

OPROEP AAN DE LEZERS

Zoals u reeds in het eerste nummer hebt gelezen, nemen wij vanaf deze jaargang ook artikelen op. De redactie zou het ten zeerste op prijs stellen uw suggesties i.v.m. onderwerpen of auteurs te mogen ontvangen. Voelt u zich geroepen om zelf een bijdrage te leveren, dan is uw inspanning zeker welkom.

DE KRAAI EN DE PUIT

DE RETROACTIEVE WET IN HET LICHT VAN DE BEGINSELEN VAN 1-2 BEHOORLIJKE WETGEVING

P. VAN ORSHOVEN, *hoogleraar K.U. Leuven*

I. RETROACTIEVE WETTEN

1. De fictie van de retroactiviteit *sensu stricto*

1. Een uiteenzetting moet beginnen met de omschrijving van haar voorwerp, vooreerst haar materieel voorwerp, d.i. de retroactieve wet.

Wat de "wet" betreft, weet iedereen dat het begrip dubbelzinnig is. Hier gaat het uiteraard om de wet in de *materiële* betekenis, d.i. elk algemeen verbindend gedragsvoorschrift, uitgevaardigd door één of andere overheid, en niet om de *formele* wet, d.i. een beslissing van een wetgevende macht. Het lijkt immers geen twijfel dat het probleem van de retroactiviteit van de daarbij uitgevaardigde gedragsregels, anderzijds niet minder hinderlijk is wanneer zij uitgaat van de uitvoerende macht.

2. Retroactiviteit of terugwerkende kracht is een nog minder eenduidig begrip. Op dit stuk bestaan er overigens nogal wat misverstanden, blijkbaar zelfs een mythe van de retroactiviteit.

In letterlijke, en dus strikte zin, is een retroactieve wet een wet – abstractie gemaakt van het ogenblik waarop ze werd bekendgemaakt, zij het ten onrechte, zoals dadelijk zal blijken – die in werking treedt vooraleer ze werd uitgevaardigd. L.P. SUTTENS schreef: voortaan zal men handelen alsof het verleden niet was wat het is geweest. Het gaat dus om een fictie, een juridisch bedenkfel dat niet beantwoordt aan de werkelijkheid. Bovendien is die fictie zinloos. Een materiële wet is immers een gedragsvoorschrift, zodat een werkelijk retroactieve wet een bevel is dat moest worden nageleefd op een ogenblik dat het nog niet was gegeven. Nu is dergelijk bevel onmogelijk na te leven, en precies omwille van die onmogelijkheid kan het juridisch evenmin hard gemaakt worden, wat de kern is van het overmachtbeginsel. Met de woorden van het Hof van Cassatie, in een arrest van 27 maart 1919: "*Het elementaire beginsel dat niemand tot het onmogelijke gehouden is, heeft tot gevolg dat overmacht de menselijke wil beheerst, de toepassing van de wet onmogelijk maakt en noodzakelijk een uitzondering op*

¹ Uiteenzetting gehouden op de studiedag "De retroactiviteit van rechtsregels", ingericht door Jura Falconis de Leuven op 14 februari 1997.

² Met opzet werd in deze uitgeschreven lezing de gebruikelijke *basso continuo* van voetnoten (*sic.* R. SOETAERT) achterwege gelaten. Wie meer of beter wil weten over retroactiviteit, rechtszekerheid en beginselen van behoorlijke wetgeving, raadplege o.m. L. BESSELINK, «De intertemporele werking van rechtsregels en rechtszekerheid», *T.B.P.*, 1991, 174-179; F. BLANCQUAERT, «Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!», *Jura Falc.*, 1996-97, 11-64; H. CASMAN, «Toepassing van de wet in de tijd en overgangsrecht», in X., *Appartementsmede-eigendom*, 1997, 287-303; H. CROMBAG, «Vier paradoxen van de rechtszekerheid», *R.W.*, 1993-94, 1476-1481; D. D'HOOGHE, «Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid», *R.W.*, 1993-94, 1091-1103; K. LEUS, «Contra legemwerking van het rechtszekerheidsbeginsel, meer in het bijzonder van het vertrouwensbeginsel», *Not. Fisc. M.*, 1993, 72-74; G. MARCHAL, «L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil», 1983; P. POPELIER, «Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak», *T.P.R.*, 1995, 1049-1114; L.P. SUTENS, «De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht», *R.W.*, 1993-94, 1313-1318; L.P. SEUTENS, «De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties», *Fiskofoon*, 1993, 218-222; W. VAN GERVEN, «Beginselen van Belgisch privaatrecht. I. Algemeen deel», 1969, 61-73; P. VAN ORSHOVEN, «Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen», *Doorwerking van het publiekrecht in andere rechtstakken*, 1997 (ter perse); A. VERHEYDEN, «Les principes de droit transitoire et leur application à la loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992», *R.G.A.R.*, 1995, afl. 6, nr. 12.465.

alle rechtsregels betekent, zelfs als die regels van openbare orde zijn".

Een voorbeeld zet dit in de verf, en maakt meteen duidelijk wat wèl mogelijk is, waaraan dan in de volgende paragrafen aandacht zal worden besteed. Artikel 2, § 1, van het Koninklijk Besluit van 15 mei 1990 "tot het verbieden van het roken in bepaalde openbare plaatsen" – het zogenaamde "rookverbodsbesluit", dat meestal wordt aangeplakt met referentie aan zijn voorganger, het Koninklijk Besluit van 31 maart 1987 – bepaalt dat het verboden is te roken in gesloten plaatsen die toegankelijk zijn voor het publiek en die deel uitmaken van inrichtingen of gebouwen waar een hele reeks – acht in getal – activiteiten plaatsvinden, van het leveren van diensten aan het publiek – m.i.v. cafés en restaurants – over het verstrekken van onderwijs tot het beoefenen van sport. Artikel 3, § 1, van het originele besluit maakte hierop uitzondering, door toe te staan dat "in de artikel 2, § 1 bedoelde inrichtingen en gebouwen" aan de rokers voorbehouden ruimten werden ingericht, waar dus wèl mocht worden gerookt. Die bepaling werd gewijzigd bij het Koninklijk Besluit van 7 februari 1991, bekendgemaakt in het Staatsblad van 19 april 1991: in artikel 3, § 1, vervangen door "artikel 2, § 1, 1°". Concreet betekent dit dat de mogelijkheid om "smoker's corners" in te richten sedertdien beperkt is tot plaatsen waar diensten worden verstrekt aan het publiek, en dus niet meer mag in de andere "inrichtingen en gebouwen", zoals onderwijsinstellingen, sportcomplexen, enz...

Sedertdien? Het wijzigingsbesluit is krachtens zijn laatste artikel in werking getreden op 1 januari 1991. Met andere woorden: ten vroegste op 19 april 1991 kon u in het Staatsblad lezen dat de Koning u reeds op 7 februari 1991 verbod had opgelegd, bovendien met ingang van 1 januari, om te roken in sommige plaatsen, alhoewel u daar ten minste gedurende de periode van 1 januari tot 18 april 1991 – 3,5 maanden – een bordje had zien hangen "voorbehouden voor rokers" ... Vanzelfsprekend had het retroactief karakter van dit verbod weinig zin. Mocht men u overigens verwijten het in de loop van de vermelde periode geschonden te hebben, u zou ongetwijfeld vrijuit gaan op grond van het aangehaalde overmachtbeginsel.

2. Retroactiviteit *sensu lato* of de wijziging van de rechtsgevolgen van een voldongen rechtsfeit

3. Wat wèl zin heeft is een bevel geven *voor* de toekomst, maar met betrekking tot de *gevolgen* van gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden, of van situaties die destijds door die gedragingen in het leven zijn geroepen: de wijziging van juridische gevolgen van *voldongen* feiten, die, precies omdat zij rechtsgevolgen hebben, rechtsfeiten uitmaken in de ruime zin, d.w.z. ofwel rechtshandelingen, ofwel rechtsfeiten *sensu stricto*. Hier is geen sprake van retroactiviteit, maar het effect ervan is daarmee zeer vergelijkbaar, opnieuw omdat men de klok niet kan terugdraaien en het gedrag dat het bewuste rechtsfeit uitmaakt alsnog aan de dag leggen indien dat nog niet was gebeurd, en vooral, ongedaan

maken wat reeds is verricht en waarvan de gevolgen pas later ontstaan en dus aan het licht komen.

Dit is precies het geval met het retroactieve rookverbodsbesluit, dat immers strafrechtelijk kracht is bijgezet. Gedrag dat destijds niet was verboden en waarvan een retroactief verbod op zichzelf zinloos is, omdat men dat verbod toch niet kan naleven, is strafbaar gesteld, en dit is niet zinloos, want niets anders dan een bevel voor de toekomst, ditmaal aan de strafrechter om u te straffen voor wat u hebt gedaan, het weze op een ogenblik waarop het nog niet was verboden. Dit kan ook met burgerlijke sancties, bijvoorbeeld nietigheid: de wetgever kan nietig verklaren wat destijds geldig tot stand is gekomen, en dus voor de toekomst gebieden – aan de partijen en uiteindelijk aan de rechter – om te doen alsof een rechtshandeling uiteindelijk niet bestaat: *quod nullum est, nullum producit effectum*.

Nog ruimer: in een bepaalde rechtsverhouding moet voortaan of mag niet meer wat destijds, toen die rechtsverhouding tot stand kwam, niet hoefde of wel degelijk moest, op grond waarvan die verhouding allicht werd aangegaan. Zo zou de wetgever aan het lijstje van de huwelijkse verplichtingen van artikel 213 van het Burgerlijk Wetboek – samenwoning, getrouweid, hulp en bijstand – bijvoorbeeld "liefde" kunnen toevoegen, wellicht tot verrassing van wie destijds uitsluitend omwille van de op dat ogenblik voorgeschreven rechtsgevolgen van het huwelijk is getrouwd of zich daar na verloop van tijd toe heeft beperkt, *quod plerumque fit*, zonder risico op echtscheiding wegens wanprestatie ... Alle gekheid op een stokje: ernstige voorbeelden zijn realistischer. Zo werd het emeritaat op 70-jarige leeftijd van de universiteitsprofessoren en sommige magistraten vervangen door een pensioen op 65 jaar, en men heeft niet gearzeld de nieuwe regeling onmiddellijk toe te passen, financiële gevolgen inbegrepen. Zo ook werd het pensioen – het "uitgesteld loon" – van de ambtenaren "afgetopt", ook voor diegenen die daarmee bij het begin van hun carrière per hypothese geen rekening had gehouden.

De betrokkenen of anderen hebben gezegd dat retroactieve wetten werden uitgevaardigd. Niets was minder waar: de wetgever heeft slechts voor de toekomst, zij het "onmiddellijk toepasselijke" bevelen uitgevaardigd en daarbij van geen "verworven rechten" willen weten. Niettemin waren de betrokkenen er erger aan toe dan met een retroactief bevel, dat toch niet uitvoerbaar is, terwijl een prospectief bevel wel degelijk nageleefd kan worden.

En dit is de kern van alles wat retroactief wordt genoemd of daarmee in verband wordt gebracht: zeer uiteenlopende gevallen waarin de rechtsgevolgen van voldongen rechtsfeiten worden gewijzigd, terwijl de verschillen tussen die gevallen niet wezenlijk zijn of slechts gradaties qua intensiteit uitmaken. Zo heeft retroactieve inwerkingtreding van de wet – a.h.w. de verandering van de regels van het spel nadat het is gespeeld – op zichzelf geen zin, behalve wanneer de rechtsregels negatief gesanctioneerd wordt, want het opleggen van de sanctie kan wel degelijk in de toekomst, na de uitvaardiging en bekendmaking van de norm die toepasselijk is op het

gedrag dat daaraan voorafgaat, bijvoorbeeld het roken, in één van onze universitaire gebouwen, van 1 januari tot 18 april 1991.

4. De (al dan niet verrassende) wijziging van de rechtsgevolgen van gedrag uit het verleden, omwille van de toepasselijkheid van de nieuwe wet op de oude rechts toestanden – a.h.w. de wijziging van de regels in de loop van het spel – is merkwaardig genoeg de algemene regel, meer bepaald een algemeen rechtsbeginsel dat “onmiddellijke uitwerking” van de nieuwe wet wordt genoemd. Naar luid daarvan is elke nieuwe wet in beginsel onmiddellijk toepasselijk, niet alleen op wie zich (met kennis van zaken) in haar werkingssfeer begeeft, maar ook op wie zich reeds tevoren – *avant la lettre* – in die werkingssfeer bevond. Gevolg daarvan is dat de oude regeling geen toepassing meer vindt, zodat de nieuwe “exclusieve werking” heeft.

Zo heeft het Hof van Cassatie nog op 13 mei 1996 herhaald: “*Overwegende dat in de regel een nieuwe wet niet enkel van toepassing is op de toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane toestand, die zich voordoen of die voortduren onder vigeur van de nieuwe wet (...)*”.

5. Een eerste uitzondering op die “onmiddellijke uitwerking” luidt, met de woorden van het Hof van Cassatie in hetzelfde arrest: “*(...) voor zover daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten*”.

Nu zijn “onherroepelijk vastgestelde rechten” – een voor discussie vatbaar, weinig objectief begrip. Gelukkig komt de wetgever aan de daardoor veroorzaakte rechtsonzekerheid vaak tegemoet, door voor die oude rechtstoestanden die in zijn ogen “verworven rechten” verdienen in overgangsrecht te voorzien. In die gevallen heeft de nieuwe wet zogenaamde “eerbiedigende werking” en laat zij de gevolgen van onder het regime van de oude regeling tot stand gekomen rechtstoestanden (min of meer) ongemoeid. Een tijdlang gelden er dan twee regelingen: de ene – de nieuwe waarvan de werkingssfeer beperkt wordt tot de toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, de andere – de oude – die nog een tijdje blijft gelden voor de oude – gaandeweg uitdovende – toestanden, die dus geëerbiedigd worden. Zo bepaalt artikel 16 van de wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken: “Deze wet regelt de vergoeding van schade veroorzaakt door gebrekkige producten die na haar inwerkingtreding in het verkeer zijn gebracht.”

Om het wat moeilijker te maken: inzake overeenkomsten is de uitzondering van de “eerbiedigende werking” de *regel*, tenzij daarop opnieuw uitzondering die dan opnieuw “onmiddellijke uitwerking” uitmaakt, moet worden gemaakt, ofwel omdat dit niet anders kan, ofwel omdat de wetgever dat uitdrukkelijk heeft gewild. Nog steeds uit hetzelfde arrest van 13 mei 1996 van het Hof van Cassatie: “*(...) dat echter inzake overeenkomsten de oude wet van toepassing blijft, tenzij de nieuwe wet van openbare orde is of uitdrukkelijk toepassing voorschrijft op de lopende overeenkomsten*”.

6. Wat doorgaans als tweede uitzondering op de “onmiddellijke uitwerking” wordt beschouwd is de retroactieve wet, zij het dat de schrijver van deze regels daarvan niet overtuigd is. Zoals reeds gezegd is werkelijke retroactiviteit immers zinloos en is er in werkelijkheid hoogstens sprake van een wijziging van de doorgaans *formeelrechtelijke* gevolgen – de sanctionering *sensu lato* – van voldongen feiten, terwijl het bij de “onmiddellijke uitwerking” meestal om een wijziging van de *materieelrechtelijke* rechtsgevolgen van voldongen feiten gaat, wat legistiek echter niet verschilt. In de beide gevallen immers worden nieuwe rechtsgevolgen verbonden aan bestaande rechtsfeiten.

7. Een buitenbeentje in dit verband is de uitleggings- of interpretatieve wet, d.i. de wet waarmee de wetgevende macht overeenkomstig artikel 84 of 133 van de grondwet zelf de verklaring van een vroegere wet of wetsbepaling, wat “authentieke interpretatie” wordt genoemd, omdat zij uiteraard een bijzonder gezag geniet: *eius est interpretari leges, cuius est condere*. De draagwijdte daarvan is terug te vinden in artikel 7 van het gerechtelijk wetboek, dat bepaalt: “De rechters zijn gehouden zich naar de uitleggingswetten te gedragen in alle zaken waarin het rechtspunt niet definitief berecht is op het tijdstip waarop die wetten bindend worden”.

Uiteraard zijn die rechters daartoe slechts gehouden na de inwerkingtreding van de uitleggingswet, dus in de toekomst, maar zij moeten de uitleggingswet toepassen op gebeurtenissen die tevoren, desnoods zeer lang geleden hebben plaatsgevonden. De uitgelegde bepaling wordt immers niet (prospectief) vervangen, zij wordt verondersteld steeds overeenkomstig de interpretatieve wet te hebben geluid.

De meeste auteurs zeggen dat een interpretatieve wet terugwerkende kracht heeft. Gelet op het aangehaalde beginsel is dat echter slechts het geval wanneer de door de wetgever opgelegde interpretatie met de beste wil van de wereld niet onder de oorspronkelijke tekst kon worden verstaan, m.a.w. indien de interpretatie afwijkt van de uitgelegde bepaling. Doorgaans heeft een interpretatieve wet dan ook slechts een met retroactieve vergelijkbaar effect, in die zin dat zij wordt toegepast op feiten uit het verleden – wat overigens het geval is voor elke rechterlijke interpretatie – maar geen retroactieve werking, in die zin dat zij de rechtsgevolgen van die feiten *wijzigt*. Zo werden de woorden “het tenietgaan of de beschadiging van het met voorrecht of hypotheek bezwaarde goed” in artikel 10, tweede lid van de hypotheekwet, met het enig artikel van de interpretatieve wet van 19 februari 1990 uitgelegd als “het tenietgaan, de beschadiging of het waardeverlies (van dat goed)” (inmiddels in dezelfde zin vervangen bij de wet van 25 juni 1992). Dergelijke teleologische interpretatie is vrij plausibel en kan dus moeilijk met een retroactieve wet worden gelijkgesteld. Meer verrassend is wat is gebeurd bij de interpretatieve wet van 19 juni 1996, krachtens dewelke het woord “rustpensioen” in verschillende bepalingen van de pensioenwet van 20 juli 1990 moet worden verstaan als “het vervangingsinkomen dat toegekend wordt aan de gerechtigde die wordt geacht door ouderdom arbeidsongeschikt”.

te zijn geworden, welke toestand voor de mannelijke gerechtigden wordt geacht te zijn ontstaan op de leeftijd van 65 jaar en voor de vrouwelijke gerechtigden op de leeftijd van 60 jaar”. In de definitie van rustpensioen wordt dus vooreerst de pensioenleeftijd opgenomen, die bovendien nog *verschilt* voor mannen en vrouwen, wat met de *definitie* van het rustpensioen weinig te maken kan hebben ... Hier hebben we te maken met precies hetzelfde als een retroactieve wet: het retroactief effect van een interpretatieve wet werd aangewend om een terugwerkende regel uit te vaardigen, maar uiteindelijk zal dit slechts blijken uit de gewijzigde rechtsgevolgen van vroegere pensioneringen.

8. Het besluit uit wat voorafgaat is dat werkelijk retroactieve wetten wel bestaan, maar weinig zin hebben. Wat wel steek houdt zijn min of meer verrassende wijzigingen van de rechtsgevolgen van rechtsfeiten die in het verleden hebben plaatsgevonden, het weze een rechtsfeit zonder duurzame rechtsgevolgen en dat dus geen rechtsverhouding creëert, het weze een rechtsfeit dat wel degelijk een rechtsverhouding creëert, d.i. doorgaans een rechtshandeling, en ongeacht of dit gebeurt omwille van de onmiddellijke uitwerking van de nieuwe wet, haar retroactieve inwerkingtreding of haar interpretatief karakter. Dit heeft zijn belang voor het vervolg van dit verhaal: van meet af aan moet worden vastgesteld dat een verbod van retroactiviteit niet alle problemen kan oplossen, zoals spoedig zal blijken.

II. BEGINSELEN VAN BEHOORLIJKE WETGEVING

1. Algemeen

9. Het formeel voorwerp van deze bijdrage, de “beginselen van behoorlijke wetgeving”, zijn een bijzondere soort van “algemene rechtsbeginselen” – in de strikte zin, dus werkelijke rechtsregels – die typisch zijn voor de uitoefening van de wetgevende functie, d.i. bij het uitvaardigen, door de overheid, van rechtsregels. Zij staan dus naast de beter bekende beginselen van behoorlijke rechtsbedeling en beginselen van behoorlijk bestuur, d.w.z. de algemene rechtsbeginselen die nageleefd moeten worden bij de uitoefening van respectievelijk de rechterlijke en de uitvoerende functies in de staat.

In tegenstelling tot de rechtsbeginselen waar de andere staatsmachten aan onderworpen zijn – in die zin dat zij precies voor de door hen uitgeoefende functies het leven hebben gezien, niet in de zin dat die machten daaraan geen afbreuk mogen doen, wat een andere kwestie is – staan de beginselen van behoorlijke wetgeving nog in hun kinderschoenen, allicht omdat de belangrijkste wetgevers de onderscheiden wetgevende machten zijn en doorgaans aangenomen wordt dat die, behoudens uitzonderingen, niet op de naleving van eventueel op hen toe-

passelijke rechtsregels worden gecontroleerd: *non de legibus, sed secundum leges iudicandum est*.

Het is hier niet de plaats om daar omstandig op in te gaan. Wel moet worden gezegd dat de Belgische rechtspraak al enkele beginselen van behoorlijke wetgeving heeft erkend, en daartoe behoort inzonderheid het zogenaamde rechtszekerheidsbeginsel.

2. Het rechtszekerheidsbeginsel

10. Het rechtszekerheidsbeginsel kan niet beter worden geïllustreerd dan met het Vlaamse sprookje “De kraai en de puit”, dat luidt als volgt.

“Daar zat een kraai aan den boord van den put, en ze zei: “Puit, kruip uit”.

“Ge zoudt mij pikken”, zei de puit.

“Ik ‘n doe”, zei de kraai.

De puit kroop uit.

“Pikke”, zei de kraai.

“k Had het gepeinsd”, zei de puit.”³

Dit is precies waaraan het rechtszekerheidsbeginsel komaf wil mee maken: iemand bedriegen in zijn gerechtvaardigde verwachtingen. Het beginsel kan dan ook gerust “vertrouwensbeginsel” worden genoemd, zoals overigens in administratieve zaken vaak gebeurt. Ware er sprake van het respect voor een werkelijke afspraak, een “over-een-komst”, men zou het hebben over “belofte maakt schuld” of *pacta sunt servanda*. Volgens de eerste uitspraak van het Arbitragehof daarover, die dateert van 5 juli 1990, betekent het rechtszekerheidsbeginsel of “het grondbeginsel van de rechtszekerheid” “dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan overzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht”.

In een arrest van 11 februari 1993 werd dit nog duidelijker vertaald in een verbod voor de wetgever: “Volgens het grondbeginsel van de rechtszekerheid kan de wetgever niet zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien”.

11. Typisch voor algemene rechtsbeginselen is hun toepassing, voor bijzondere gevallen, in materiële wetsbepalingen. Dit is ook het geval voor het rechtszekerheidsbeginsel, dat als beginsel van behoorlijke wetgeving ten minste twee wettelijke toepassingen kent.

Vooreerst bepaalt artikel 190 van de grondwet: “*Geen wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur is verbindend dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald.*”

De betekenis daarvan is duidelijk: om regels te kunnen naleven, moeten we ze kennen, en om ze te kunnen kennen moeten ze toegankelijk zijn, dus “bekend” ge-

³ Uit J.A. LEOPOLD en L. LEOPOLD, «Van de Schelde tot de Wechsel, Nederduitsche dialecten in dicht en onduitsch», Groningen, 1906, 1. Aangehaald in *Het Vlaamse sprookjesboek*, Antwerpen-Amsterdam, Standaard Boekhandel, 1956, 47.

maakt worden. Zoals hierboven in herinnering werd gebracht is een onbekend bevel immers onmogelijk na te leven. Vandaar dat in de grondwet staat dat de wet slechts verbindend is na te zijn *bekendgemaakt*, wat niet alleen strenger maar ook meer ter zake dienend is dan “na te zijn uitgevaardigd”.

Eigenlijk is die bepaling overbodig, want niets méér dan de bevestiging van het overmachtbeginsel: vóór zijn bekendmaking kan een wettelijke regel immers onmogelijk worden nageleefd. Het nut van het grondwetsartikel schuilt derhalve enerzijds in het herhalen van dat beginsel, anderzijds in het daaraan toegevoegde voorschrift dat het de wetgevende macht is die moet bepalen hoe materiële wetten – de samenwerkingsakkoorden bedoeld in artikel 92 bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, die immers gedragsvoorschriften kunnen bevatten – waaromtrent *niet*, laat staan bij formele wet is bepaald hoe ze worden bekendgemaakt. Zij zouden dus *niet* verbindend zijn, mocht het bekendheidsvereiste alleen maar uit de grondwet voortvloeien.

12. Een tweede toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel is het letterlijk geformuleerde verbod van retroactiviteit, in de eerste plaats in artikel 2 van het burgerlijk wetboek, dat luidt: “*De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht*”. Voor strafzaken bepaalt artikel 2, eerste lid, van het strafwetboek: “*Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd*.”

Dit verbod is echter een net met bijzonder wijde mazen. In elke hypothese gaat het immers om gewone formele wetsbepalingen, waar bij een andere formele wet zonder problemen kan worden van afgeweken: *lex posterior derogat priori* en *specialia generalibus derogant*. Ten opzichte van de formele wetgever gaat het dus slechts om een aanbeveling. Voor het overige is het een richtsnoer voor de rechter, bij de toepassing van de wet die het stilzwijgen bewaart over de oude rechtsverhoudingen die zij al dan niet beoogt te regelen. Maar zoals hierboven gezegd heeft zij dan in beginsel “onmiddellijke uitwerking” ...

De uitvoerende macht van haar kant is wel gebonden door artikel 2 van het burgerlijk wetboek, *a fortiori* door artikel 2 van het strafwetboek. Voor zover het Openbaar Ministerie het dus in zijn hoofd zou hebben gehaald iemand te vervolgen voor de “retroactieve” overtreding van het hierboven vermelde rookverbodsbesluit, zou daaraan gemakkelijk kunnen zijn ontsnapt, met een gecombineerde toepassing van artikel 2 van het burgerlijk wetboek of artikel 2 van het strafwetboek en artikel 159 van de grondwet (de “exceptie van illegaliteit”).

Dit neemt niet weg dat de uitvoerende macht in sommige omstandigheden alsnog ontsnapt aan het verbod van retroactiviteit. Vooreerst kan zij van de wetgevende macht toestemming krijgen om retroactieve besluiten uit te vaardigen, zoals blijkt uit de fiscale “vertaling” van het verbod van retroactiviteit in artikel 108 van de wet van 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen, dat bepaalt: “*De ter uitvoering van de belastingwetten ge-*

nomen besluiten beschikken alleen voor het toekomstige; zij hebben geen terugwerkende kracht, behoudens uitdrukkelijke afwijking in de wet bepaald.”

Vervolgens wordt in uitzonderlijke omstandigheden aangenomen dat de uitvoerende macht op eigen houtje van artikel 2 van het burgerlijk wetboek mag afwijken. In arresten van 4 april en 6 juni 1995 heeft het Arbitragehof gezegd: “Het beginsel dat als algemene regel is vervat in artikel 2 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de wet geen terugwerkende kracht heeft, is *a fortiori* toepasselijk op de koninklijke besluiten. Het staat evenwel toe dat, wanneer de administratieve overheid een door de Raad van State vernietigde handeling herstelt, zij aan de nieuwe handeling terugwerkende kracht verleent wanneer dat onontbeerlijk blijkt voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst, voor zover de rechtsgrond van de vernietiging wordt geëerbiedigd”.

De Raad van State van zijn kant bevestigde, in een arrest van 5 november 1996, dat het verbod van retroactiviteit niet belet dat een administratieve overheid, die een door de Raad van State vernietigde beslissing opnieuw neemt (uiteraard zonder de gebreken waarom ze was vernietigd), de nieuwe beslissing laat terugwerken tot op de datum van de inwerkingtreding van de vernietigde beslissing indien dat onontbeerlijk is voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst, op het stuk waarvan de rechter slechts marginale toetsing uitoefent.

13. Uit wat voorafgaat blijkt dat het letterlijke verbod van retroactiviteit in de Belgische rechtsorde niet veel zaaks is, laat staan ten opzichte van de wetgevende machten. Internationaalrechtelijk staan we sterker, zij het beperkt tot strafzaken. Het verbod van retroactieve strafwetten vinden we immers ook terug in artikel 7, 1 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en in artikel 15 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Beide bepalingen hebben rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, zodat daarmee strijdige formele wetten, overeenkomstig de leer van het smeerkas arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1971, door de rechter niet mogen worden toegepast.

Onafgezien van hun beperking tot strafwetten is overigens nog merkwaardig dat de beide bepalingen uitzondering maken voor misdrijven die “overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken”, respectievelijk “volkerengemeenschap”, “worden erkend”, kwestie van oorlogsmisdrijven retroactief strafbaar te kunnen stellen, zoals trouwens ook naar Belgisch recht is gebeurd.

III. Onbehoorlijke retroactieve wetgeving

1. Algemeen

14. Uiteindelijk moeten de noties “retroactieve wetgeving” en “beginselen van behoorlijke wetgeving” met elkaar worden gecombineerd om het probleem van de kraai en de puit te kunnen oplossen. Zoals gezegd is “re-

troactieve wetgeving” *sensu latissimo* elke mogelijke wijziging – en van niets tot iets is ook een wijziging – van de rechtsgevolgen van op het ogenblik van die wijziging voldongen feiten. Per hypothese waren de betrokkenen destijds, met de woorden van het Arbitragehof, “niet in staat de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien”, en elke wijziging van de rechtsgevolgen van die voldongen feiten doet dus “afbreuk aan het grondbeginsel van de rechtszekerheid”.

Dit geldt dus niet alleen voor retroactieve wetten *sensu stricto*, maar ook voor de hoger in herinnering gebrachte “onmiddellijke uitwerking” alsmede voor meer of minder verrassende interpretatieve wetten, die allemaal afbreuk zouden doen aan het aangehaalde grondbeginsel, ware het niet dat geen absolute regel uitmaakt. Het rechtszekerheidsbeginsel verbiedt immers slechts “het zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien”. Bovendien, om daarmee naar intern recht bij een rechter terecht te kunnen, d.i. bij het Arbitragehof, moet de bevoegdheid van dit Hof worden gerespecteerd, en mag dus niet uit het oog worden verloren dat de toetsing door dit Hof niet rechtstreeks gebeurt, maar langs de omweg van artikel 11 van de grondwet, naar luid waarvan “het genot van de aan de Belgen toegekende rechten (...) zonder discriminatie verzekerd moet worden”. De wetgever mag het recht op rechtszekerheid dus beperken, op voorwaarde dat hij dit zonder discriminatie doet, d.w.z. in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel. Nu betekent het gelijkheidsbeginsel niet dat alle toestanden gelijk behandeld moeten worden, maar slechts dat *gelijke* toestanden gelijk worden behandeld, terwijl ongelijke toestanden gelijk gemaakt, en derhalve ongelijk behandeld moeten en alleszins mogen worden. Concreter: een ongelijke behandeling is slechts strijdig met het gelijkheidsbeginsel indien zij niet gesteund is op een objectief criterium van onderscheid dat relevant moet zijn in het licht van het doel van de maatregel, of indien zij buiten verhouding staat tot de tevoren vastgestelde ongelijkheid.

15. Het “zonder discriminatie verzekeren van het recht op rechtszekerheid” betekent dus geenszins dat rechtsonzekerheid scheppende, met inbegrip van werkelijk retroactieve wetgeving verboden is – *il n’y a que les imbéciles qui ne changent jamais d’opinion* –, maar alleen dat *onverantwoorde* rechtsonzekerheid niet door de beugel kan, wat niets méér is dan een bevestiging van het verbod van willekeur.

De kat op de koord is dan uiteraard de ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid waarover de wetgever in dit opzicht beschikt, en het Arbitragehof is een rechtscollege, dat geen opportuniteitscontrole uitoefent en dus hoogstens *marginale* toetst. Het Hof zal slechts ingrijpen wanneer de rechtsonzekerheid in het algemeen of de onzekerheid veroorzakende retroactiviteit in het bijzonder *kennelijk* onredelijk is, d.w.z. dat het volgens een algemeen gedeelde rechtsovertuiging niet denkbaar is dat enige naar redelijkheid beslissende overheid dergelijke appreciatie zou kunnen uitbrengen.

16. In de praktijk blijkt dan ook een zeer terughoudende opstelling van het Arbitragehof. Het heeft tot 12 juli geduurd vooraleer het een “discriminatoire verzekering” van het recht op rechtszekerheid heeft vastgesteld: artikel 57 bis, vierde lid, van de huisvestingscode, zoals vervangen bij artikel 45 van het programmadecreet van 22 december 1995 van het Vlaamse Gewest en Vlaamse Gemeenschap, op grond waarvan leningen tegen uitzonderlijk lage rentevoet voor de bouw, de aankoop of de verbouwing van een woning, die van oudsher worden toegekend aan voormalige mijnwerkers, voortaan nog slechts “binnen de perken van de budgettaire middelen” mochten. Het Hof zegde daarover: “De decreetgever kan niet, zonder de vereisten van de rechtszekerheid te miskennen, bij ontstentenis van objectieve en redelijke verantwoording, afbreuk doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien. (...) De bestreden bepaling doet op buitensporige wijze afbreuk aan de rechtmatige verwachtingen die deze categorie van mijnwerkers, op dezelfde wijze als degenen die het bedoeld voordeel wel hebben verkregen en bovendien behouden, kon ontleen aan de voorheen geldende regeling. Er is dan ook geen redelijk verband van evenredigheid tussen de aangewende middelen en het door de overheid beoogde doel.”

Voor de afstraffing van een zogezegd retroactieve wet moesten we tot dit jaar wachten, waarbij het Arbitragehof overigens het verbod van retroactiviteit goeddeels op zichzelf, en dus niet het ruimere rechtszekerheidsbeginsel heeft toegepast. In een arrest van 19 februari 1997 heeft het Hof inderdaad een ongeveer acht jaar terugwerkende bepaling van de pensioenwet van 21 mei 1991 ongrondwettig verklaard op grond dat: “Het principe van de niet-retroactiviteit van de wetten, vastgelegd in artikel 2 van het burgerlijk wetboek, is een algemeen rechtsbeginsel. Het verlenen van terugwerkende kracht aan regels dreigt een rechtsonzekerheid te doen ontstaan, zodat een verschil in behandeling dat eruit zou voortvloeien, ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet slechts toelaatbaar zou zijn, indien bijzondere omstandigheden zulks verantwoorden. *In casu* heeft de terugwerkende kracht van de aan het Hof ter toetsing voorgelegde bepaling tot gevolg dat de wetgever, om de door hem nagestreefde doelstelling van gelijkschakeling tussen rustpensioenen en overlevingspensioenen te realiseren, op buitensporige wijze de pensioenrechten aan(ge)tast van enkel die categorie van personen die in ruste zijn gesteld op 1 januari 1984, die op dat ogenblik voldeden aan de voorwaarden gesteld door het Koninklijk Besluit nr. 206 en die sindsdien een rustpensioen genoten op grond van dat Koninklijk Besluit dat voordeliger was dan onder de vroegere regeling, terwijl andere rechtverkrijgenden wiens pensioen op grond van het Koninklijk Besluit nr. 206 van 29 augustus 1983 werd berekend, niet worden getroffen. De gevolgen van de aangewende middelen zijn dus niet evenredig met het beoogde doel.”

In alle andere gevallen van inroeping bij en erkenning door het Hof van het rechtszekerheidsbeginsel, met inbegrip van het verbod van retroactiviteit, werd tot dus-

ver geen onredelijke of onverantwoorde en dus discriminatoire beperking van het recht op rechtszekerheid gezien.

2. De zaak *Pressos Campania Naviera e.a.*

17. Dit was evenmin het geval in de arresten van 5 juli 1990 en 22 november 1990 over de wet van 30 augustus 1988 “houdende wijziging van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen”, d.i. de wet waarbij de aansprakelijkheid van de staat voor de schade aangericht door zeeloodsen werd uitgesloten en dit met een terugwerkende kracht van *nota bene* 30 jaar. Gezien de algemene verjaringstermijn bepaald bij artikel 2262 van het burgerlijk wetboek wil dat zeggen voor altijd.

Het Arbitragehof zei daarover weliswaar dat afbreuk werd gedaan aan de rechtszekerheid, maar dat deze niet-onevenredig was. Vooreerst omwille van ... de rechtszekerheid: de wetgever heeft een (gebrek aan) aansprakelijkheidsregeling willen behouden die hij in 1967 niet heeft willen wijzigen en die pas in de rechtspraak vanaf 1983 is veranderd. Vervolgens mocht volgens het Hof terecht rekening gehouden worden met de budgettaire gevolgen van die nieuwe aansprakelijkheid.

Inmiddels weten wij dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest van 20 november 1995 van die verantwoording brandhout heeft gemaakt toen de retroactiviteit in kwestie werd getoetst, niet aan het rechtszekerheidsbeginsel, doch zonder meer aan het eigendomsrecht van artikel 1 van het eerste protocol bij het E.V.R.M. Ook het eigendomsrecht verdraagt nochtans beperkingen, op voorwaarde van verantwoording – hier: door het “openbaar nut” – en opnieuw van niet-onevenredigheid. De in Straatsburg ingeroepen motieven waren iets ruimer: naast de rechtszekerheid – het herstel van het *status quo ante* na de “ommezwaai” in de rechtspraak van het Hof van Cassatie in 1983 – en budgettaire motieven werd ook nog de harmonisatie met de buitenlandse regelingen aangevoerd. Het Europese Hof zag geen graten in die doelstellingen, doch vond de maatregel kennelijk onevenredig, wegens onevenwicht tussen de gebruikte middelen (het nadeel voor de getroffen burgers) en die doeleinden (het voordeel voor de overheid). Het cassatiearrest van 1983, aldus het Hof, lag in de lijn van de verwachtingen op het stuk van de overheidsaansprakelijkheid en budgettaire noden en harmonisatie verantwoordt geen retroactiviteit.

18. Het arrest *Pressos Campania Naviera* van het Europees Hof kan worden bijgetreden, maar dit neemt niet weg dat het flagrant tegenstrijdig is met wat het Arbitragehof heeft gezegd, wat evenmin bijdraagt tot de rechtszekerheid. De vraag rijst dan ook of het Arbitragehof niet tot hetzelfde besluit kon komen.

Dit kan moeilijk worden betwijfeld, op grond van het algemeen rechtsbeginsel van de rechtszekerheid zowel als van het eigendomsrecht (artikel 16 van de grondwet en artikel 1, eerste protocol), telkens *juncto* het gelijkheidsbeginsel. Voor het Arbitragehof hadden de verzoekers overigens hun eigendomsrecht ingeroepen, maar de Belgische rechters hanteerden daarvan een striktere no-

tie dan hun Europese collega's en sloten een schuldvoering van de bescherming van het eigendomsrecht uit.

Hoe kan dit verschil dan worden verklaard? Vooreerst door de discretionaire bevoegdheid van de betrokken rechters. Rechtsregels laten vaak een grote interpretatieruimte aan de rechtstoepassers, en dit is *a fortiori* het geval voor vage algemene rechtsbeginselen en fundamentele rechten en vrijheden, zodat de rechtspraak zichzelf kan tegenspreken, gewoon omdat de verschillende rechters dezelfde regel enigszins verschillend kunnen interpreteren, zonder dat één van de rechters de toegepaste regel moet hebben miskend. Vervolgens is er de reeds vermelde discretionaire bevoegdheid – beleidsvrijheid – van de wetgevers, die een vrees van de rechters voor opportuniteitscontrole – *le gouvernement des juges* – en dus slechts marginale toetsing tot gevolg heeft. Nu is wat voor de één “kennelijk onredelijk” is, dat niet noodzakelijk voor de ander, en bij het voor een stuk uit voormalige politici samengestelde Arbitragehof ligt de lat allicht hoger dan bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

TOT SLOT

19. Het ziet er naar uit dat op de situatie *de lege lata* niet zoveel aan te merken valt. We hoeven ons inderdaad niet teveel zorgen te maken over de mazen in het net van het verbod op retroactiviteit. Werkelijke retroactiviteit bestaat niet of is zinloos, onrechtstreekse retroactiviteit – verrassende wetgeving – bestaat in vele gradaties en kan zéér verantwoord zijn. Laat ons onze aandacht dus toespitsen op de naleving van het ruimere rechtszekerheidsbeginsel, en streng zijn bij het onderzoek van de verantwoording van de gevallen waarin daaraan afbreuk wordt gedaan.

Wellicht kunnen wetten, met toepassing van de zogenaamde “Waleffedoctrine” van het Hof van Cassatie, zelfs wat meer in overeenstemming met het rechtszekerheidsbeginsel worden *geïnterpreteerd*, d.w.z. wanneer zij daartoe ruimte laten, wat vooral op het stuk van de “onmiddellijk toepasselijke” wetten mogelijk lijkt. Zo heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 11 mei 1995 gezegd dat de bij artikel 224 van de nieuwe gemeentewet ingevoerde nieuwe aansprakelijkheidsregel niet doet blijken dat de wetgever zou hebben willen afwijken van het door artikel 2 van het burgerlijk wetboek bevestigde beginsel, zodat die bepaling niet tot gevolg kan hebben dat die zwaardere aansprakelijkheid ook zou gelden voor schade waarvan de oorzaak dateert van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling. Dit lijkt wat anders dan de toepassing van de nieuwe wet” op de toekomstige gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane toestand, die zich voordoen of die voortduren onder vigeur van de nieuwe wet”.

Ook het Arbitragehof zal allicht strenger worden, al was het maar omwille van wat het Europese Hof heeft gezegd. Belgische rechters vinden het overigens niet *ipso facto* leuk in Straatsburg te worden *overruled*.

20. Dit neemt niet weg dat de *lege ferenda* gepleit mag

worden voor een rechtstreekse toetsing, door het Arbitragehof, aan het rechtszekerheidsbeginsel, net als overigens aan de andere fundamentele rechten en vrijheden. Algemene rechtsbeginselen, die per definitie fundamenteel objectief recht uitmaken, kennen immers per hypothese even fundamentele subjectieve rechten toe.

Vooreerst hoeft het weinig betoog dat de omweg langs het gelijkheidsbeginsel artificieel is. De puit moet beschermd worden tegen de kraai, zonder meer, niet omdat de ene puit wordt gepikt en de andere niet.

Vervolgens is die omweg paradoxaal. Elke rechter kan de wet rechtstreeks toetsen aan alle internationaalrechtelijk erkende fundamentele rechten en vrijheden, en zelf elke aantasting van de rechtszekerheid sanctioneren die op onverantwoorde wijze afbreuk doet aan dergelijk fundamenteel recht. In die zin is er overigens reeds een “loodsenvonniss” van 6 juni 1996 van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, waarin het vermelde arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

wordt toegepast, en een door ditzelfde arrest geïnspireerd, vooralsnog onuitgegeven tussenvonniss van 17 maart 1997 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, waarbij de aansprakelijkheid van de Belgische Staat in vooruitzicht wordt gesteld voor de schade veroorzaakt door de onverantwoord bevonden, wettelijke aantasting van het rechtszekerheidsbeginsel en het eigendomsrecht, meer concreet het voortijdig afblazen van een belastingvoordeel dat destijds voor een periode van 10 jaar was ingesteld. Wordt vervolgd ... Wil de rechter daarentegen “Belgische” fundamentele rechten met inbegrip van het rechtszekerheidsbeginsel toepassen, dan moet hij niet alleen de gerezen rechtsvraag doorspelen aan het Arbitragehof – wat geen slechte zaak is, omwille van de eenheid in dergelijke fundamentele rechtspraak – maar bovendien de omweg van het gelijkheidsbeginsel maken. Dit kan slechts de aandacht afleiden van waar het ons uiteindelijk om te doen is, d.i. de rechtszekerheid, en dat scheidt ... rechtsonzekerheid.