeling kunnen als volgt worden samengevat.

¹⁹³ Raadpl. hieromtrent de gevestigde rechtsleer i.v.m. de theorie van het orgaan o.m. DE PAGE, II, nrs. 1065-1066 ; C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 1947, blz. 191 e.v. ; DALCQ, *Responsabilité civile*, I, nr. 1366 e.v. ; ook ons overzicht rechtspraak 1971-73, T.B.P., 1975, 215 e.v. nrs. 54 e.v. ; DALCQ, R.C.J.B., 1974, 635, nr. 85.

1) Sinds ettelijke jaren mag de feitenrechter zich niet vergenoegen met het enkel onderzoek naar de vormelijke aspecten van de legaliteit. Hij heeft tot taak de interne wettigheid van de overheidsdaad te peilen. Hij moet op tijd en stond de kern van de overheidsbeslissing ontbolsteren, de conformiteit van haar motivering met de feitentoedracht afwegen, de accuraatheid van haar juridische kwalificatie beoordelen, alsook de verenigbaarheid van haar doelstelling met de *ratio legis*. Hij moet machtsafwending ontmaskeren, machtsoverschrijding indijken.

Dit alles onderstelt onvermijdelijk een toezicht op bepaalde aspecten van de opportuniteit en/of de doelmatigheid van de overheidsbeslissing. Want correcte motivering en doelstelling zijn essentieel voor ieder zorgvuldig overheidsinitiatief, dat altijd het algemeen belang tot maatstaf heeft.

2) Van verstrekkende betekenis waren de cassatiearresten van 7 maart 1963 en 26 april 1963, die de rechter de aansprakelijkheidsnorm van de voorzichtigheidsplicht voorhouden. Gevolg daarvan was veruiming van aansprakelijkheid bij de overheid, en, correlatief, uitgebreider toetsingsrecht op de overheidsbeslissing vanwege de justitiële rechter.

Hier raakt het toetsingsrecht een ander, meer specifiek aspect van de opportuniteit van de administratieve beslissing. Telkens weer moet worden nagezien of die beslissing naar inhoud en uitvoeringsmodaliteit blijkt geeft van de vereiste voorzichtigheid om de burger tegen abnormale gevaren of valstrikken van wanbeheer te beveiligen.

A fortiori behelst het justitieel toezicht op dit stuk de beoordeling van de correctheid in de uitvoering van de overheidsbeslissing en van de adequaatheid der voorgeschreven technische middelen en voorzorgsmaatregelen.

De appreciatie van de voorzichtigheidsnorm is een vorm van wettigheidscontrole. De quasi-delictuele overheidsaansprakelijkheid is immers gefundeerd op de artikelen 1382 e.v. Burgerlijk Wetboek, die de schending van de voorzichtigheidsregel sanctioneren. Ook al verschilt de voorzichtigheidsnorm op het overheidsvlak van die welke de rechtsbetrekkingen onder particulieren beheerst.

3) Het chronologisch verloop van die ontwikkeling kan worden ondergebracht in drie fasen.

Een eerste periode (1831 tot 1920) was een «beloken» tijd van langzame bezinning die groeide naar een afrekening met het verleden, met als bekroning het Flandria-arrest van 5 november 1920. Met het opdoeken van de immuniteitsleer wordt het straffeloos schenden van burgerlijke rechten door de «openbare macht» voor goed naar het juridische vergeetboek verwezen.

Een tweede fase (1920-1963) deinde over hoogten en laagten om te culminereren in de voormelde speerpuntarresten van 1963. Na een schuchtere aanloop met de principiële erkenning van de civielrechtelijke

aansprakelijkheid van de Staat en de openbare machten, binnen de nog enge ruimte van een louter formeel wettigheidscontrole, kwam ook hier een kordatere aanpak op gang. Het criterium van de externe conformiteit met de wet als norm van het foutbegrip maakte plaats, eerst voor een toetsing van de wettigheid in de uitvoering van de overheidsdaad (Cass., 14 april 1921 ; zie supra § 3, A/B), daarna voor een uitbreiding van het justitieel toezicht tot de beslissing zelf. Dit op tweeërlei gebied. Eerst dat van het wegenbeleid. Het Hof van Cassatie erkende impliciet de marginale toetsing van de overheidsbeslissing door als quasi-delictuele fout te brandmerken de beslissing tot het aanleggen en bouwen van verkeerswegen behept met gevaren waardoor het rechtmatig vertrouwen van de weggebruiker wordt verschalkt. Dat was een eerste stap naar de controle van het veiligheidsaspect op het niveau van de besluitvorming, van de veiligheidsopportuniteit (of doelmatigheid) in de keuze van de middelen ter bereiking van het verplichte veiligheidsresultaat.

Maar niet minder door machtsafwending en machtsoverschrijding (zie o.m. sub 1 hierboven) als onwettig overheidshandelen te sanctioneren heeft de rechterlijke macht een pantser van de overheidsbeslissing op een tweede, uiterst gevoelige plek doorboord. De met machtsafwending of machtsoverschrijding verrichte overheidsdaad levert uiteraard een foutieve onwettigheid op die als aansprakelijkheidsgrond kon gelden (zie Cass., 14 augustus 1948 ; supra § 3, C, 5). Opnieuw een sterke ombuiging van het wettigheids criterium als norm van het foutbegrip naar een indringender toetsing van de wetmatigheid van het overheidsoptreden.

Het derde tijdvak (van 1963 tot heden) is dat van de voortschrijdende ontvoogding van de Belgische rechter op het stuk van de overheidsaansprakelijkheid. Het wordt met klank ingeluid door de cassatiearresten van 1963 : het verkeersterkenarrest van 7 maart 1963 en het koepokinentingsarrest van 26 april 1963, die de vonnisgerechten het opgepoetst criterium van de algemene plicht van voorzichtigheid in de hand spelen.

4) Voortaan is elke tekortkoming van de overheid aan die plicht een quasi-delictuele aansprakelijkheidsgrond. Zulks in alle sectoren en alle stadia van haar beleid. Zowel op het niveau van de besluitvorming als op dat van de materiële uitvoering, zowel bij handelen of beslissen als bij niet handelen of niet beslissen (foutief verzuim).

Foutief is het overheidsverzuim dat bestaat in het onbehoorlijk uitoefenen of niet gebruik maken van bij de wet toegekende bevoegdheid, omdat die toekenning van bevoegdheid de verplichting tot het uitoefenen ervan inhoudt. Het zich onthouden is een onwettige gedraging die tevens een tekortkoming aan de plicht van voorzichtigheid kan zijn (zie supra § 5, E).

5) Vooral hierin was het arrest van 7 maart 1963 innoverend dat het aan de overheidsplicht van voorzichtigheid hogere eisen stelt dan het nauwgezet uitvoeren van de wettelijke voorschriften die de specifieke

bevoegdheid in een gegeven overheidssector uitstippen. Indien de wet ontoreikende veiligheidsmaatregelen voorschrijft, dan moet de overheid op eigen initiatief de passende bijkomende voorzorgsmaatregelen treffen ter voorkoming van abnormale gevaren.

In diezelfde mate toetst thans de feitenrechter een aspect van de doelmatigheid en de opportuniteit van het overheidsop treden. Dit zowel op het niveau van de besluitvorming als op dat van de uitvoering. En wel door het aftasten van de veiligheidsgehalte van het initiatief, van de keuze en de inwerkingstelling der getroffen maatregelen of aangewende middelen, van het bewust verzuim of van het in gebreke blijven. Dit is meteen het raakvlak van de justitiële toetsing van wettigheid en opportuniteit.

Sinds geruime tijd had het traditionele onderscheid tussen opportuniteit en wettigheid plaats gemaakt voor een dynamischer opvatting, die oog had voor de nauwe verwevenheid van deze twee fundamenteel onderscheiden begrippen.

Thans behelst de wettigheidscontrole beoordeling van de volledige voorzichtigheidsmarge der overheidsbeslissing. De feitenrechter verkrijgt ruimer zeggenschap over het opportunitieaspect van deze beslissing. De passende maatregelen en voorschriften die strekken tot naleving van de bij de artikelen 1382-1383 B.W. gewaarborgde verplichting van voorzichtigheid, beantwoorden meteen aan wettelijke voor justitieel toezicht vatbare verplichtingen.

6) Bij wetshalve niet uitdrukkelijke verplichting tot handelen wordt de overheidsgedraging getoetst aan het gemeenrechtelijk criterium van de normaal-voorzichtige overheidspersoon, die de eisen van zorgvuldigheid en redelijkheid in zich verenigt (zie supra § 5, F, 1).

Deze beoordelingsnorm stelt minder strenge eisen aan de overheid dan aan de particulier wegens de essentieel verschillende finaliteit die aan hun respectieve gedraging ten grondslag ligt (zie o.m. supra § 5, F, 2).

7) Mede op aansporing van de rechtsleer beijverde

zich de rechtspraak, in het verlengde van het cassatiearrest van 7 maart 1963, tot het verfijnen van de voorzichtigheidsnorm die zij de overheid met toenemende nadruk als gedragspatroon voorspiegelt. Zulks aan de hand van de maatstaf «behoorlijk bestuur», waarvan de zorgvuldigheid en de redelijkheid de meest hanteerbare begrippen zijn (zie o.m. supra § 5, F, 1 en 2).

8) Uiterst belangrijk was de toepassing van de voorzichtigheidsnorm op de foutaansprakelijkheid van de overheid in de uitoefening van haar verordenende functie (koepokinentingsarrest van 26 april 1963 ; zie supra § 6, A en B).

De Grondwet heeft het wettigheidstoezicht niet begrensd tot de aan de administratieve functie vastklevende overheidshandelingen met individuele of beperkte draagwijdte. Zij gebiedt de vonnisgerechten de toepassing van alle onwettige overheidsdaden zonder onderscheid te weigeren (art. 107). Ook op het vlak van de algemene reglementering dwingt zij de rechterlijke macht ertoe elke met de wet strijdige bestuursactiviteit, waardoor subjectieve rechten beknót of gekrenkt worden, af te remmen en/of te sanctioneren.

Het doet er niet toe of de schade werd veroorzaakt door een foutief reglementeren (zie cassatiearrest van 26 april 1963) dan wel door een foutief verzuim wegens niet of niet tijdig uitvoeren van een reglementering die door de wet is opgelegd (zie cassatiearrest van 23 april 1971 ; supra § 6, C).

Ook op dit gebied van de algemene verordeningsmacht is voorzichtigheid toetssteen geworden van wettigheid, wettigheid toetssteen van opportuniteit en doelmatigheid van het als fout aangeklaagde overheidsop treden. En wel in de mate van verenigbaarheid van dit optreden (beslissen of niet, handelen of niet ; zo of zus beslissen, zo of zus handelen) met de algemene verplichting van voorzichtigheid waardoor gemeenschap en burger naar best vermogen worden gediend.

TOEZICHT OP DE UITVOERING VAN DE STRAF

Preadvies van C. Eliaerts, docent V.U.B., en M. Rozie, assistent U.I.A. en V.U.B.

1. Hoe kort de titel van dit preadvies ook moge zijn, hij raakt aan een complex geheel van problemen welke in de loop van de strafrechtsgeschiedenis in de rechtsleer meer dan eens ter sprake kwamen, maar in ons land nog geen bevredigende oplossing hebben gekregen. De juridische regeling van de strafuitvoering, en meer bepaald de taak die de rechter daarbij kan vervullen, kwam de laatste jaren wel sterk in de actualiteit. Dit thema werd o.m. behandeld in de openingsrede van de procureur-generaal W.J. Ganshof van der Meersch voor het Hof van Cassatie in 1973¹. Op het 26e Wetenschappelijk Rechtscongres te Gent (1974) pleitte mr. H. Albers in zijn preadvies voor de tussenkomst van de rechter bij de strafuitvoering². Met dit standpunt werd trouwens door een resolutie van de Sectie "Strafrecht" van het Congres ingestemd³. Staan wij thans, vier jaar na dat Congres, een stap verder? Op wetgevend gebied alleszins niet. Wel beschikken we over enkele nieuwe voorstellen. De procureur-generaal J. Matthijs heeft in zijn merkwaardige openingsrede voor het Hof van Beroep te Gent op 2 september 1974 een uitgebreid overzicht van deze problematiek gegeven en concrete oplossingen geformuleerd⁴. Om dit preadvies enigszins in te korten moeten wij naar zijn bijdrage verwijzen, in het bijzonder wat het historisch overzicht en de standpunten van vele rechtsgeleerden betreft. De discussie is ook buiten de juridische middens getreden als gevolg van de acties van de gedetineerden in de Belgische gevangenissen tijdens de zomer van 1976. Een belangrijk gedeelte van hun eisen hield verband met de wetgeving en de praktijk betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling, welke één van de domeinen is waarop velen bevoegdheid aan de rechter willen verlenen⁵.

Bij beslissing van de minister van Justitie werd vervolgens een werkgroep opgericht die een advies over de mogelijke hervormingen inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling moest uitwerken⁶. De besluiten van

deze werkgroep werden niet gepubliceerd, maar de grote opties zijn ons bekend.

2. De organisatoren van het 28e Wetenschappelijk Rechtscongres hebben het ongetwijfeld noodzakelijk geacht een balans te kunnen opmaken van de huidige toestand, wellicht ook om te vermijden dat enkele dringende hervormingen — naar Belgische traditie — in het vergeetboek terechtkomen.

Deze ingewikkelde materie kan in een preadvies slechts schematisch behandeld worden. Op bepaalde punten zijn talrijke visies en oplossingen mogelijk. Wij menen dat het derhalve wenselijk is slechts bij de belangrijkste opties te blijven stilstaan.

Alvorens de mogelijke oplossingen te bespreken lijkt het ons evenwel noodzakelijk de gehele materie in de juiste context te plaatsen en de *fundering* van de gewenste veranderingen aan een kritisch onderzoek te onderwerpen.

I. Juridisch-gerechtigd karakter van de strafuitvoering en het legaliteitsbeginsel

3. De vraag naar het betrekken van de rechter bij de strafuitvoering moet gezien worden in het licht van de evolutie van het strafrecht, meer bepaald het toenemen van de methoden die een individualisering van de reacties van de maatschappij t.o.v. de delinquent mogelijk maken. Deze methoden kunnen in de opeenvolgende fasen van de strafprocesstoegepast worden:

— op het ogenblik van de beslissing over de *vervolg*ing : mogelijkheid tot seponering door het *parket*, eventueel met een opproefstelling en bijzondere voorwaarden ;

— op het ogenblik van de uitspraak van de *veroorde*ling : keuze van de sanctie en van de uitvoeringswijze door de *rechter*, bv. door middel van de wetgeving op de probatie ;

— op het ogenblik van de *strafuitvoering* : mogelijkheid tot niet-uitvoering van de straf door het *parket* (opnieuw met een eventuele opproefstelling) of keuze van een bijzondere uitvoeringswijze met toestemming van het parket, nl. de weekendarresten en de beperkte hechtenis ;

— tijdens de *uitvoering van de (vrijheidsberovende) straf* : middelen ter beschikking van de *uitvoerende macht (administratie)* met het oog op de onderbreking of het voortijdig beëindigen van de vrijheidsberoving, nl. de halve vrijheid, het penitentiair verlof, de voorlo-

¹ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt», R.W., 1973-74, 113-156, op p.149.

² H. ALBERS, «Nieuwe taken voor het strafrecht», R.W., 1973-74, 2033-2048, op p. 2048.

³ R.W., 1973-74, 2374.

⁴ J. MATTHIJS, «Het betrekken van de rechter bij de tenuitvoerlegging van de vrijheidstraf», R.W., 1974-75, 193-244.

⁵ Betreffende de voorstellen van de gedetineerden ter zake, zie : *Hebdomadaire Notre Temps*, 1976, nr. 104, p. 6-7. L. VAN OUTRIVE, *De gevangenis : een systeem op drift*, Davidsfonds, Leuven, 1978, p.81-98.

⁶ De «Werkgroep Hervorming van de Voorwaardelijke Invrijheidstelling» werd in november 1976 opgericht en heeft zijn conclusies i.v.m. de belangrijkste opties voor de hervorming in maart 1977 aan de minister van Justitie doen toekomen.

pige invrijheidstelling en de voorwaardelijke invrijheidstelling; we kunnen in deze fase ook nog het gratierecht vermelden dat in handen is van de *Koning* (ook hier is opproefstelling mogelijk).

De toename en uitbreiding van de opgesomde maatregelen zijn het gevolg van de evolutie in de opvattingen betreffende de functies van de straf en de criminele politiek die men tijdens het strafbedelingsproces wil toepassen.

De crisis die het strafrechtssysteem thans doormaakt, betreft niet alleen het onbehagen over de *efficiëntie* van de aangewende methoden, maar ook het verlangen naar een betere bescherming van de rechten van het individu én van de maatschappij bij de toepassing ervan. Het gaat met andere woorden ook over de *legaliteit* van het strafrechtssysteem en het daarmee verbonden beginsel van de *rechtszekerheid*. In dit rapport beperken wij de bespreking van deze omvangrijke problematiek tot de fase van de strafuitvoering, meer bepaald de uitvoering van de vrijheidsberovende straf.

4. Welke inhoud heeft het begrip "uitvoering van de straf" in de loop van de strafrechtsgeschiedenis gekregen? Volgens de opvattingen van het klassiek strafrecht moest de straf — in strikte verhouding tot de morele aansprakelijkheid van de delinquent — retributief en intimiderend zijn. Voorts wou men door een moraliserende beïnvloeding tot zedelijke verbetering van de delinquent komen. Het gevolg van deze rationele benadering was een praktisch *gelijke* behandeling van alle gedetineerden: denk aan het cellulair regime en het gebrek aan classificatieregels. Een eerste middel tot individualisering van de strafuitvoering was de voorwaardelijke invrijheidstelling, die evenwel in de geest van die tijd moet begrepen worden (zie *infra*). De geboorte van de criminologie als wetenschappelijke discipline op het einde van de 19e eeuw brengt de bio-psychologische persoonlijkheid en het sociale milieu van de dader op de voorgrond. De ontdekking van de verscheidenheid van de delinquenten leidt tot het inzicht dat het "verweer" van de maatschappij aan hun individuele kenmerken moet worden aangepast. Sommige categorieën krijgen een afzonderlijk statuut, waardoor het gepleegde feit niet meer de aard, noch de duur van de behandeling bepaalt (kinderen, geesteszieken, recidivisten). Er ontstaat een *differentiatie* in de strafuitvoering (classificatieregels) en het regime krijgt een nieuwe functie: de heropvoeding of wederaanpassing van de gedetineerde (groei van het gemeenschapsregime). Na de tweede Wereldoorlog legt de doctrine van het "nieuwe sociaal verweer" de klemtoon op de resocialiserende functie van de vrijheidsberoving. De strafuitvoering moet volledig *geïndividualiseerd* worden door een uitgebreid arsenaal van wetenschappelijk bestudeerde maatregelen die op ieder ogenblik moeten kunnen worden *herzien* en *aangepast*. In tegenstelling met vroegere opvattingen wordt hierbij de bescherming van de menselijke waardigheid en van de fun-

damentele rechten van het individu vooropgezet⁷. In de praktijk leidt dit enerzijds tot een verdere liberalisering van het regime, maar anderzijds ook tot een aangroei van middelen om het gedrag van de gedetineerde te beïnvloeden (intrede van het vage begrip "behandeling", naar analogie met een medische therapie). De inhoud (aard) van de strafuitvoering kan nu ernstig verschillen van gedetineerde tot gedetineerde.

5. Volgens de opvattingen van het nieuwe sociaal verweer moet er een *eenheid* zijn tussen de fase van de strafuitvoering en de voorgaande fasen in de strafproces: "Le procès pénal doit s'entendre désormais, non plus seulement du jugement (en droit) de l'acte qualifié infraction, mais de ce processus qui commence avec les premières poursuites, au lendemain de l'acte délictueux, pour ne se terminer qu'avec l'expiration de la dernière mesure à l'égard du délinquant"⁸. Aldus beschouwd behoort de strafuitvoering tot de grond van het strafrecht en is zij aan dezelfde voorwaarden onderworpen wat het legaliteitsbeginsel en de gerechtelijke controle betreft. In de klassieke doctrine daarentegen heeft de toepassing van de straf een louter uitvoerend en administratief karakter: vandaar de ruime discretionaire bevoegdheid die traditioneel aan de administratie toegekend werd en het gebrek aan een wettelijke bescherming van de veroordeelde.

De hierboven opgesomde evolutie van de functie van de straf en de gewijzigde opvattingen over de te voeren criminologische politiek hebben echter het karakter van de strafuitvoering grondig gewijzigd. De bevoegdheid van de administratie is enorm toegenomen aangezien zij niet enkel meer *uitvoert* maar belangrijke *beslissingen* neemt die enerzijds de aard en de duur van de vrijheidsberoving en anderzijds het juridisch statuut van de gedetineerde kunnen wijzigen.

Inderdaad, de vrijheidsberoving brengt niet alleen het verlies van de *persoonlijke vrijheid* met zich, maar eveneens het verlies of de beperking van vele *andere subjectieve rechten* (politieke, economische, sociale, culturele rechten). Op het ogenblik van de definitieve of tijdelijke vrijlating wordt hierover een *nieuwe* beslissing genomen. Dit alles bewijst het *juridisch karakter* van de strafuitvoering: "L'exécution des sanctions pénales ne peut se faire en dehors du droit: elle est, en soi, un rapport de droit"⁹.

⁷ Zie het werk van M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, Paris, 1971 (2e édit. revue et augmentée). Hij schrijft (p.37): « Cette action de resocialisation ne peut néanmoins se développer que par une *humanisation* toujours croissante du droit pénal nouveau qui devra faire appel à toutes les ressources de l'individu, qui cherchera à lui rendre confiance en lui-même et à lui redonner à la fois le sens de sa responsabilité personnelle, ou plus exactement peut-être de sa liberté sociale, et le sens des valeurs humaines. Cette conception s'efforcera, en même temps, d'assurer, qu'il s'agisse du délinquant présumé ou du condamné, le respect des droits inhérents à sa qualité d'homme, tout comme elle entendra maintenir les garanties essentielles dérivant du principe de la légalité et de la régularité du procès pénal. »

⁸ ANCEL, *op.cit.*, p. 255.

⁹ L.N. ROBERT, *La participation du juge à l'application des sanctions pénales*, Librairie de l'Univ. Georg & Cie., Genève, 1974, p.40.

6. Deze stelling heeft twee belangrijke gevolgen :
a) noodzaak van de bevestiging van het *legaliteitsbeginsel* : "Les lois répressives, et donc leur légalité, s'étendent jusqu'à l'achèvement de l'exécution de la sentence prononcée et l'expiration de tous les effets matériels ou juridiques de cette sentence"¹⁰. Deze wettelijkheid waarborgt immers het *evenwicht tussen de rechten van het individu en de rechten van de maatschappij*;

b) noodzaak van een *gerechtelijk controleorgaan* voor de toepassing van de strafsancities : de beslissingen die in de fase na de veroordeling genomen worden over de persoonlijke vrijheid en het juridisch statuut van de delinquent — beslissingen die een jurisdictioneel karakter vertonen — vragen de tussenkomst van een onafhankelijk *scheidsrechter* die de soms tegengestelde belangen van individu en maatschappij moet beslechten. Deze taak kan enkel door de *rechterlijke* macht vervuld worden.

Naar onze mening zijn deze twee basisprincipes op het ogenblik niet door het Belgisch strafrechtssysteem bekrachtigd.

7. a) *De functies, organisatie en draagwijdte van de vrijheidsberovende straffen of maatregelen* zijn in Boek I van het Strafwetboek (of in een andere wetgeving) niet wettelijk bepaald. Het Strafwetboek is op dit gebied ofwel verouderd, ofwel volkomen stilzwijgend¹¹. Behoudens het verlies van een aantal burgerlijke en politieke rechten voortvloeiend uit de *veroordeling*, wordt het *juridisch statuut van de gedetineerde* niet geregeld. Het gaat hier nochtans om de afbakening van fundamentele rechten die gebaseerd zijn op de Rechten van de Mens of op de grondwettelijke rechten en vrijheden¹².

Een aantal *methoden van strafuitvoering* — sommige totaal nieuw — hebben geen wettelijke basis : de week-eindarresten, de beperkte hechtenis, de halve vrijheid, de voorlopige invrijheidstelling, het penitentiair verlof¹³. Deze methoden worden nochtans toegepast in het kader van vage begrippen, zoals de "heropvoeding" en "resocialiserende behandeling" van de delinquent, die de persoonlijkheid van het individu

grondig kunnen veranderen. Ze hebben geleid tot een aanzienlijke verzwakking van het legaliteitsbeginsel. Om dit te verhelpen moet — in het kader van een *globale* herziening van ons strafrechtssysteem, die op het ogenblik ter studie is — een "*strafuitvoeringsrecht*" gecreëerd worden dat autonoom staat niet enkel t.o.v. het algemeen strafrecht en de strafvordering, maar ook t.o.v. het administratief penitentiair apparaat¹⁴.

8. b) Er bestaat op het ogenblik geen gerechtelijke controle op de beslissingen die in het kader van de strafuitvoering genomen worden. In het licht van hierboven gezegde gaat het trouwens niet enkel om een controle op, maar om de *uitspraak van de beslissingen* zelf op basis van wettelijk te omschrijven normen.

De Raad van State heeft zich steeds onbevoegd verklaard indien de administratieve beslissingen uitgingen van de overheid welke rechtstreeks meewerkt aan de uitvoering van de beslissingen van de rechterlijke macht¹⁵. Opdat de Raad van State zijn bevoegdheid eventueel zou erkennen is bovendien vereist dat de administratieve handeling geen "maatregel van inwendige orde" is. Aldus geeft de Raad van State geen gevolg aan een beroep van de gedetineerde wanneer de bestreden maatregel door de administratie of de directie van de strafinrichting genomen is ter uitvoering van het Algemeen Reglement der Strafinrichtingen¹⁶. Deze wordt opgevat als een maatregel die zonder gevolg blijft op de rechtssituatie van de gedetineerde.

De penitentiaire administratie bezit dus een *ruime discretionaire bevoegdheid* bij het bepalen van het statuut van de gedetineerde en de beslissingen over de voortijdige beëindiging of onderbreking van de vrijheidsberovende straf. De gedetineerde beschikt enkel over een *zuiver administratief beroep* bij de penitentiaire overheid op basis van de penitentiaire reglementen¹⁷. Dit monopolie van de uitvoerende macht heeft geleid tot een *rechtsvacuüm* dat dringend moet worden opgevuld door de tussenkomst van de wetgevende én de rechterlijke macht.

II. De tussenkomst van de rechter tijdens de strafuitvoering

9. Uit de bovenstaande uiteenzetting blijkt o.i. duidelijk dat de opdracht van de rechter veel ruimer is dan een louter "toezicht" op de strafuitvoering : hij

¹⁰ *Ibid.*, p.168.

¹¹ Van de hervorming van het gevangeniswezen - aangevat na W.O. I. - is met uitzondering van artikel 30bis betreffende de penitentiaire arbeid geen spoor in het Strafwetboek terug te vinden. Zie P. CORNILL, « Considérations sur l'actualité du Code pénal belge de 1867 », R.D.P., 1967-68, 327-333, op p. 330.

¹² Zie C. ELIAERTS, « De Rechten van de Mens en de bescherming van de fundamentele rechten van de gedetineerden », p. 38-72 in *Strafwetenschappen*, Seminarie voor strafrecht en strafvordering. R.U.G., Gent, 1976.

¹³ Vroeger werden het penitentiair verlof en de voorlopige invrijheidstelling opgevat als gunsten die slechts in uitzonderlijke omstandigheden konden worden toegepast. Thans hebben ze in het licht van een gewijzigde criminele politiek een veel ruimere toepassing gekregen, hetzij als voorbereiding op de vervroegde invrijheidstelling, hetzij als middel om de uitvoering van een (relatief) korte gevangenisstraf tegen te gaan. Zie de circulaires van 11 oktober 1972 (voorlopige invrijheidstelling) en 30 april 1976 (penitentiair verlof) en *infra*, III, 7.

¹⁴ Deze terminologie is beter dan de uitdrukking « penitentiair recht », aangezien het niet alleen om vrijheidsberovende maar ook om vrijheidsbeperkende maatregelen gaat. Cf. West-Duitsland waar op 1 januari 1977 het « *Strafvollzugsgesetz* » van kracht werd. C.N. ROBERT (*op. cit.*) spreekt van een « *droit sanctionnel* ».

¹⁵ Zie hierover « Le Conseil d'Etat », in *Les Nouvelles*, tome VI, *Droit administratif*, 1975, nr.952 e.v. en 1031 e.v.

¹⁶ Arrest nr. 12.238 van 22 februari 1967, *Arr. R.v.St.*, 1967, 229 en R.W., 1967-68, 194.

¹⁷ Het klachtrecht op basis van de penitentiaire reglementen heeft het voordeel dat het alle aspecten van het regime kan omvatten, maar biedt weinig procedurewaarborgen aan de gedetineerde. Zie ELIAERTS, *gec.* in noot 12, p. 60-61.

moet niet enkel "betrokken" worden bij de strafuitvoering, hij vervult er een *essentielle* functie.

"Contrôler le respect du principe de la légalité étendu au droit sanctionnel et déterminer les modalités de sanctions impliquant une combinaison de privations et de restrictions de liberté qui affectent profondément le statut juridique du condamné, impose et délimite la compétence judiciaire : L'exécution de la peine, qui crée des problèmes relatifs à la liberté, possède un caractère purement judiciaire, et toutes les décisions qui s'y rapportent doivent être appliquées, adaptées et corrigées exclusivement par un organe juridictionnel de contrôle et de surveillance"¹⁸.

Deze juridische *fundering* voor de tussenkomst van de rechter tijdens de strafuitvoering mag o.i. niet uit het oog verloren worden wanneer men concreet de *wijze* gaat bepalen waarop de tussenkomst moet geschieden.

Zijn er *juridische* bezwaren tegen het toekennen van zulke ruime bevoegdheden aan de executierechter?

10. In de eerste plaats moet eraan herinnerd worden dat een aantal *wettelijke* normen inzake de strafuitvoering ("strafuitvoeringsrecht" of "sanctierecht") uitgewerkt moeten worden voordat de bevoegdheid van de rechter op dit domein afgebakend kan worden, daar anders zijn appreciatiemacht te ver zou kunnen gaan.

Op het bezwaar van de aantasting van het gezag van het rechterlijk gewijsde werd reeds door verscheidene auteurs op afdoende wijze geantwoord. Het gezag van het rechterlijk gewijsde is verbonden met de *procedure*: "Alles wat betrekking heeft tot de materialiteit der strafbare feiten, het bewijs van de vereniging der door de strafwet gestelde stoffelijke en morele voorwaarden van het misdrijf, de schuld van hun dader en zijn toerekenbaarheid"¹⁹. Wat de straf (sanctie) betreft, gaat het om het afbakenen van het *kwantitatief maximum* (legaliteitsbeginsel-rechtszekerheid) en niet om de *wijze* waarop de sanctie zal worden uitgevoerd. Dit volgt uit de reeds hogervermelde opvattingen over de individualisering van de strafuitvoering en de eenheid van deze fase van de strafproces met de voorgaande fasen op het vlak van de te volgen criminologische politiek. De tussenkomst van de rechter wordt trouwens dikwijls gevraagd op basis van de argumentatie dat de uitvoerende macht op het ogenblik zoveel bevoegdheden bij de strafuitvoering bezit dat zij het gezag van het rechterlijk gewijsde krenkt²⁰.

11. Een belangrijker bezwaar tegen de ruime bevoegdheden van de executierechter betreft het grondwettelijk principe van de *scheiding der staatsmachten*. De procureur-generaal Matthijs heeft er reeds op gewezen dat ons grondwettelijk recht een dogmatische scheiding tussen de staatsmachten afwijst²¹.

Er bestaan reeds voorbeelden in ons recht waarbij de rechter betrokken wordt bij het toezicht op de uitvoering van bepaalde vonnissen of arresten: denk aan de commissies tot bescherming van de maatschappij en de probatiecommissies. In de wetgeving op de jeugdbescherming is het principe van de doorlopende bevoegdheid van de (jeugd)rechter na de uitspraak volledig verwezenlijkt. De bovengenoemde commissies zijn evenwel pluridisciplinair samengesteld, vellen geen vonnissen of arresten en vertonen veeleer een administratief karakter.

De procureur-generaal Matthijs komt dan ook tot de conclusie "dat zijns inziens art. 30, tweede lid, van de Grondwet niet toelaat dat de rechterlijke macht voortaan *alleen* en *uitsluitend* hoge hand zou hebben over de tenuitvoerlegging van de vrijheidstraf en de beslissingen betreffende haar verschillende modaliteiten"²².

De vraag is echter of de executierechter inderdaad bevoegdheden overneemt die de administratie toekomen. Volgens onze opvatting neemt hij tijdens de strafuitvoering *beslissingen* over de *persoonlijke vrijheid* en de *andere fundamentele rechten* van het individu, beslissingen die krachtens de Grondwet door de rechterlijke macht moeten worden genomen. De *praktische uitvoering* van deze beslissingen, alsmede de andere aspecten van het *regime* van de vrijheidsberoving blijven in handen van de uitvoerende macht²³. Ingevolge de evolutie van de strafwetenschappen heeft daarentegen de administratie bevoegdheden verkregen die de rechterlijke macht toekomen. Indien het grondwettelijk bezwaar reëel zou zijn — en wij geloven het niet —, dan rijst toch de vraag of wij ons moeten blijven vastklampen aan een tekst die van 1830 dateert en opgevat werd in verband met de klassieke — thans voorbijgestreefde — doctrine over de doelstellingen en organisatie van de strafuitvoering. Een grondwetswijziging is dan ook noodzakelijk.

12. Hoewel er volgens ons dus geen afdoende juridische bezwaren, maar integendeel dwingende *juridische gronden* zijn voor de tussenkomst van een rechter (of een college van rechters) bij de strafuitvoering, dan stellen we nochtans vast dat in ons land bijna alle voorstellen de oprichting van een pluridisciplinaire commissie bepleiten die een *administratief karakter* vertoont en een *niet jurisdictionele procedure* voert.

¹⁸ ROBERT, *op.cit.*, p. 72.

¹⁹ J. MATTHIJS, *gec.* in noot 4, p. 223-224.

²⁰ Zie o.m. C. DE BRIEY, *La participation judiciaire à l'exécution des sentences pénales*, Brussel, 1968, p. 53-55. Hij schrijft (p.55): «La participation judiciaire à l'autorité de la chose jugée paraît donc, au contraire, la seule manière de tempérer les empiètements progressifs de l'Administration dans un domaine où, théoriquement, elle n'a qu'un droit d'exécution sans aucun pouvoir d'interprétation.»

²¹ *Gec.* in noot 4, p. 225-226.

²² *Ibid.*, p. 227.

²³ Betreffende de bevoegdheid *intra muros* van de executierechter, zie *infra*, III.

Hiervoor worden enerzijds *pragmatische redenen* (de verstandhouding met de penitentiare administratie), en anderzijds de *aard van de beslissingen* over de voortijdige vrijlating aangevoerd (gunsten). Zijn deze redenen gegrond?

13. Men haalt aan dat de bevoegdheden die de executierechter toegekend worden de penitentiare administratie zou uitsluiten van het te voeren beleid, wat niet alleen conflicten, maar ook een gebrek aan belangstelling voor dat beleid zou veroorzaken²⁴. Bovendien vreest men dat de rechter over onvoldoende tijd en opleiding beschikt om deze zware taak op zich te nemen en dat hij een magistraat-ambtenaar zou worden, ofwel opgeslorpt in de administratie ofwel in permanent conflict ermee.

Naar onze mening mist het eerste opgesomde argument de nodige overtuigingskracht. De penitentiare administratie wordt geenszins gedegradeerd tot "hotelhouder" of "sleutelbewaarder"²⁵. Zij blijft verantwoordelijk voor de *organisatie* van de vrijheidsberoving, met daarin de nodige ruimte voor initiatieven en experimenten, o.m. op het gebied van de geïndividualiseerde behandeling van de gedetineerde. Alleen wordt het gevoerde beleid aan een *gerechtelijke controle* of *bekrachtiging* onderworpen wanneer een conflict tussen de rechten van het individu en de rechten van de gemeenschap beslecht moet worden. Vanzelfsprekend blijft de administratie door middel van adviezen en rapporten over het gevoerde beleid nauw betrokken bij de voorbereiding van de desbetreffende gerechtelijke beslissingen. Een afbakening van de wederzijdse bevoegdheden sluit een innige samenwerking in het belang van een vooruitstrevende criminologische politiek niet uit, tenminste indien de bereidheid tot een dialoog bestaat. De argumenten die berusten op de overbelasting en de onvoldoende vorming van de rechter zijn waardevol, maar kunnen opgevangen worden. Bij het invoeren van een nieuw systeem moet men inderdaad de nodige voorzorgen nemen opdat de vernieuwing niet enkel in theorie, maar ook in praktijk een reële vooruitgang betekent²⁶.

Naar onze mening moeten de executierechters een criminologische opleiding bezitten en hun volledige dagtaak aan de toegewezen opdrachten besteden. Er moeten vanzelfsprekend voldoende rechters aangewe-

zen worden. Gelijkaardige bezwaren zou men trouwens ook voor de opneming van een rechter in een commissie kunnen aanwenden. In dit geval is het risico voor een opslorping in de administratie en het verlies van zijn onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid zelfs groter.

14. Zijn de beslissingen over een voortijdige invrijheidstelling gunsten? Dit is het standpunt van talrijke auteurs, én van de commissie die met de hervorming van de voorwaardelijke invrijheidstelling belast werd²⁷. Hierin vinden zij vooral argumenten voor het administratief karakter van de op te richten commissie en de te volgen procedure. In de eerste plaats willen wij eraan herinneren dat de rechter o.i. niet enkel over de vrijlating, maar ook over het verlies of de beperking van de *andere fundamentele rechten* van de delinquent beslist, zowel vóór als na de vrijlating (opproefstelling). Zoals hierboven is uiteengezet zijn dit ongetwijfeld beslissingen die een *juridisch-gerechtelijk karakter* vertonen en door de rechterlijke macht genomen moeten worden. Zij vallen niet binnen de discretionaire bevoegdheid van de administratie en kunnen niet langer opgenomen worden in het traditionele "straffen en gunsten"-pakket dat in belangrijke mate de regime-differentiatie in de strafinrichting bepaalt²⁸. De voortijdige vrijlating in het bijzonder is een belangrijke fase van de *criminologische* politiek, gericht op reïntegratie in de vrije gemeenschap. Het betreft geen maatregel van inwendige *penitentiare* politiek ter beïnvloeding van het gedrag van de gedetineerde in de gevangenis. Een dergelijke morele opvatting — in het kader van de doctrine van het klassiek strafrecht — was dominerend bij de wetgeving van 1888 en heeft het "gunstkarakter" van de voortijdige vrijlating veroorzaakt. De betekenis van deze maatregel is echter met de evolutie van strafwetenschap en criminologie grondig veranderd. De gedetineerde heeft *recht* op een bejegening²⁹ die hem — in samenwerking met de overheid én met inspraak — alle kansen biedt op een snelle sociale reïntegratie. Dit is geen proces dat over zijn hoofd op discretionaire wijze beslecht wordt.

15. Natuurlijk is de voorwaardelijke invrijheidstelling een modaliteit van de tenuitvoerlegging van de straf³⁰. Verkeerdelijk wordt o.i. daaruit doorgaans af-

²⁴ MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 228.

²⁵ *Ibid.* Voor gelijkaardige bezwaren zie J. DUPRÉEL, *Penitentiare studien en perspectieven*, Penitentiare drukkerij, Nijvel, 1960, p.116-117.

²⁶ In dit verband kunnen we verwijzen naar de ervaringen met de Franse «juge de l'application des peines»: overbelasting en een gebrek aan infrastructuur hebben de goede uitvoering van bepaalde opdrachten (die zeer talrijk geworden zijn) in het gedrang gebracht. Zie de waarschuwing van A. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, «L'expérience française du juge de l'application des peines», in *Strafwetenschappen*, op.cit., p. 359-378. De executierechter moet zijn op de persoon van de delinquent gerichte beslissingen met kennis van zaken kunnen nemen. Hij moet enquêtes kunnen bevelen en personeel ter beschikking hebben aan wie hij deze opdrachten kan toevertrouwen.

²⁷ MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 236, en C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Story-Scientia, Gent, 1976, deel III, p.1009.

²⁸ Zie hierover T. PETERS, *Ongelijke levensvoorwaarden in de Centrale Gevangenis te Leuven*, Leuven, 1976, p.175-203.

²⁹ De term «bejegening» lijkt beter dan de term «behandeling». De efficiëntie van de gevangenis als therapeutisch model, waar de gedetineerde aan een resocialiserende behandeling onderworpen wordt («dwangtherapie»), wordt de laatste jaren meer en meer in vraag gesteld. Zie C. ELIAERTS, «De plaats van de vrijheidsberovende straf in de hedendaagse strafrechtspolitik», p.144-164 in *Liber Amicorum H. Bekaert*, Snoeck-Ducaju & Zoon, Gent 1977.

³⁰ Cass., 16 oktober 1950, *Pas.*, 1951, I, 66, en R.W., 1950-51, 659

geleid dat deze maatregel een loutere *gunst* is. Aan de voorwaardelijke invrijheidstelling — en in de toekomst ook aan andere uitvoeringsmethoden (zie *supra*) — zijn wettelijke voorwaarden verbonden. Het gaat hier niet enkel om *tijdsvoorwaarden*, maar ook om *reclasseringsvoorwaarden*³¹. De gedetineerde heeft het recht om een uitspraak over het al dan niet aanwezig zijn van deze voorwaarden te vragen, en een *recht* op invrijheidstelling *indien alle* wettelijke voorwaarden vervuld zijn. Bij deze procedure is hij een rechtstreeks betrokken partij, anders is er geen sprake van een ernstige voorbereiding van een terugkeer in de gemeenschap. Aangezien het om een beslissing gaat over de persoonlijke vrijheid van de betrokkene en over de rechten van de gemeenschap, moet de rechter over de inachtneming van de wettelijke voorwaarden oordelen. Deze beslissing heeft een juridisch, geen administratief karakter. Dit betekent dat zij tot stand moet komen na een *jurisdictionele procedure*, wat niet wil zeggen dat deze moet worden gevoerd naar analogie met de procedure voor de strafrechter (zie *infra*).

Vanzelfsprekend moet de rechter beschikken over schriftelijke en uitvoerig gemotiveerde adviezen van een *team* van specialisten dat de gedetineerde van nabij gevolgd heeft³². Om de onafhankelijkheid van de gedetineerde t.o.v. deze experts te bevestigen en om te vermijden dat men tot een *dwangtherapie* overgaat, mag dit team zelf niet de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de beslissing dragen³³. Een zelfde redenering geldt voor de directie van de strafinrichting: om te vermijden dat een beslissing over de voortijdige invrijheidstelling in de *disciplinaire context* terechtkomt is het wenselijk dat de directie een adviesrecht en geen beslissingsrecht toegekend wordt. Een beslissingsrecht kan evenmin aan het openbaar ministerie gegeven worden omdat het dan tegelijkertijd partij én rechter in

de procedure zou zijn en omdat de klemtoon daarbij op het *crimineel verleden* van de delinquent ligt.

III. Een executierechter in strafzaken - Krachtlijnen van een ontwerp

16. Er werd reeds op gewezen dat in de Belgische rechtsleer een sterke tendens bestaat om pluridisciplinaire commissies met het toezicht (*sensu lato*) op de uitvoering van de straf te belasten³⁴. Ook de werkgroep die advies moest uitbrengen over mogelijke hervormingen van de wet op de voorwaardelijke invrijheidstelling, heeft de oprichting van een dergelijke commissie voorgesteld³⁵. Om redenen die werden toegelicht, menen wij nochtans een lans te moeten breken voor een alleen rechtsprekende executierechter. Deze magistraat zou beslissingsrecht krijgen in aangelegenheden die tot de traditionele bevoegdheidssfeer van het bestuur of het parket behoren³⁶. De beslissing van de rechter zou evenwel slechts het sluitstuk mogen zijn van een besluitvormingsproces waarbij onder meer de Penitentiaire Administratie actief betrokken dient te worden.

In het derde gedeelte van dit preadvies wordt gepoogd de bevoegdheden van de executierechter af te bakenen, alsook de procedure te schetsen die gevolgd moet worden als eenmaal een zaak bij de rechter ahangig is. Wij verhalen hierbij niet dat vroeger geformuleerde voorstellen in vele gevallen inspirerend hebben gewerkt.

a) Benoeming als executierechter

17. Om te vermijden dat de executierechter zich, door gebrek aan tijd, volledig zou moeten verlaten op adviezen van personen die geconsulteerd werden, moet hij zijn ambt kunnen uitoefenen met uitsluiting van elke andere gerechtelijke bedrijvigheid. Anders loopt men het gevaar dat de beslissingsmacht in feite niet meer bij de executierechter ligt, maar wel bij degenen die de rechter van advies moeten dienen. Om in aanmerking te komen voor deze functie lijkt het wenselijk dat de magistraat een criminologische opleiding genoten heeft of tenminste het bewijs levert dat hij voor

³¹ Deze reclasseringsvoorwaarden zijn gericht op de toekomst, niet op het verleden van de delinquent (gepleegde feiten, gedrag in de gevangenis). Een «goede» integratie in het gevangenisleven waarborgt nog geen goede integratie in de vrije gemeenschap! In dit verband schrijft P. GENONCEAUX: «(...) zo de voorwaardelijke invrijheidstelling een gunst is in die zin dat ze niet automatisch is, ze ook bijna een recht zou moeten zijn vanaf het ogenblik dat de feitelijke voorwaarden vervuld zijn en de sociale orde niet in gevaar gebracht wordt» («Naar een vernieuwd beleid inzake misdaadbestrijding», *Bull. Bestuur Strafr.*, 1974, 188).

³² Wij denken hier aan de in 1971 opgerichte Oriëntatie en Behandelingseenheden (O.B.E.), bestaande uit een psychiater (meestal de geneesheer-antropoloog), een psycholoog en een sociaal assistent, welke evenwel nog niet overal bestaan of doelmatig functioneren. Een toevoeging van criminologen of sociologen lijkt ons wenselijk.

³³ In dit verband schrijft MORRIS o.i. terecht: «We must abandon the model of physical medicine as a guide. Education, vocational training, counseling, and group therapy should continue to be provided but on an entirely voluntary basis. There should be no suggestion that a prisoner's release may be accelerated because of participation in such programs, nor that it might be delayed or postponed because of failure to participate. Nor in reality should these factors have anything to do with the length of sentence served. The approach adopted should be in no way coercive but simply facilitative. Rehabilitative purposes must become collateral to prison purposes» N. MORRIS, *The future of imprisonment*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1974 p. 17-18).

³⁴ Zie nr.12

³⁵ In deze commissie zouden volgende leden zitting nemen: a. de directeur van de gevangenis waar de veroordeelde verblijft; b. een lid van een oriënterings- en behandelingseenheid van een gevangenis; c. de inspecteur van de penitentiaire sociale dienst van de provincie; d. een afzetbaar lid van de Beheerscommissie, met uitsluiting van de leden die tot de rechterlijke orde zouden behoren. Het voorzitterschap wordt waargenomen door een werkend zittend magistraat van het hof van beroep of van de rechtbank van eerste aanleg van het rechtsgebied van het hof van beroep waarin de strafinrichting gelegen is.

³⁶ Beslissingen i.v.m. de voorwaardelijke en voorlopige invrijheidstelling, de terbeschikkingstelling van de regering en het penitentiair verlof worden door de minister van Justitie (hoofd van de Penitentiaire Administratie) genomen. Beslissingen i.v.m. weekindarresten of beperkte hechtenis worden door het parket genomen.

penitentiare en aanverwante problemen een uitgesproken belangstelling heeft³⁷. De aanwijzing van de executierechter zou kunnen gebeuren door de eerste voorzitter van het hof van beroep³⁸.

Thans bekommeren weinig strafrechters zich om de eigenlijke strafuitvoering, hetgeen niet zo verwonderlijk is daar hun taak eindigt bij de uitspraak van het vonnis³⁹. Om dit euvel enigszins te verhelpen zou een beurtsysteem kunnen worden ingesteld, waardoor elke rechter op het niveau van de rechtbank van eerste aanleg de gelegenheid kan krijgen om gedurende een bepaalde tijd (bv. vijf jaar) de functie van executierechter waar te nemen⁴⁰. Deze actieve betrekking van de strafrechter bij de uitvoering van de straf zal onvermijdelijk de wijze van bestraffing beïnvloeden wanneer de executierechter na verloop van een zekere periode opnieuw zijn taak als vonnisrechter moet opnemen⁴¹.

Wat het aantal executierechters betreft, lijkt het o.i. overdreven om aan elke strafinrichting een magistraat te verbinden⁴². Gedacht zou kunnen worden aan één executierechter per gerechtelijk arrondissement. Indien de omstandigheden het vereisen, kunnen er vanzelfsprekend meer zijn.

b) *Bevoegdheid ratione materiae*

De executierechter zal, behoudens in enkele gevallen waar zijn optreden beperkt wordt tot het uitbrengen van een advies, beslissingen nemen die thans tot het bevoegdheidsdomein van het bestuur of het parket behoren.

1) Toezicht op de strafuitvoering

18. De executierechter zal zijn controletaak slechts naar behoren kunnen vervullen als hij op geregelde tijdstippen een bezoek brengt aan strafinrichtingen alwaar hij zich met gedetineerden kan onderhouden. Hierdoor kan de strafuitvoering aan een zeker toezicht worden onderworpen, terwijl persoonlijke contacten met gedetineerden ertoe kunnen bijdragen dat de rechter met kennis van zaken bepaalde beslissingen kan nemen.

Door aan de rechter deze bevoegdheid te verlenen komen we tegemoet aan één van de voorschriften van

de Europese versie van de Minimumregels voor de Behandeling van Gedetineerden⁴³.

2) Keuze van de inrichting

19. Zonder aan de executierechter beslissingsrecht te willen verlenen bij de keuze van de inrichting waar de vrijheidsstraf zal worden uitgevoerd, komt het ons nochtans wenselijk voor dat advies aan de rechter wordt gevraagd. Een dergelijk advies zou ook ingewonnen moeten worden wanneer men tijdens de detentie de veroordeelde naar een andere inrichting wil overbrengen. De bevoegdheid van de executierechter in deze aangelegenheid is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die welke de Commissie tot Bescherming van de Maatschappij heeft inzake internering⁴⁴.

3) Weekeindarresten - Beperkte hechtenis - Halve vrijheid

20. Weekeindarresten is de uitvoeringswijze van korte gevangenisstraffen⁴⁵ door een vrijheidsberoving van vrijdagavond of zaterdagmiddag tot maandagmorgen⁴⁶.

De beperkte hechtenis daarentegen geeft de veroordeelde, die opgesloten wordt om zijn straf op ononderbroken wijze te ondergaan, de gelegenheid dagelijks de gevangenis te verlaten ten einde zijn beroepsactiviteiten of studies te kunnen voortzetten⁴⁷. De toelating tot beide regimes kan slechts door het parket worden verleend en wel voordat de strafuitvoering begint. Eenmaal opgesloten moet de veroordeelde zich tot het Bestuur Strafinrichtingen wenden om de halve vrijheid te verzoeken indien hij een gelijkaardig regime wenst te genieten⁴⁸.

21. Ter gelegenheid van een globale herziening van het Strafwetboek zal ervoor gezorgd moeten worden dat bovengenoemde modaliteiten van strafuitvoering niet langer geregeld blijven door ministeriële circulaire maar wel hun plaats in het Strafwetboek krijgen⁴⁹. Zo zal dan de strafrechter i.p.v. het parket kun-

⁴³ Paragraaf 56,2 bepaalt: «De naleving van de individuele rechten van de gedetineerden, inzonderheid de wettelijkheid van strafuitvoering, moet verzekerd zijn door een toezicht dat overeenkomstig de nationale reglementering uitgeoefend wordt, door een rechterlijke overheid of door elke andere overheid die wettelijk gemachtigd is de gedetineerden te bezoeken en die niet tot de penitentiare administratie behoort.» Op 19 januari 1973 heeft het Ministercomité van de Raad van Europa door zijn resolutie (73) 5 de Europese versie van het Geheel van Minima Regels voor de Behandeling van de Gedetineerden aangenomen. Ter zake gaat het om een herziening van het Geheel van Minima Regels dat in 1955 te Genève werd aangenomen door het Eerste Congres van de Verenigde Naties ter voorkoming van de misdaad en de behandeling van de misdadigers.

⁴⁴ Zie de artikelen 14 en 15 van de wet van 1 juli 1964. De Commissie tot Bescherming van de Maatschappij heeft echter beslissingsrecht.

⁴⁵ Bull. Bestuur. Strafinr., Vijfjaarlijks verslag 1970-75, 1975, 444.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Alle strafuitvoeringsmodaliteiten moeten een wettelijke basis krijgen.

³⁷ Ook de procureur-generaal Matthijs eist gelijkaardige benoemingsvoorwaarden voor de voorzitter van de door hem voorgestelde Penitentiare Commissie (MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 234).

³⁸ Ook de voorzitter van de Penitentiare Commissie moet door de eerste voorzitter van het hof van beroep aangewezen worden (MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 234).

³⁹ ALBERS, gec. in noot 2, p. 2048.

⁴⁰ Ook raadsheren in het hof van beroep kunnen in aanmerking komen.

⁴¹ De rechter zal immers beseffen wat het betekent aan de veroordeelde een bepaalde straf op te leggen.

⁴² Een gelijkaardige opmerking werd gemaakt voor de eventueel op te richten Penitentiare Commissies (MATTHIJS, gec. noot 4, p. 233).

nen beslissen dat een straf volgens het regime van de weekeendarresten of de beperkte hechtenis uitgevoerd zal worden. Als de veroordeelde eenmaal zijn vrijheidsstraf ondergaat moet de beslissing door de executierechter genomen worden. Door aan deze magistraat de bevoegdheid te verlenen beslissingen te nemen i.v.m. de beperkte hechtenis kan men de halve vrijheid, die een vrijwel analoge maatregel is, afschaffen⁵⁰.

Uit recente statistieken blijkt dat allengs de tendens ontstaat om aan langer gestraften, die niet voortijdig in vrijheid werden gesteld, halve vrijheid te verlenen gedurende de laatste periode van de opsluiting en dit ter voorbereiding van hun definitieve terugkeer in de maatschappij⁵¹. Het komt ons dan ook voor dat de executierechter, zelfs in geval van een veroordeling tot een zware vrijheidsstraf, moet kunnen beslissen dat de straf naar het einde toe ondergaan zal worden volgens het regime van de weekeendarresten of de beperkte hechtenis⁵². Tot slot wijzen we erop dat de executierechter de intrekking van de weekeendarresten of de beperkte hechtenis moet kunnen bevelen telkens als een veroordeelde het in hem gestelde vertrouwen heeft beschaamd⁵³.

4) Voorwaardelijke invrijheidstelling

22. De wet op de voorwaardelijke invrijheidstelling, die negentig jaar geleden ongetwijfeld een mijlpaal was in de ontwikkeling van het Belgisch strafrecht, wordt de laatste jaren steeds meer aan kritiek onderworpen. Zo wordt o.m. betreurd dat het soms vrij lang duurt eer de mogelijkheid tot een vervroegde invrijheidstelling wordt onderzocht⁵⁴. Het in behandeling nemen van een zaak gebeurt vaak in een sfeer die getuigt van een gebrek aan openheid jegens de betrokkene. Heel het verloop van de procedure is gehuld in een sluier van geheimzinnigheid zodat het voor de veroordeelde dikwijls zeer moeilijk zo niet onmogelijk is de redenen te achterhalen die aan weigering tot voorwaardelijke invrijheidstelling ten grondslag liggen⁵⁵. Wij menen dan ook dat de beslissingsmacht die thans bij de minister van Justitie berust⁵⁶ moet worden verlegd naar de executierechter. Hierdoor krijgt de betrokkene de waarborg dat de zaak door een onafhankelijke rechter wordt onderzocht. Bij het uitwerken van procedureregels moet men er tevens voor zorgen dat de gedetineerde, meer dan thans het geval is, betrokken wordt bij de behandeling van zijn zaak.

⁵⁰ Voor meer bijzonderheden over de halve vrijheid zie: *Bull. Bestuur.Strafinr.*, Vijfjaarlijks verslag 1970-75, 1975, 449 e.v.

⁵¹ *Ibid.*, p. 450.

⁵² Thans is het niet mogelijk te beslissen dat de straf naar het einde toe ondergaan zal worden volgens het regime van de weekeendarresten.

⁵³ Het is logisch dat degene die de beslissing neemt deze ook kan herroepen.

⁵⁴ DE BRIEY, gec. in noot 20, p. 108 en 109.

⁵⁵ *Ibid.*, p.109.

⁵⁶ Artikel 5 van de wet van 31 mei 1888.

23. Vanzelfsprekend zal de executierechter de veroordeelde slechts voorwaardelijk in vrijheid kunnen stellen indien deze laatste een gedeelte van zijn straf heeft ondergaan. Zonder aan de door artikel 1 van de wet van 1888 vereiste tijdsvoorwaarden te willen raken, menen wij niettemin dat de minimumtermijnen van drie en zes maanden best geschrapt worden⁵⁷. Hierdoor wordt het mogelijk personen die tot vrij korte straffen worden veroordeeld, vroegtijdig in vrijheid te stellen. Terloops zij opgemerkt dat een gelijkaardig voorstel geformuleerd werd door de werkgroep die advies heeft uitgebracht over mogelijke wijzigingen van de wet op de voorwaardelijke invrijheidstelling.

Om te vermijden dat een zaak op de lange baan wordt geschoven moet ervoor gewaakt worden dat de rechter, voor elke veroordeelde die zich in de tijdsvoorwaarden bevindt, de mogelijkheid tot voorwaardelijke invrijheidstelling onderzoekt. Wij onderschrijven dan ook volledig een analoog voorstel uitgaande van bovengenoemde werkgroep en voegen eraan toe dat de gedetineerde het recht moet hebben zelf de zaak bij de rechter aanhangig te maken wanneer de tijdsvoorwaarden vervuld zijn zonder dat de zaak in behandeling werd genomen.

24. Voordat de rechter een beslissing neemt moet hij het advies inwinnen van al degenen die nuttige informatie kunnen verschaffen over de reclasseringskansen en -mogelijkheden van de betrokkene⁵⁸. Het komt ons als noodzakelijk voor dat steeds een schriftelijk en gemotiveerd advies wordt gevraagd aan de directie en het gedragswetenschappelijk team dat in de gevangenis werkzaam is⁵⁹.

25. Zo wij opteren voor een procedure die in een sfeer van openheid en vertrouwen zou kunnen verlopen, dan lijkt de aanwezigheid van de veroordeelde (al dan niet bijgestaan door een advocaat) een vereiste. De vrees dat door de aanwezigheid van een advocaat zich voor de rechter een nieuw «strafproces» zal afwickelen lijkt o.i. ongegrond en kan opgevangen worden door in een meer informele procedure te voorzien⁶⁰. In dat verband kunnen we de procedure voor de jeugdrechter als voorbeeld aanhalen. De advocaat krijgt dan ook een functie die fundamenteel verschillend is van die welke hij in een klassiek strafproces heeft⁶¹. De rechter zal immers samen met de Penitentiaire Administratie, het gedragswetenschappelijk team, ... en de advocaat moeten zoeken naar een oplossing die zowel voor de veroordeelde als voor de gemeenschap de invrij-

⁵⁷ Zes maanden in geval van wettelijke herhaling.

⁵⁸ Niemand, dus ook het openbaar ministerie niet, wordt uitgesloten.

⁵⁹ Wij durven te hopen dat binnen afzienbare tijd voor elke gevangenis een oriënterings- en behandelingseenheid zal bestaan.

⁶⁰ Zie infra, d) Procedure.

⁶¹ Er is hier dan ook geen sprake van een «beschuldiging» en een «verdediging».

heidstelling weigert, is de aanwezigheid van de veroordeelde gewenst, omdat hij also rechtstreeks van de rechter de redenen kan vernemen die determinerend zijn geweest voor de weigering⁶².

26. De beslissing waardoor de veroordeelde voorwaardelijk in vrijheid wordt gesteld, moet de maatregelen omschrijven die de betrokkene gehouden is na te leven alsook de wijze waarop het toezicht en de bijstand georganiseerd worden tijdens de proefperiode⁶³. In tegenstelling tot hetgeen thans vaak gebeurt, zou de veroordeelde de gelegenheid moeten krijgen om voor zijn invrijheidstelling contact op te nemen met degenen die met het toezicht en de bijstand worden belast, zodat de opproefstelling kan verlopen in een sfeer van wederzijds vertrouwen⁶⁴. Ook tijdens de proefperiode moet de rechter de veroordeelde blijven volgen. Daarom kan gedacht worden aan een periodieke rapportageplicht van degenen die verantwoordelijk zijn voor het toezicht en de bijstand⁶⁵. Op verzoek van deze laatsten, van de procureur des Konings, van de veroordeelde of ambtshalve moet de rechter de voorgeschreven maatregelen kunnen wijzigen of opschorten. Hoewel het niet-naleven van de opgelegde maatregelen niet automatisch de intrekking van de voorwaardelijke invrijheidstelling tot gevolg mag hebben, moet de rechter niettemin in ernstige gevallen of wanneer een misdrijf in de proefperiode wordt gepleegd, zijn vroeger genomen beslissing kunnen herroepen⁶⁶.

5) Voorlopige invrijheidstelling

27. De voorlopige invrijheidstelling is een «tijdelijke onderbreking» van de vrijheidsstraf die door de minister van Justitie bevolen wordt⁶⁷.

In 1969 werd met ministeriële instemming overeen gekomen dat de voorlopige invrijheidstelling in de volgende gevallen in overweging kan worden genomen : met het oog op gratie ; met het oog op voorwaardelijke invrijheidstelling ; wanneer gezondheidsredenen ertoe nopen ; wanneer het om vreemdelingen gaat die het voorwerp zijn van een besluit tot terugwijzing of uitzetting uit het land en dus niet voor voorwaardelijke invrijheidstelling in aanmerking komen ; met het oog op collocatie ; om familiale redenen ; om professionele redenen ; wanneer de invrijheidstelling slechts betrekking heeft op plaatsvervangende gevangenisstraffen, na betaling van een voorschot op de boeten en de gerechtskosten⁶⁸. Het komt ons wenselijk voor dat ook

inzake voorlopige invrijheidstelling het beslissingsrecht aan de executierechter wordt toegekend.

Vanzelfsprekend veronderstelt deze hervoming dat de rechter zijn bevoegdheid niet uit ministeriële circulaire maar wel uit de wet zou putten.

In bepaalde gevallen moet het bestuur echter zelf tot een tijdelijke onderbreking van de straf kunnen besluiten. Denken we bv. aan de voorlopige invrijheidstelling om gezondheids- of familiale redenen waarbij doorgaans niet gewacht kan worden op een rechterlijke beslissing⁶⁹.

6) Terbeschikkingstelling van de regering

28. Krachtens de artikelen 24 en 25 van de wet van 1 juli 1964 kan de terbeschikkingstelling van de regering toegepast worden op twee categorieën van delinquenten : de recidivisten en de gewoontemisdadigers.

De tenuitvoerlegging van deze maatregel⁷⁰ begint na afloop van de straf «zo daartoe termen zijn»⁷¹. Dit betekent dat de regering, op voorstel van het betrokken bestuur, op soevereine wijze kan beslissen of al dan niet tot internering wordt overgegaan⁷². De minister van Justitie kan dus na afloop van de straf de invrijheidstelling bevelen indien, gelet op de vastgestelde verbetering, de uitvoering van de maatregel niet meer als gerechtvaardigd voorkomt⁷³. Ook tijdens de uitvoering van de terbeschikkingstelling kan de minister de voortijdige invrijheidstelling bevelen⁷⁴.

In de lijn van hetgeen boven reeds voor de voorwaardelijke en voorlopige invrijheidstelling werd voorgesteld, lijkt het logisch dat de beslissingsmacht, die nu bij de minister van Justitie berust, naar de executierechter overgeheveld wordt. Indien de rechter tot de uitvoering van de terbeschikkingstelling besluit, moet hij het regime kunnen bepalen waaraan de veroordeelde tijdens een proefperiode onderworpen zal worden⁷⁵. De mogelijkheid die thans de minister van Justitie en de correctionele kamer van het hof van beroep heeft om een veroordeelde vroegtijdig in vrijheid te stellen, zou ook aan de executierechter moeten worden verleend⁷⁶.

7) Penitentiair verlof

29. Het penitentiair verlof is een vrij korte onderbreking van de vrijheidsstraf die door de minister van Justitie bevolen wordt⁷⁷. Het is een middel om het

⁶² DE BRIEY, gec. in noot 20, p. 118-119.

⁶³ De commissie die advies heeft uitgebracht over mogelijke hervormingen van de wet op de voorwaardelijke invrijheidstelling heeft een termijn voorgesteld die kan schommelen tussen een en vijf jaar naar gelang van de bijzonderheden van het geval.

⁶⁴ DE BRIEY, gec. in noot 20, p. 113.

⁶⁵ In die zin MATTHIJS, gec. in noot 5, p. 233.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 232-233.

⁶⁷ VANHOUDT en CALEWAERT, gec. in noot 27, p. 1015.

⁶⁸ *Bull. Bestuur Strafinr.*, gec. in noot 45, p. 456-457.

⁶⁹ In die zin DE BRIEY, gec. in noot 20, p. 126.

⁷⁰ Deze maatregel wordt door het Hof van Cassatie als een straf beschouwd (Cass., 22 juli 1955, *Pas.*, 1955 I, 1270).

⁷¹ Art. 25 van de wet van 1 juli 1964.

⁷² VANHOUDT en CALEWAERT, gec. in noot 27, p. 565.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ In die zin MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 232.

⁷⁶ Zie artikel 26 van de wet van 1 juli 1964.

⁷⁷ Zie circulaire 1254/1 van 30 april 1976, *Bull. Bestuur Strafinr.*, 1976, p. 151.

isolement van het penitentiair milieu te verzachten en de betrekkingen met familie en maatschappij te bevorderen⁷⁸. Ook in deze aangelegenheid zijn wij geneigd het beslissingsrecht toe te vertrouwen aan de executierechter.

8) Disciplinaire sancties

30. Zo de rechter met een algemeen toezicht op de uitvoering van de straf wordt belast, dan menen wij niettemin dat het recht om disciplinaire sancties aan de gedetineerde op te leggen aan het bestuur toekomt. Er zou echter gedacht kunnen worden aan een hoger beroep voor de executierechter wanneer het ernstige disciplinaire sancties betreft zoals bijvoorbeeld de totale afzondering.

Ook in gevallen waar de fundamentele rechten van gedetineerden beperkt worden, lijkt het wenselijk in de mogelijkheid van een hoger beroep te voorzien. De tussenkomst van de executierechter in deze aangelegenheden wordt slechts mogelijk indien de wetgever een statuut voor gedetineerden uitwerkt waarin de belangrijkste fundamentele rechten worden omschreven.

c) *Bevoegdheid ratione loci*

31. De territoriale bevoegdheid van de rechter zou, naar ons oordeel, niet moeten worden bepaald naar de plaats waar de definitieve veroordeling werd uitgesproken, noch naar de wettelijke woonplaats van de veroordeelde, maar wel naar de plaats waar de straf wordt ondergaan⁷⁹.

d) *Procedure*

32. Zoals hierboven reeds werd aangetoond, moet men bij het uitwerken van een procedure voor de executierechter zich kunnen bevrijden van het «duel judiciaire» dat het klassieke strafproces typeert⁸⁰. Om

die reden opteren wij dan ook voor een meer informele procedure die eerder de kenmerken van een «hearing» vertoont⁸¹.

De rechter moet elke persoon die nuttige informatie kan verschaffen m.b.t. de zaak die in behandeling is, kunnen horen of eventueel zijn schriftelijk advies inwinnen. Ook voor de advocaat die de veroordeelde kan bijstaan t.g.v. een verschijning voor de executierechter lijken nieuwe taken weggelegd, hetgeen wij reeds benadrukten bij de voorwaardelijke invrijheidstelling⁸².

33. Zo het juridisch althans argumenteerbaar is in hoger beroep te voorzien tegen beslissingen van de executierechter, dan dient toch te worden opgemerkt dat hierdoor het sereen klimaat waarin de behandeling van een zaak moet verlopen, kan worden verstoord⁸³. Er kan immers gevreesd worden dat elke beslissing van de rechter aangevochten zal worden, zodat het gevaar bestaat dat wij alleszins in hoger beroep een debat kunnen meemaken dat de allures van het te verwerpen «duel judiciaire» vertoont.

Anderzijds is het misschien niet zo overdreven in een vorm van controle op de rechter te voorzien aangezien wij aan deze magistraat vrij uitgebreide bevoegdheden willen verlenen⁸⁴. Wij zijn er echter van overtuigd dat wanneer alle betrokkenen de indruk hebben dat de zaak in openheid en zonder vooringenomenheid werd behandeld, het instellen van een hoger beroep eerder tot de theoretische mogelijkheden zal behoren.

34. Bij de aanvang van deze verhandeling werd erop gewezen dat het thema dat door de organisatoren van dit congres voor de sectie strafrecht werd gereserveerd, brandend actueel is. Wij hopen dan ook met dit preadvies een bescheiden bijdrage te hebben geleverd in het zoeken naar mogelijkheden om een rechter bij de strafuitvoering te betrekken.

⁸¹ Naar analogie van hetgeen thans voor de jeugdrechtsbank gebeurt.

⁸² Zie nr. 25.

⁸³ In die zin MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 240 e.v.

⁸⁴ Een executierechter in hoger beroep zou van deze zaken kennis kunnen nemen. Het is echter vrij moeilijk te bepalen aan welke personen het recht om hoger beroep in te stellen zal worden verleend alsook de beslissingen op te sommen die aangevochten kunnen worden.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ In die zin MATTHIJS, gec. in noot 4, p. 233.

⁸⁰ J. GRAVEN, «Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociale», *Revue pénale suisse*, 1950, 82 e.v.