DE FEITELIJKHEID IN HET KORT GEDING TEGEN DE OVERHEID

door

Guy ROMMEL
Vrederechter van het kanton Sint-Gillis

INLEIDING

1. Dat de feitelijkheid, zo ze de ideale grondslag uitmaakt van het kort geding tussen particulieren, hiertoe sinds geruime tijd geen voorwaarde meer is, mag, met inachtneming van de omstandigheid dat er meestal niet meer over wordt gepleit, als een jurisprudentiële verworvenheid worden beschouwd. Anders is het gesteld met het kort geding tegen de overheid waar nog dikwijls het bestaan van een feitelijkheid als voorwaarde wordt gesteld.

De Belgische wetgeving bepaalt de feitelijkheid niet. In de rechtsleer omschrijft R. Van Lennep haar als een klaarblijkelijk onrechtmatige schending van een recht.

Deze bepaling is aan het Frans recht ontleend waar, zowel krachtens de revolutionaire wetten als krachtens het beginsel van de scheiding tussen de bestuurlijke functie en de rechterlijke functie in de schoot van de uitvoerende macht, de rechter zich ervan moet onthouden zich in te laten met de bestuurshandeling, tenzij het bestuur een feitelijkheid pleegt. De feitelijkheid is een materiële handeling waarbij het bestuur een grove onregelmatigheid (,,irrégularité flagrante'') begaat, waardoor een eigendomsrecht of een publieke vrijheid wordt aangetast(1). De eenvoudige onwettigheid geeft geen aanleiding tot een feitelijkheid, welke een onbetwistbare onregelmatigheid onderstelt, nl. een onregelmatigheid die zo flagrant is dat ze de bestuurshandeling doet ontaarden.

De dubbele beperking, nl. de noodzaak van een feitelijkheid die bovendien beperkend wordt geïnterpreteerd, belemmert ernstig de toegang tot de voorzitter zetelend in kort geding en leidt veelal tot hardnekkige pleidooien teneinde de baan te effenen voor een ruimere toegankelijkheid.

2. Het komt erop aan na te gaan of het instandhouden van de beperkende interpretatie van het begrip feitelijkheid, als van de noodzaak zelf van een

(1) VAN LENNEP, R., *Het gerechtelijk wetboek*, Leuven, Universitas, 1969, p. 724-725; AUBY, J.M. et DRAGO, R., *Traité de contentieux administratif*, Pichon, 1962, nr. 458; ODENT, R., *Cours de contentieux administratif*, Univ. Paris, 1961, p. 238.

feitelijkheid verder te rechtvaardigen is. Het is immers de vraag of de voorkeurbehandeling die het bestuur voor zich opeist op enige rechtsgrond steunt.

Het omschrijven van de bevoegdheid van de justitiële rechter tegen het bestuur is een voorafgaande voorwaarde voor het onderscheiden van de bevoegdheid van de feitenrechter en van de toepassingsvoorwaarden van het kort geding.

HOOFDSTUK 1

VOORWAARDEN VAN DE CENSUUR DOOR DE JUSTITIËLE RECHTER

3. De rechtsmacht van de justitiele rechter tegen het bestuur wordt omschreven door artikelen 92, 93 en 107 van de Grondwet. De twee eerste artikelen beogen de bescherming van de subjectieve rechten, het laatste beoogt de vrijwaring van de wettigheid.

AFDELING 1

DE BESCHERMING VAN EEN SUBJECTIEF RECHT

4. Artikel 92 van de Grondwet bepaalt dat de geschillen over burgerlijke rechten tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken behoren. Artikel 93 van de Grondwet bepaalt dat de geschillen over politieke rechten behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.

Andere subjectieve rechten dan de burgerlijke en politieke rechten bestaan niet. J. Dabin bepaalt het subjectief recht als volgt: ,,Le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien'' (2).

Volgens het Kortrijks vonnis van 19 juni 1958 wordt met subjectief recht bedoeld een wettelijk erkend en beschermd belang of vermogen (3).

(2) DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 103; Cass., 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430.

(3) Kort ged. Voorz. Rb. Kortrijk, 19 juni 1958, *Pas.*, III, 23.

Artikel 94 van de Grondwet bepaalt dat geen met eigenlijke rechtsspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Alleen de rechtbanken zijn dus bevoegd geschillen over burgerlijke of politieke rechten te beslechten. De bevoegdheid om in geschillen over politieke rechten uitspraak te doen kan evenwel door de wet aan administratieve rechtscolleges worden opgedragen (4). In die zin stelt het hof van cassatie in zijn arrest van 5 november 1920 dat de Grondwet alle burgerlijke rechten, d.w.z. alle private rechten bekrachtigd en georganiseerd door het burgerlijk wetboek en zijn aanvullende wetten, onder de bescherming van de rechterlijke macht geplaatst heeft en aan de hoven en rechtbanken de opdracht toevertrouwd heeft elke aantasting van die rechten te herstellen. Het arrest vervolgt dat de Grondwet, met het oog op die bescherming, geen acht slaat op de hoedanigheid van de strijdende partijen, maar enkel op de aard van het aangetast recht (5). Bij ontstentenis van een opdracht van de wetgever aan de bestuurlijke rechtscolleges is de justitiële rechter eveneens bevoegd kennis te nemen van het geschil over politieke rechten (6). Zijn censuur beoogt de doeltreffende beveiliging van het aangetast of bedreigd recht, zo het geldelijk herstel van een rechtskrenking (7). Zo werd gevonnist door het hof van beroep te Gent dat ,,ook indien men aanneemt dat het rechtmatig belang van appellant tot normale uitoefening van zijn carrière als schoolhoofd en tot bezoldiging in dit verband behoort tot de politieke rechten, het weze in de vorm van zogeheten administratieve rechten, dan nog blijft de rechterlijke macht bevoegd om het over die rechten door appellant opgeworpen geschil te berechten vermits de wetgever dergelijke geschil niet toevertrouwd heeft aan een ander rechtscollege'' (8).

AFDELING 2

DE VRIJWARING VAN DE WETTIGHEID

5. In artikel 107 van de Grondwet dat bepaalt dat de rechter de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepast in zover ze met de wetten overeenstemmen, put de rechter een weerstandsrecht tegen de onwettige ondernemingen van het bestuur.

(4) MAST, A., Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht, Story-Scientia, 1981, nr. 381; MAST, A., ,,Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative'', *Rec. J. Dr. Adm.*, 1956, p. 83; MAST, A., Overzicht van het Belgisch administratief recht, Story-Scientia, 1981, nrs. 472-487.

(5) Cass., 5 november 1920, *Pas.*, I, 239.

(6) Cass., 30 april 1965, *Pas.*, 1965, I, 921.

(7) DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, nr. 6, 74, 76 en 100.

(8) Gent, 10 november 1971, *R.W.*, 1971-72, 319; vgl. CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, Larcier, 1961, p. 324 e.v.

De censurerende bevoegdheid van de rechter strekt zich uit tot de reglementaire en niet-reglementaire besluiten, alsook tot beslissingen in verband met de werking en de strukturen van de openbare dienst, waarmee bedoeld worden de besluiten en verordeningen uitgaande van alle organen van de uitvoerende macht en van alle publiekrechtelijke instellingen(9).

Alle bestuurshandelingen kunnen aldus worden gecensureerd.

De bestuurshandeling is de handeling die, met gebruikmaking van de bevoegdheid welke de administratie bezit, een rechtstoestand in het leven roept, wijzigt of opheft en aldus gezagshalve, dit is zonder dat de instemming van de betrokkene vereist is, rechten toekent en verplichtingen oplegt.

Tenzij een administratief rechtscollege buiten zijn bevoegdheid is getreden, strekt de censurerende bevoegdheid van de rechter zich echter niet uit tot de beslissingen van dat college(10).

6. Alleen in de mate dat de onwettige bestuurshandeling een subjectief recht krenkt of de rechter uitspraak moet doen over strafrechtelijke vervolging mag opgetreden worden. De rechter mag en moet het bestuur censureren telkens hij bij stilzitten een subjectief recht opoffert aan een onwettig handelen van het bestuur. Het gebruik van de positieve sanctie van onwettigheid (art. 107) hangt niet af van de ernst van de machtsoverschrijding, maar van het zoeken naar het meest doeltreffend middel om het recht te vrijwaren(11). De ,,voie de fait-teorie'' is hierbij van geen nut, tenzij, traditioneel, vóór de rechter in kort geding, waar de uitvoerbaarheid van de aangevochten bestuurshandelingen kan worden geschorst in afwachting van het onderzoek ten gronde en ter voorkoming van een onherstelbaar verlies van recht.

Vóór de Raad van State gaat het proces over de wettigheid van de bestuurshandeling, ongeacht de krenking van een subjectief recht. De Raad van State is echter niet bevoegd een bestuurshandeling te vernietigen indien verzoeker in feite de voldoening van zijn subjectief recht

(9) MAST, A., *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Story-Scientia, 1981, nr. 387; MAST, A., *Overzicht van het administratief recht*, Story-Scientia, 1981, nrs. 492-495; CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, Larcier, 1961, p. 198, 216-218; DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, nr. 8; DE VISSCHER, F., ,,Gaat de burgerlijke rechtspraak naar een bredere interpretatie van artikel 107 van de Grondwet'', *T.B.P.*, 1960, nr. 6; Cass., 10 juni 1926, *Pas.*, 1927, I, 12; Cass., 28 maart 1958, *J.T.*, 1958, 618; Gent, 7 juni 1962, *J.T.*, 1962, 513.

(10) Cass., 12 maart 1942, *Pas.*, 1942, I, 64; voor de bepaling van de bestuurshandeling, zie VRANCKX, A., *Administratieve rechtshandeling*, in *Adm. Lex.*, 1961, nr. 9.

(11) Cass., 24 februari 1843, *Pas.*, 1843, I, 65; CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, Larcier, p. 208.

beoogt(12). In dergelijk geval beschikt hij immers over een vordering vóór de gewone rechter tot uitbetaling van bijvoorbeeld een pensioen of toelage(13).

De Raad van State vernietigt de onwettige bestuurshandeling, terwijl de rechter enkel ingrijpt op de gevolgen van de naar zijn mening onwettige bestuurshandeling. Indien het bestuur een subjectief recht krenkt, moet hij de situatie of de schade herstellen. De rechter grijpt aldus alleen in op de prerogatieven van de bestuurshandeling, nl. haar bindend en uitvoerbaar karakter(14).

Het is de vraag hoe diep de rechterlijke wettigheidscensuur, meer bepaald de censuur van de interne wettigheid, strekt.

§ 1. De externe en interne wettigheidscensuur

7. De toetsing van de interne wettigheid van de bestuurshandeling wordt onderscheiden van de toetsing en de externe wettigheid.

De externe wettigheid wordt bepaald door de bevoegdheid, de naleving van de vormvoorschriften, de eerbiediging van dwingende wettelijke bepalingen of van een verworven recht. Het zijn gegevens die uitwendig zijn ten opzichte van de totstandkoming van de handeling zelf(15).

De toetsing van de interne wettigheid is in de praktijk soms moeilijk te onderscheiden van een zekere toetsing van de opportuniteit van de bestuurshandeling. Het gaat immers in beide gevallen over de ten gronde liggende feiten, de beslissende motieven, de drijfveren, de nagestreefde doelstellingen. De interne wettigheid wordt bepaald door wat het bestuur moet doen, terwijl de opportuniteitsbeoordeling eigen is aan het bestuur dat discretionair oordeelt over wat hij mag doen ter verwezenlijking van zijn opdracht(16).

8. Omwille van het beginsel van de scheiding der staatsmachten meende de rechtspraak aanvankelijk de interne wettigheid van de bestuurshandeling niet te kunnen beoordelen. De Belgische rechtspraak is immers geruime tijd verlamd geweest door de strakke Franse opvatting over die scheiding. Het Belgisch wettelijk stelsel is nochtans heel wat soepeler en

(12) Cass., 27 november 1952, *Pas.*, 1953, I, 184 en 189.

(13) Zie HUBERLANT, Ch., ,,La compétence respective des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat'', *J.T.*, 1953, 269 e.v.

(14) Zie VANDER STICHELE, A., ,,De exceptie van onwettelijkheid'', *T.B.P.*, 1954, p. 187 e.v.

(15) Concl. Proc. Gen. P. Leclercq vóór Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 224.

(16) CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, Larcier, p. 225.

wijst eerder op een wederzijdse autonomie, waar elke wisselwerking niet uitgesloten is (17).

Reeds op 30 april 1842 verklaarde Prokureur-Generaal Leclercq daarover dat ,,on ne doit consulter qu'avec beaucoup de circonspection la doctrine des jurisconsultes français parce que, sous ce rapport, nos institutions diffèrent fondamentalement de celles de la France''. Op 5 september 1856 verklaart Advocaat-Generaal Faider in een vergelijking met de Franse opvatting over dezelfde aangelegenheid: ,,Cette Constitution (belge) a étendu considérablement le pouvoir judiciaire, précisément par opposition au pouvoir administratif qui avait trop envahi chez nous''.

In zijn arrest van 29 april 1920 stelt het hof van cassatie een einde aan ,,le règne de ces êtres imaginaires, l'Etat souverain, ...''.

Procureur-Generaal P. Leclercq verklaart dat ,,critiquer un acte administratif dans le mesure où il a lésé un droit civil, c'est apprécier un acte administratif, ce n'est pas administrer''.

,,Juger l'acte administratif n'est pas administrer'', verklaarde Advocaat-Generaal Dewandre vóór het cassatiearrest van 3 december 1842 (18). Het beginsel van de scheiding der machten heeft geen andere betekenis dan dat de rechter noch een bestuurshandeling, noch een wetgevende handeling mag stellen. Hij mag alleen oordelen.

,,De toute façon, en se conformant à un jugement, l'administration ne se soumet pas au juge en tant que tel, mais elle se subordonne à la loi, car le premier n'est que l'interprète de la seconde dont il ne peut éluder ni la règle ni la rigueur. (...) L'indépendance de l'administration n'existe qu'en vue de permettre à celle-ci d'accomplir son rôle sans entraves, elle n'a pas oour but de rendre le droit inopérant'' 19).

Het scheidingsbeginsel van de grondwettelijke machten belet de rechter niet de onwettelijke bestuurshandeling te verbeteren of te vernietigen of het bestuur een gebod op te leggen op voorwaarde dat het uitblijven van dergelijke sanctie het verdwijnen van een recht veroorzaakt (20). Niets in

(17) Cass., 24 october 1866, *Pas.*, 1867, I, 67; Cass., 19 december 1888, *Pas.*, 1888, I, 43; Cass., 7 november 1904, *Rev. Adm. B.*, 1905, 242; WIGNY, P., *Droit constitutionnel*, Bruylant, 1952, I, p. 145.

(18) Concl. Proc. Gen. Leclercq vóór Cass., 30 april 1842, *Pas.*, 1842, I, 182; Concl. Adv. Gen. Dewandre vóór Cass., 3 december 1842, *Pas.*, 1842, I, 358; Concl. Adv. Gen. Faider vóór Cass., 5 september 1856, *Pas.*, 1856, I, 455; Cass., 29 april 1920, *Pas.*, 1920, I, 127; Concl. Proc. Gen. P. Leclercq vóór Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 194 en 198; CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, Larcier, 269.

(19) Zie WODON, L., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1920, 98; MOUREAUX, L., *Du recours pour excès de pouvoir en Belgique*, 1937, 159; DE VISSCHERE, F., ,,De controle van de burgerlijke rechter op de handelingen van het besuur'', Jaarboek Vlaams Rechtsgenootschap, 1960, 75; VANDER STICHELE, A., ,,De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative'', *Rec. J. Dr. Adm.*, 1975, 9-10.

(20) CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, p. 217.

artikel 107 van de Grondwet laat immers toe een beperkende interpretatie te geven van de plicht die dit artikel aan de rechter oplegt onwettelijke besluiten ,,niet toe te passen'' (21). Bovendien bestaat de rechterlijke opdracht er niet enkel in recht te spreken, maar tevens het recht te herstellen. Elk vonnis bevat minstens impliciet het bevel aan het gevonniste te gehoorzamen (22).

Langs de omweg van de overheidsaansprakelijkheid zal de rechtspraak geleidelijk afstappen van zijn aanvankelijke weigering de interne wettigheid te toetsen onder voorwendsel dat het discretionair beoordelingsrecht van het bestuur niet mag worden beperkt. De begrippen machtsafwending en onvoorzichtigheid zullen daarbij een beslissende rol spelen.

§ 2. De machtsafwending

9. In een eerste fase toetst de justitiële rechter de interne wettigheid van de bestuurshandeling door middel van het begrip machtsafwending. In het Flandria-arrest van 5 november 1920 erkent het hof van cassatie de rechterlijke beoordelingsbevoegdheid van de schade veroorzaakt door een onrechtmatige bestuurshandeling die een burgerlijk recht schendt. De rechter is bevoegd tot de handhaving van een subjectief recht. Indien het bestuur een inbreuk pleegt op een subjectief recht mag de rechter oordelen of die inbreuk onrechtmatig is (23).

In het arrest Delporte van 14 juni 1948 beslist het hof van cassatie op eensluidende conclusie van Procureur-Generaal Hayoit de Termicourt dat de machtsafwending de onwettigheid van de erdoor aangetaste bestuurshandeling tot gevolg heeft zoals dit met elke machtsoverschrijding het geval is, dat de hoven en rechtbanken derhalve gemachtigd zijn het bestaan van een machtsafwending op te sporen en dat zij gebeurlijk de toepassing van de aangevochten bestuurshandeling moeten weigeren (24).

10. Machtsafwending wordt bepaald als een vorm van machtsoverschrijding, waarbij het bestuur, dat een tot zijn bevoegdheid horende handeling verricht, met inachtneming van de wettelijke vormvoorschriften en zonder enige wetsovertreding, de hem toegekende macht voor andere doeleinden aanwendt dan waarvoor ze hem werd verleend, d.w.z.

(21) WODON, L., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1920, 98.

(22) FLAMME, M.A., ,,Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration'', *J.T.*, 1972, p. 422, nr. 16.

(23) Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 193, concl. Proc. Gen. Leclercq.

(24) Cass.,. 14 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 375; Cass., 3 maart 1972, *R.C.J.B.*, 1973, 431; R.v.St., 27 februari 1962, *J.T.*, 1962, 437; MAST, A., *Administratief recht*, Story-Scientia, p. 389, nr. 493.

met een ander oogmerk dan het nastreven van het algemeen belang binnen de grenzen van zijn functie, in het raam van de toepasselijke wettekst (25).

Twee kategorieën van machtsafwending kunnen worden onderscheiden, naargelang het beoogde doel in strijd is met het algemeen doel van de bestuurshandeling, nl. het algemeen belang, of met het bijzonder doel van de wet, nl. het doel dat de wetgever op het oog had toen hij het ambt inrichtte of de bevoegdheid toekende (,,le but du service'') (26).

De machtsafwending onderstelt de onwettigheid van het nagestreefd doel, nl. dat de handelende persoon uitsluitend geleid geweest is door drijfveren vreemd aan het belang van de dienst (27). Dit betekent dat het bestuur zijn bevoegheid gebruikt teneinde gevolgen te bereiken die vreemd zijn aan de wettelijk toegewezen gevolgen.

De machtsafwending onderstelt bovendien de onwettigheid van de motieven. Elke handeling heeft haar beslissende motieven. Sommige bestuurshandelingen onderstellen wettelijk het bestaan van welbepaalde motieven. Zijn ze aanwezig? In de andere gevallen moet worden nagegaan of de motieven juist werden geïnterpreteerd en gebruikt (28).

Het rechterlijk toezicht op de interne wettigheid van de bestuurshandeling is aldus verantwoord inzover hij de toetsing beoogt van de motieven en de doelstellingen van de bestreden bestuurshandeling van de wet.

De motivering die getuigt van een onjuiste beoordeling in feite of een verkeerde interpretatie van de rechtsregel die de bevoegdheid van het bestuur bepaalt, is onwettig (29).

De machtsafwending impliceert uiteraard een fout in de besluitvorming en maakt daarom een fout uit in de zin van artikelen 1382-1383 B.W. (30).

§ 3. De voorzichtigheidnorm

11. De rechtspraak zal de techniek van de interne wettigheidstoetsing verfijnen door een beroep te doen op de voorzichtigheidsnorm.

---

(25) Cass., 13 october 1965, *R.W.*, 1965-66, 1261; Cass., 19 october 1965, *Pas.*, 1966, I, 235; WODON, L., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1920, p. 60 en 105; DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, nr. 107.

(26) DE BAEDTS, F., *Machtsafwending*, in *A.P.R.*, nr. 4.

(27) R.v.St., 10 december 1952, Kindt, nr. 2030; R.v.St., 3 december 1953, Lafontaine, nr. 2957.

(28) CAMBIER, C., ,,Principes du contentieux administratif'', p. 273-276; DE BAEDTS, F., *Machtsafwending*, in *A.P.R.*, nrs. 197-199.

(29) CAMBIER, C., ,,Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration'', *J.T.*, 1955, 49-55 en 69-74; DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, nr. 122; HOEFFLER, J., ,,L'annulation pour détournement de pouvoir'', *Rev. Adm. B.*, 1954, 101; MAST, A., ,,Le juge ordinaire et le détournement de pouvoir'', *R.C.J.B.*, 1964, 57.

(30) Zie DELVA, J., ,,Civielrechtelijke aspekten van de overheidsaansprakelijkheid'', *R.W.*, 1977-78, 2359.

In het verkeerstekenarrest van 7 maart 1963 erkent het hof van cassatie de rechterlijke toetsing van de bestuurshandeling ten aanzien van de algemene voorzichtigheidsplicht voortvloeiend uit de artikelen 1382 e.v. B.W., voorzover de toepassing van deze artikelen de behartiging van het algemeen belang niet verstoort(31).
Aldus stellen de machten welke de wet aan het bestuur in het algemeen belang toekent hem niet vrij van de verplichting van voorzichtigheid welke zich aan allen opdringt.
De aansprakelijkheidscriteria voor overheid en individu staan evenwel in verhouding tot de essentieël verschillende doelgerichtheid van collectiviteit en individu.
Zo eiste het hof inzake wegenbeleid een genoegzame verkeersveiligheid en een vrijwaring tegen abnormaal gevaar. De beslissing een onveilige weg voor het verkeer open te stellen is een tekortkoming aan die plicht en kan als onrechtmatige daad worden gesanctioneerd. Nadien wijst het hof op 26 april 1963 het koepokinentingsarrest(32) waar die zorgvuldigheidsnorm wordt toegepast op de reglementaire bestuursbevoegdheid, met betrekking tot burgerlijke rechten en ten aanzien van alle aktiviteiten van de uitvoerende macht. Die voorzichtigheidsverplichting op reglementair vlak bestaat slechts in funktie van het algemeen belang.
Tenslotte wijst het hof op 23 april 1971 (33) het postontvangersarrest waar hetzelfde beginsel wordt toegepast op de geschillen over politieke rechten, alsook op het overheidsverzuim in de uitoefening van de reglementaire bevoegdheid.

12. Voortaan gaat de rechter aldus na of alle bestuurshandelingen in al hun stadia, zowel bij de besluitvorming als bij de materiële uitvoering, zowel bij handelen of beslissen als bij niet handelen of niet beslissen, blijk geven van de vereiste voorzichtigheid, teneinde de burger te vrijwaren tegen abnormale gevaren of wanbeheer. De toepassing van de voorzichtigheidsnorm is een vorm van toetsing van de wettigheid aan artikel 1382 e.v. B.W.
De voorzichtigheid is toetssteen geworden van de wettigheid en de wettigheid toetssteen van opportuniteit en doelmatigheid van de foutieve bestuurshandeling, en wel in de mate van de verenigbaarheid van die

(31) Cass., 7 maart 1963, *R.C.J.B.*, 1963, 93, noot J. Dabin.
(32) Cass., 26 april 1963, *R.C.J.B.*, 1963, 116, noot J. Dabin.
(33) Cass., 23 april 1971, *R.W.*, 1970-71, concl. Proc. Gen. F. Dumon.

handeling of dat verzuim met de algemene verplichting van voorzichtigheid waardoor gemeenschap en burger het best worden gediend (34).
Het bestuur moet handelen als een ,,bonus pater familias'' (35).
Onder verwijzing naar een algemene regel van voorzichtigheid beslist de rechter wat het bestuur had moeten doen of beslissen (36). Het bestuur moet ,,behoorlijk'' besturen. Dit is een vorm van marginale toetsing.

13. De uitdrukking ,,marginale toetsing'' moet worden gesteld tegenover volledige toetsing, d.w.z. met inbegrip van het opportuniteitsoordeel. De marginale toetsing is een tussenfiguur tussen enerzijds de gevallen waarin elke rechterlijke toetsing is uitgesloten en anderzijds gevallen waar toetsing geschiedt, nl. gevallen waarbij de rechter zonder meer de aan hem onderworpen gedraging of rechtshandeling beoordeelt volgens zijn eigen maatstaven omtrent wat behoorlijk of onbehoorlijk is (37).
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 ervan onthouden zijn eigen oordeel over wat redelijk of zorgvuldig is in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur (38).
De voorzichtigheidsplicht die het algemeen welzijn dient, wordt getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur die terzake een leidraad zijn voor de rechter (39). Volgende criteria kunnen hierbij worden vooropgesteld. De administratieve procedure moet met fair-play gevoerd worden (40),

(34) DELVA, J., ,,Overheidsaansprakelijkheid en legaliteitstoezicht'', *T.B.P.*, 1975, 192-250; DELVA, J., ,,Civielrechtelijke aspekten van de overheidsaansprakelijkheid'', *R.W.*, 1977-78, 2344, 2367, 2404-2408.

(35) MARCQ R., ,,L'état acutel de la responsabilité de la puissance publique'', Bulletin de l'Académie Royale de Belgique, 1940, nr. 5.

(36) CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, 273.

(37) BORST, P., ,,Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht'', *W.P.N.R.*, 1962, nrs. 4735-4737; SUETENS, L.P., ,,De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechter'', in *Miscellanea Proc. Gen . W. Ganshof van der Meersch*, III, 689; VAN DER GRINTEN, J.M.P., ,,Marginale toetsing'', in *Op de grenzen van het komend recht*, p. 109; WIARDA, G.J., ,,De rechter tegenover vage rechtsnormen'', *R.W.*, 1973-74, 177.

(38) RONSE, J., ,,Marginale toetsing in het privaatrecht'', *T.P.R.*, 1977, 209.

(39) Zie hierover SUETENS, L.P., ,,Algemene beginselen van behoorlijk bestuur'', Postuniversitaire cyclus, Gent, Story-Scientia, 1980.

(40) Over de hoorplicht: R.v.St., 22 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 682, noot L.P. Suetens.

wat inhoudt dat de verdedigingsrechten en een billijke rechtspleging geërbiedigd werden(41).

De bestuurlijke beslissing moet zorgvuldig voorbereid zijn en met eenieders belangen rekening houden.

Het oogmerk van het bestuur moet zuiver zijn, zodat machtsafwending veroordeeld wordt. Verder moet de bestuurlijke beslissing evenwichtig zijn, d.w.z. dat ze het juiste gewicht moet toekennen aan de wederzijdse belangen.

Ze moet beantwoorden aan het beginsel van de rechtszekerheid. Het bestuur mag evenwel een publiekrechtelijke bevoegdheid gebruiken in strijd met een vroeger aangegane overeenkomst, indien het juist overheidsbeleid niet langer verenigbaar is met eerdere toezeggingen(42).

De bestuurlijke beslissing moet zorgvuldig gemotiveerd en uitgevoerd zijn(43). Het bestuur moet de burger zorgvuldig informeren en een onvolledig ingevuld formulier bijwerken indien dit moeiteloos kan(44).

§4. De toetsing aan het internationaal recht

14. Krachtens artikel 107 van de Grondwet toetst de rechter de bestuurshandeling op haar conformiteit met de bepalingen van een overeenkomstig artikelen 68 en 129 van de Grondwet in de Belgische rechtsorde opgenomen en bekendgemaakt internationaal verdrag(45).

Waar vroeger aan de hand van het criterium ,,self executing'' een genuanceerde toepassing gold van de regel ,,lex posterior derogat priori'', huldigt het hof van cassatie in zijn arrest van 27 mei 1971(46) het beginsel dat, zolang een verdrag van kracht blijft, de rechter de conformiteit van de bestuurshandeling eraan moet toetsen, dit bij voorrang op een zelfs latere wet en dat vermeld adagium niet toepasselijk is op het conflict tussen wet en verdrag.

Dit geldt tevens voor internationale normen die rechtstreeks toepasselijk zijn binnen de Belgische rechtsorde(47). De primauteit steunt op de aard

(41) Zie DELVA, J., ,,Overheidsaansprakelijkheid en legaliteitstoezicht'', *T.B.P.*, 1975, 210.

(42) H.R., 20 februari 1953, *N.J.*, 1954, 3; zie hierover WIARDA, G.J., *Preadvies Vereniging Administratief Recht*, 1952, p. 92.

(43) Brussel, 11 mei 1970, *Pas.*, 1971, II, 3; Brussel, 25 juni 1971, Molenbeek-Wersbeek t. Beker-Van Esch, achtste kamer, onuitg.; Corr. Kortrijk, 26 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 548, noot P. De Vroede.

(44) Cass., 4 januari 1973, *Pas.*, 1973, I, 434; R.v.S.t., 39 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 36, noot W. Lambrechts; Arbh. Antwerpen, 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1510, noot A. Van Oevelen.

(45) Proc. Gen. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, ,,Beschouwingen over de herziening van de Grondwet'', *R.W.*, 1972-73, 424-434.

(46) Cass., 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886, concl. Proc. Gen. W. Ganshof van der Meersch.

(47) B.v. E.E.G.-verordeningen.

van de internationale rechtsnorm: ,,le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence'' (48).

Wanneer aldus een bestuurshandeling, bij schending van een internationale rechtsnorm, private belangen bedreigt of aantast, kan de rechter die foutieve bestuurshandeling beteugelen. Ze kan insgelijks aanleiding geven tot een veroordeling van de overheid de schade te vergoeden (49).

Deze toetsing aan het internationaal recht komt het meest voor in geschillen inzake de maatschappelijke zekerheid en het administratief statuut van de vreemdelingen.

HOOFDSTUK 2

HET KORT GEDING TEGEN DE OVERHEID

AFDELING 1

DE WETTELIJKE VOORWAARDEN

15. Uit het voorgaande blijkt dat de rechtspraak aanvaardt dat de feitenrechter bevoegd is in te grijpen tegen het bestuur zodra de toepassingsvoorwaarden van artikelen 1382-1383 B.W. verwezenlijkt zijn.

Het past nu na te gaan in hoeverre de rechtsmacht van de voorzitter in het kort geding zich van die bevoegdheid onderscheidt.

Artikel 584 Ger.W. verleent aan de voorzitter de macht voorlopige voorzieningen te bevelen in de gevallen die hij spoedeisend acht.

§ 1. De urgentie

16. De voor een kort geding vereiste urgentie is aanwezig zodra schade dreigt, aanlegger benadeeld wordt door het tijdsverloop en hij langs de gewone weg niet tijdig de door hem gevorderde voorziening kan bekomen. Die urgentie wordt beoordeeld op het tijdstip van de inleiding (50).

§ 2. Bij voorraad

17. De voorzitter ordent en beveelt door voorzieningen bij voorraad (Ger.W. 584) of zonder nadeel ten principale (Ger.W. 1039). Het begrip

(48) VIRALLY, P., ,,Sur un pont aux ânes: les rapports entre doit international et droit interne'', in *Mélanges H. Rolin*, 1964, p. 497.

(49) DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, nr. 158; WAELBROECK, M., ,,Le juge belge devant le droit international et le droit communautaire'', *B.T.I.R.*, 1965, 362.

(50) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 16 december 1936, *R.W.*, 1936-37, 921.

,,geen nadeel ten principale'' stelt enkel de gevolgen van de voorziening bij voorraad, meer bepaald ten aanzien van de beoordeling door de feitenrechter, nader vast. Een voorlopige maatregel is een maatregel die, ten aanzien van het betwist recht dat aan de grondslag van de vordering ligt, geen bindende beoordeling insluit voor de feitenrechter die later bij vonnis over die betwisting moet oordelen. De presidiale voorziening kan evenwel nadeel toebrengen in feite zodat een invloed in rechte op het geschil vóór de feitenrechter niet uitgesloten is.

In afwachting van een vonnis ten gronde, dat door geen enkele partij moet uitgelokt worden, heeft de beschikking in kort geding volle rechtskracht tussen partijen die er zo lang ze het wensen in kunnen berusten, zodat de beschikking eigenlijk de grond van hun wederzijdse rechten en verplichtingen regelt, al waren er minder waarborgen voor grondigheid bij de beoordeling dan vóór de feitenrechter.

De voorzitter beslist niet voorlopig over het hoofdgeding, maar hij beoordeelt voorlopig de grond van de zaak in verband met de dringend gevorderde maatregelen. Hij beoordeelt wel het geschil, doch doet er niet rechtstreeks uitspraak over, maar enkel in verband met voorlopige maatregelen (51).

Het voorlopig karakter belet de voorzitter niet handelingen of door partijen voorgelegde stukken te interpreteren.

18. De Hoge Raad formuleert het alsvolgt: ,,Overwegende dat aan de Predident en in hoger beroep aan het Hof bij de beoordeling omtrent het al of niet toestaan van een gevraagde voorziening bij voorraad een grote mate van vrijheid is toegekend, zodat het niet in te zien is dat zij daarbij niet zouden mogen letten op hetgeen hun aanvankelijk aannemelijk mocht voorkomen omtrent de rechtsverhouding van partijen, waarmede de noodzakelijkheid van de gevraagde maatregel menigmaal zal samenhangen, mits slechts omtrent die rechtverhouding geen beslissing gevende'' (52).

Het arrest van de Hoge Raad van 11 november 1938 verduidelijkt het nog als volgt: ,,Dat toch de president rechtsprekend in kort geding volkomen gerechtigd is en ter juiste uitvoering van zijn taak menigmaal verplicht is rechtsvragen te beoordelen, mits de daarop gebouwde beslissingen slechts een voorlopig karakter dragen'' (53). Met de slotwoorden wordt bedoeld

(51) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 20 mei 1980, *J.T.*, 1980, 578; VAN LENNEP, R., *Het kort geding*, p. 146.

(52) H.R., 18 april 1913, *N.J.*, 1913, 727.

(53) H.R., 11 november 1938, *N.J.*, 1939, 396.

dat het dictum zelf geen rechtsvragen kan oplossen. De voorzitter mag aldus zijn uitspraak omkleden met overwegingen ontleend aan het bodemgeschil (54).

19. Met inachtneming van de niet tegenstelbaarheid van de presidiale voorzieningen aan de feitenrechter belet aldus niets de voorzitter in de motieven zover nodig rechtsvragen te beslechten die behoren tot de bevoegdheid van de feitenrechter (55).

Niets belet dat in kort geding volkomen hetzelfde gevorderd wordt als in het bodemgeschil, voorzover in het kort geding geen verklaring van recht gevorderd wordt. Alleen het gezag, de draagwijdte, van beide uitspraken verschilt (56), zodat de toetsingsmacht van de feitenrechter richtinggevend is voor de voorzitter. Hoe verder de rechtsmacht van de feitenrechter tegen het bestuur reikt, hoe minder de voorzitter zal aarzelen in te grijpen.

AFDELING 2

DE JURISPRUDENTIËLE VOORWAARDE

§ 1. De feitelijkheid

20. Traditioneel onderstelt de algemene bevoegdheid van de voorzitter in het kort geding tegen het bestuur een feitelijkheid. Ze wordt bepaald als de klaarblijkelijk onrechtmatige schending van een recht of nog als een evidente onwettigheid waardoor een evident subjectief recht wordt gekrenkt. Drie gevallen illustreren die opvatting.

,,Dat wegens het principe van de scheiding van de machten, de rechterlijke macht zich niet te mengen heeft in administratieve beslissingen, tenzij om ten voorlopige titel een einde te stellen aan de schending van een klaarblijkelijk en vaststaand recht van een partikulier door de administratieve overheid ten gevolge van een feitelijkheid gepleegd door deze overheid'' (57).

In een kort geding tussen geburen rechtvaardigde de voorzitter aldus de weigering de bouw van een huis als feitelijkheid te erkennen: ,,Overwegende dat partijen stukken overleggen waaruit duidelijk blijkt dat het

(54) CLEVERINGA, R.P., ,,De ontwikkeling van het kort geding in Nederland'', *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1949, 167.

(55) *R.P.D.B.*, v° *Référé*, nr. 268.

(56) Zie noot Meijers, onder H.R., 12 februari 1947, *N.J.*, 1947, nr. 157; ROMMEL, G., ,,Bevoegdheid, urgentie en voorlopigheid in het sociaal kort geding. Tendenzen en perspektieven'', *J.T.T.*, 1982, 65.

(57) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 13 februari 1980, onuitg.; Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 23 april 1980, onuitg.

onwettelijk karakter van de bouwvergunning noch voor de hand liggend noch klaarblijkelijk is; Dat er terzake dan ook geen sprake is van een voor de hand liggende onwettige en onduldbare schending van het recht van eisers dat zeker en klaarblijkelijk is en waaromtrent elke twijfel uitgesloten is'' (58).

In een andere uitspraak wordt gesteld dat de rechter in kort geding een einde mag maken aan feitelijke toestanden of aan feitelijkheden die kennelijk tegen het recht indruisen, doch het moet gaan om een voor de hand liggende onwettige en onduldbare schending van een recht, dat zeker en klaarblijkelijk is en waaromtrent elke twijfel uitgesloten is (59).

21. Dat deze beperkende omschrijving de toegang tot de voorzitter ernstig hindert ligt voor de hand. Het overwinnen van die hinder leidt tot vrij artificiële redeneringen geïllustreerd door onderstaand geval.

Toen de Staat aan een vreemd student het recht ontzegde deel te nemen aan het eerstejaarsexamen van burgerlijk ingenieur omwille van het feit dat de Staat de gelijkwaardigheid van diploma's betwistte, dagvaardde deze met sukses in kort geding opdat de Staat bevel zou worden gegeven hem ,,onder alle voorbehoud'' toe te laten tot het examen van de Staatsjury. De president overwoog dat: ,,la voie de fait doit être appréciée en relation avec le caractère provisoire de la demande; qu'il y a lieu de rechercher, non si le demandeur a un droit évident à être admis à l'examen, mais s'il a un droit évident à y être admis, tous droits des parties saufs au fond;

Attendu qu'une contradiction entre une décision de la juridiction des référés qui à l'appui de l'existence d'une voie de fait déclarerait un droit évident et une décision ultérieure d'une juridiction de fond, qui, ayant le temps de faire un examen plus détaillé, finirait par déclarer le droit inexistant, serait sans importance juridiquement, mais regrettable en fait; que la précision ci-avant donnée quant à l'appréciation et l'existence de la voie de fait en relation avec le caractère provisoire de la mesure demandée, permettra souvent d'éviter cet inconvénient;

Attendu que l'existence d'une voie de fait, relative à une mesure provisoire s'apprécie notamment en relation avec le caractère plus ou moins thérorique de l'aspect provisoire;

Attendu qu'il est des mesures théoriquement provisoires telles une interdiction de bâtir ou un ordre de démolir qui peuvent être très dommageables et avoir pratiquement un aspect définitif;

Attendu que l'existence d'une voie de fait au provisoire dépendra égale-

(58) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 12 november 1980, onuitg.

(59) Kort ged. Voorz. Rb. Mechelen, 11 october 1979, *R.W.*, 1980-81, 393, noot E. Verpoten.

lemnt de l'existence ou de l'absence d'une justification complète donnée en temps utile par l'autorité administrative; (...)

Qu'il doit être admis que le demandeur a un droit évident à pouvoir présenter l'examen précisé dans son assignation — tous droits des parties saufs au fond; (...)

Attendue que la mesure demandée en l'espèce est provisoire non seulement en théorie mais aussi pratiquement; que si elle est de nature à éviter au demandeur un dommage, qui pourrait être grave, et dont réparation pourrait éventuellement être demandée devant une juridiction de fond, elle n'est susceptible de causer aucun dommage''.

Het geldt in dit geval aldus niet een evident recht het examen af te leggen, maar wel een evident recht het examen ,,onder alle voorbehoud'' af te leggen.

Indien het recht van de student het examen af te leggen ernstig betwist was, was het niet evident.

Hoe zijn recht wel evident kon zijn voor zover het een afleggen van het examen ,,onder alle voorbehoud'' betrof, is een raadsel. Wellicht heeft het bevelschrift traditiegetrouw voorzichtigheidshalve de bewoordingen ,,evident recht'' behouden, doch het begrip is hier uitgehold tot een belang dat onrechtmatig dreigt aangetast te worden.

De Staat tekende beroep aan. Advocaat-Generaal Geyskens adviseerde terecht dat de gevraagde maatregel niet voorlopig was. Het openbaar ministerie stelde dat de eerste rechter over het hoofd zag dat een wettelijke beschikking de automatische toewijzing voorziet van de graad bij het slagen in de examens, met het resultaat dat het vooralsnog niet equivalent diploma meteen en onweerlegbaar voor equivalent gehouden zou worden.

M.a.w. het K.B. van 12 juni 1970 belet hier een voorziening bij voorraad.

Het hof van beroep te Brussel deelt deze zienswijze en grijpt terug naar de Franse bepaling van de feitelijkheid als ,,une mesure d'exécution comportant une illégalité grave et évidente, qui porte effectivement atteinte à certains droits'' (60).

§ 2. Verklaring

22. Het hardnekkig vasthouden door bepaalde rechtspraak aan de vereiste van een feitelijkheid vindt geen steun in de Belgische wetgeving, maar in de Franse theorie van de ,,voie de fait'', die bovendien volledig uit haar constitutioneel verband wordt gerukt.

(60) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 18 september 1980, onuitg.; Brussel, 5 november 1980, *J.T.*, 1981, 79; zie DE VISSCHER, F., ,,Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration'', *J.T.*, 1981, 683, noot 13.

De Belgische rechter put zijn bevoegdheid het bestuur handelingen te verbieden of te bevelen niet uit een teorie, *in casu* de Franse ,,voie de fait-teorie'', maar uit artikelen 92, 93 en 107 van de Grondwet die hem de bevoegdheid verlenen de subjectieve rechten en de wettigheid te vrijwaren, ongeacht de hoedanigheid van de strijdende partijen (61). Het bestaan van een grove, kennelijke, evidente of flagrante onwettigheid is in België zonder invloed op de rechterlijke bevoegdheid en is geen voorwaarde voor de rechterlijke censuur.

J. Delva merkt terecht op dat de Kortrijkse rechter de gemeente een bevel gaf zonder de feitelijkheid als grof te bestempelen (62). Zelfs een dreigende feitelijkheid volstaat voor het kort geding (63). Bovendien wordt dikwijls over het hoofd gezien dat artikel 107 van de Grondwet in Frankrijk onbestaande is (64). Dit artikel is een stevig wapen voor de rechtstreekse censuur van de onwettigheid (65).

Er is overigens geen verschil tussen de bevelschriften die het begrip feitelijkheid inroepen (66) en die welke, zonder van een feitelijkheid te gewagen, een deskundig onderzoek bevelen teneinde de bewijsmiddelen voor te behouden in hoofde van de eigenaar van een onbewoonbaar verklaard huis (67) of afbraakwerken verbieden of schorsen tot de beëindiging van de deskundige vaststellingen (68) of nog, in aanwezigheid van opeisingen zonder naleving van de wettelijke vormvereisten, de onmiddellijke verlating van de bezette goederen en de teruggave aan de eigenaar bevelen (69).

---

(61) Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 193; Cass., 12 juli 1921, *Pas.*, 1921, I, 311.

(62) Kort ged. Voorz. Rb. Kortrijk, 19 juni 1958, *Pas.*, 1960, III, 22; DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, p. 423, nr. 62.

(63) Kort ged. Voorz. Rb. Namur, 11 september 1956, *J.T.*, 1958, 149.

(64) Zie AUBY, J.M. et DRAGO, R., *Traité de contentieux administratif*, Pichon, 1962, nrz. 476 en 479.

(65) Zie FLAMME, M.A., ,,Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration'', *J.T.*, 1972, p. 420, nr. 9.

(66) B.v. Kort ged. Voorz. Rb. Kortrijk, 19 juni 1958, *Pas.*, 1960, III, 23: bevel tot onmiddellijke stopzetting van openbare bestratingswerken ondernomen vóór enige onteigeningsprocedure op de eigendom van een partikulier en tegen zijn wil; Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 25 november 1963, *R.W.*, 1963-64, 980: bevel aan de gemeente een leiding geplaatst op een private eigendom weg te halen; Brussel, 24 mei 1965, *R.W.*, 1965-66, 1109: bevel aan de gemeente een, door haar, midden een straatje geplaatste paal weg te nemen omdat hij elk verkeer belette en bovendien het verkeersreglement en de private rechten van de aangelanden schond.

(67) Kort ged. Voorz. Rb. Charleroi, 15 maart 1962, *Rev. Comm. B.*, 1963, 117; Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 4 augustus 1963, *Ann. Not.*, 1965, 197.

(68) DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechtscolleges'', *T.P.R.*, 1967, p. 440, nr. 88.

(69) Kort ged. Voorz. Rb. Gent, 8 november 1920, *Rev. Adm. B.*, 1921, 509; Kort ged. Voorz. Rb. Mons, 3 october 1922, *Rev. Adm. B.*, 1923, 261.

23. De Belgische rechtspraak roept nergens met zoveel woorden de Franse ,,voie de fait-teorie'' in. Dat ze nietteming verder opgeld maakt wordt bevestigd door Raadsheer J.M. Poupart en de hiervoor aangehaalde uitspraken van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 18 september 1980 en van het hof van beroep te Brussel van 5 november 1980.

Voor deze gezaghebbende auteur is de feitelijkheid ,,l'acte matériel ou le comportement par lequel l'agent, quel qu'il soit, empêche la partie plaignante d'exercer un droit évident, usurpe sans titre la propriété d'autrui ou porte atteinte à la liberté individuelle, préférant la violence ou la surprise aux recours juridiques mis à sa disposition'' (70).

Zo is het binnendringen in de privacy van het slachtoffer een feitelijkheid.

24. In die bepaling moet de krenking zelf niet meer evident of onduldbaar zijn, het volstaat dat ,,l'acte ou le comportement porte arbitrairement atteinte au droit d'autrui ou (est), dans l'immédiat, de nature à causer tel dommage, sans qu'il soit utile à ce stade de la procédure d'en évaluer les conséquences'' (71).

De feitelijkheid is voor Poupart de dreigende onrechtmatige krenking van een evident recht.

De gelijkenis met de bepaling van de onrechtmatige daad valt meteen op. Alleen de vereiste van een evident recht belet vooralsnog de overeenstemming.

AFDELING 3

HET KORT GEDING

25. De toepassingsvoorwaarden van het kort geding tegen de overheid worden uitsluitend bepaald door artikelen 92, 93, 94 en 107 van de Grondwet en 584 van het Ger. W.: in de gevallen die hij spoedeisend acht beveelt de voorzitter voorzieningen bij voorraad ter vrijwaring van een subjectief recht en van de wettigheid, zonder dat enige feitelijkheid vereist is.

De huidige toetsingsbevoegdheid van de justitiële rechter strekt zich uit tot de censuur van alle bestuurshandelingen waarbij artikelen 1382 en 1383 B.W. geschonden worden.

Er is geen reden tot beperking van die mogelijkheid wanneer de toetsing geschiedt door de voorzitter. Wel heeft in hoofde van het bestuur het begrip onrechtmatige daad een eigen inhoud.

(70) POUPART, J.M., ,,Les voies de fait et la juridiction des référés'', *Ann. Dr. Soc. Pol.*, 1974, 321.

(71) POUPART, J.M., ,,Les voies de fait et la juridiction des référés'', *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1974, 327.

Bovendien is voor de quasi-delictuele aansprakelijkheid geen rechtskrenking vereist.

§ 1. De onrechtmatigheid

26. De onrechtmatigheid heeft in het administratief recht een ruimere inhoud dan in het burgerlijk recht. De particulier mag alles doen wat de wet hem niet verbiedt, zodat het slachtoffer van de onrechtmatige daad een fout moet bewijzen in hoofde van de agent. De overheid mag integendeel slechts handelen binnen de grenzen van de haar wettelijk toegewezen macht, zodat hier niet het slachtoffer de fout moet bewijzen, maar het bestuur zelf moet bewijzen dat hij geen fout beging(72).

Dit heeft de omkering van de bewijslast tot gevolg: het bestuur moet bewijzen krachtens een vaststaand redht te handelen, terwijl de particulier niet moet bewijzen dat het bestuur onwettig handelt.

Zodra namelijk het recht krachtens welke de overheid andermans recht bedreigt of een derde schade dreigt te berokkenen, niet vaststaat, loopt het bestuur het risico onrechtmatig, en dus onwettig te handelen. Dergelijke dreiging rechtvaardigt het kort geding.

§ 2. Belangenkrenking

27. Tenslotte moet de traditionele vereiste van de krenking van een recht, laat staan van een evident recht worden onderzocht.

Treffend in dit opzicht is de evolutie die de aquiliaanse aansprakelijkheid van de particulier heeft doorgemaakt. Daar is de rechtspraak reeds overgestapt van de onrechtmatige, schadeberokkenende rechtskrenking naar het begrip onrechtmatige schadeberokkenenende handeling.

Uit de cassatiearresten van 16 januari 1939, 28 oktober 1942 en 2 mei 1955 blijkt dat voor de aquiliaanse aansprakelijkheid van de particulier geen rechtskrenking vereist is: ,,Overwegende dat indien het eerste vereiste van deze wetsbepaling (1382 B.W.), nl. de schuld, een ongeoorloofde daad onderstelt, het tweede vereiste, de schade, daarentegen, een louter feitelijk gegeven is, bestaande uit een vermogensvermindering of de beroving van een voordeel''(73).

Dat als schade geen verlies van een onwettig voordeel kan worden aangevoerd is een toelaatbaarheidsvoorwaarde van elke rechtsvordering en dat de schade moet vaststaan voor de bodemrechter spreekt vanzelf aangezien

---

(72) DALCQ; R.O., *Traité de la responsabilité civile*, in *Novelles, droit civil*, IV, 1, nr. 1334; Grondwet, art. 78.

(73) Cass., 16 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 25; Cass., 28 october 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; Cass., 2 mei 1955, *Pas.*, 1955, I, 950.

onbewezen schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Het vaststaand karakter van de schade is daarom geen bestanddeeel van de schade.
In het kort geding volstaat evenwel de dreiging met schade. De schade is ieder nadeel spruitend uit de krenking van het belang dat iemand heeft bij het voortbestaan of bij het verwezenlijken van een voordeel dat door de onrechtmatige daad verminderd of verhinderd werd, met uitzondering van onrechtmatige voordelen (74). Indien niet alleen een belang maar ook een recht wordt gekrenkt dan komt dit uitsluitend in aanmerking voor het bewijs van het bestaan en van de omvang van de schade (75). De rechtskrenking is echter overbodig daar noch de onrechtmatigheid, noch de schade een aan artikel 1382 B.W. voorafbestaand en daarvan onafhankelijk recht in hoofde van het slachtoffer onderstellen, dat een ander zou zijn dan het recht geen onrechtmatig veroorzaakte schade te lijden (76).

28. Sedert het Flandria-arrest staat vast dat het bestuur evenzeer als de particulier aan artikelen 1382 en 1383 B.W. onderworpen is. Wat voor de particulier geldt, geldt dus ook voor het bestuur.

29. Op grond van artikel 92 en 93 van de Grondwet, die de rechter de bevoegdheid verlenen de subjectieve rechten te beschermen, stellen dat de onrechtmatige bestuurshandeling een recht moet krenken is toevoegen aan de grondwettelijke bevoegdheidsregel (77). In artikel 92 en 93 van de Grondwet wordt de krenking van een burgerlijk recht immers niet tegengesteld aan een belangenkrenking maar aan de krenking van een politiek recht.
De vereiste van een rechtskrenking lost overigens niets op daar de overheid veelal krachtens de algemene beginselen van het recht het recht van de burgers vermag te krenken.
De vereiste van rechtskrenking in niets anders dan de inbreuk op de algemene voorzichtigheidsnorm. Het bestuur is eraan onderworpen.
Indien het bestuur door miskenning ervan schade veroorzaakt, heeft het slachtoffer een burgerlijk recht op schadeloosstelling krachtens artikel 1382 B.W., ongeacht de aard van het goed, het vermogen, de bevoegheid, het recht of welkdanige andere waarde die daardoor gekrenkt werd.

(74) RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, nr. 22.

(75) Cass., 16 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 25; *R.P.D.B.*, v° *Responsabilité*, nr. 218.

(76) RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, nr. 17.

(77) Zie RONSE, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, in *A.P.R.*, p. 58; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, nr. 16; ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, p. 73; concl. Proc. Gen. W. Ganshof van der Meersch vóór Cass., 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 520-521.

Onrechtmatige handeling, krenking van een recht en fout zijn synoniem. Het recht dat moet gekrenkt zijn is ,,le droit de ne pas subir dans sa personne et dans ses biens un dommage que la loi ne lui a pas imposé'' (78). Ook Vauthier stelt dat ,,la notion du droit civil a été étendue au cas où la personne lésée ne fait valoir que la privation d'une simple avantage'' (79).

Het arrest van het hof van beroep te Gent van 1 juni 1971 illustreert de hier verdedigde stelling (80).

Uit dit opmerkelijk arrest blijkt dat het Hof het begrip feitelijkheid inroept noch om de presidiale bevoegdheid in kort geding te motiveren, noch om een veroordeling van het bestuur te rechtvaardigen. Het arrest stelt als voorwaarde van de presidiale voorziening de loutere vaststelling dat de onrechtmatige handeling een rechtmatig belang krenkt of dreigt te krenken.

§ 3. Het Nederlands voorbeeld

30. Ook in Nederland gold de voorwaarde van krenking van een subjectief recht. Men oordeelde daar echter dat een beperking van de bescherming in kort geding tot de gevallen waarin de burger een beroep kan doen op de in de wet genoemde rechten evenwel blijk geeft van legalisme en leidt tot een onvoldoende bescherming tegenover de zich uitbreidende bestuursbevoegdheden, die hoe langer hoe meer steunen op vage normen en discretionaire beoordelingen, zodat steeds minder wettelijke voorschriften en in toenemende mate de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de bestuurshandelingen moeten beheersen (81).

Soms pleegt het bestuur de inbreuk op een subjectief recht op grond van een wettelijke bevoegheid, soms enkel op grond van zijn algemene bestuursopdracht.

In het eerste geval kan de rechter ingrijpen wanneer de wettelijk aan het bestuur verleende bevoegdheid tot een ander doel gebruikt wordt dan waarvoor ze gegeven is (82). Bovendien kan de rechter ingrijpen indien het bestuur met afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot de betwiste beslissing had mogen komen (83). De

(78) Noot Raadsheer De Haene onder Cass., 16 december 1920, *Pas.*, 1921, I, 65; zie RONSE, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, in *A.P.R.*, nrs. 55-60.

(79) VAUTHIER, M., *Droit administratif*, Larcier, 1950, II, nr. 501, p. 681, noot 1.

(80) Gent, 19 november 1971, *R.W.*, 1971-72, 319, concl. Adv. Gen. Stevigny; zie ook Kort ged. Voorz. Rb. Oudenaarde, 24 november 1980, onuitg.

(81) Zie WIARDA, G.J., *Preadvies Vereniging voor Administratief Recht*, 1952.

(82) H.R., 14 januari 1949, *N.J.*, 1949, 557.

(83) H.R., 25 februari 1949, *N.J.*, 1949, 558.

bestuurshandeling wordt aldus marginaal getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur. De tekortkoming wat de naleving van die beginselen betreft geeft aan de krenking van het subjectief recht een onrechtmatig karakter.

Wanneer het bestuur integendeel handelt op grond van zijn algemene bestuursopdracht mag de rechter zijn handelingen op dezelfde wijze toetsen als wanneer het daden van partikulieren betreft. De rechter zal zich dus afvragen of het bestuur een subjectief recht geschonden heeft, dan wel gehandeld heeft in strijd met een wettelijk voorschrift of in strijd met de zorgvuldigheid die hij tegenover personen en goederen moet in acht nemen (84).

Ook indien aldus de overheid een rechtsplicht, een publiekrechtelijk wetsvoorschrift dat aanlegger beschermt of de regels van maatschappelijke zorgvuldigheid krenkt of dreigt te krenken, kan de benadeelde wiens belang de geschonden norm beschermde een voorziening vragen (85).

In Nederland is de rechter bijgevolg bevoegd tot marginale toetsing van alle bestuurshandelingen ongeacht of bepaald een burgerlijk recht is geschonden, dan wel belangen onrechtmatig zijn aangetast; ongeacht of de overheid handelde krachtens een speciale bevoegdheid; dan wel in de behartiging van haar algemene bestuurstaak; ongeacht of de overheid een rechtsplicht heeft geschonden, dan wel handelde in strijd met de vereiste zorgvuldigheid. Ter bescherming van de gelaedeerde zal de rechter de overheid mogen gebieden handelingen te verrichten of na te laten (86).

§ 4. De voorziening

31. De voorzitter velt geen vonnis over de vraag of het bestuur een onwettigheid pleegde (87). Niets belet evenwel de voorzitter in de motieven de wettigheid, zoals de feitenrechter, te toetsen.

Hoe groter de rechtsverfijning ten gronde, hoe doortastender, en toch

(84) Zie H.R., 18 februari 1944, *N.J.*, 1944-45, 226; SCHENK, W., *Het kort geding en zijn toepassing in Nederland*, Kluwer, 1969, p. 54-55.

(85) Zie H.R., 9 mei 1958, *N.J.*, 1960, 475, noot Veegens; H.R., 18 augustus 1944, *N.J.*, 1944-45, 598.

(86) SCHENK, W., *Het kort geding*, p. 55-56; voor een interessante uiteenzetting van het Engels legitimatiestelsel, dat eveneens dichtbij de Belgische staatsopvattingen staat, zie DICEY, A., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London, 1960, 149-150; DE KEYSER, L., *Legitimatie en gronden voor een directe aanvechting van overheidsdaden — een vergelijkende studie van het Engelse en het Belgische Recht*, 1958.

(87) CLEVERINGA, R.P., ,,De ontwikkeling van het kort geding in Nederland'', *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1949, 184; POUPART, J.M., ,,Les voies de fait et la juridiction des référés'', *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1974, 345; H.R., 11 november 1938, *N.J.*, 1939, nr. 936.

volop constitutioneel, de voorzitter kan optreden ter vrijwaring van een subjectief recht en van de wettigheid.

Die vrijwaring is de beslissende rechtvaardiging van het kort geding tegen het bestuur, ongeacht de kategorie waartoe de betwiste rechtshandeling behoort(88).

De voorzitter hoeft zijn voorziening tegen het bestuur niet meer te verantwoorden door het bestaan van een feitelijkheid(89).

Zodra de voorwaarden voor de toepassing van artikel 1382-1383 B.W. aanwezig zijn of dreigen aanwezig te zijn, kan de president tegen de overheid voorzieningen bevelen.

De fout is elke onrechtmatigheid, en inzonderheid de onwettigheid. Samengevat komt de wettigheidstoetsing van de president hierop neer dat hij de bestuurshandeling toetst aan de externe wettigheid, nl. de gebeurlijke machtsafwending en onvoorzichtigheid, met inbegrip van de beginselen van behoorlijk bestuur en het internationaal recht, inzonderheid het verdrag over de mensenrechten.

Zo gaat de voorzitter na of de administratieve beslissing gemotiveerd is(90), of betrokkene gehoord werd of hij de procedure begrepen heeft(91). De president gaat na of de door het bestuur aangevoerde motieven juist zijn(92).

In veel gevallen kan een bestuurshandeling door de rechter gecensureerd worden nog alvorens vatbaar te zijn voor verhaal bij de Raad van State. De voorzitter kan ingrijpen zodra een bestuurshandeling met schade dreigt of wanneer de beslissing nog vatbaar is voor een administratief beroep, zodat de Raad van State nog niet kan gevat worden(93).

32. De bekommernis om het juist evenwicht tussen het onmiddellijk particulier belang, waarover de betwisting loopt, en de onontbeerlijke continuïteit van de openbare dienst ten bate van het algemeen belang is doorslaggevend(94).

---

(88) B.v. Kort ged. Voorz. Rb. Antwerpen, 29 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 560.

(89) Zie CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*; FLAMME, M.A., ,,Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration'', *J.T.*, 1972, 420.

(90) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 22 februari 1980 en 14 augustus 1980, *J.T.*, 1980, 578-579: motiveringsplicht van het bestuur.

(91) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 22 februari 1980 en 14 augustus 1980, *J.T.*, 1980, 578-579: hoorplicht van het bestuur, informatieplicht van het bestuur en vrijwaring van de verdedigingsrechten.

(92) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 10 december 1980, onuitg.

(93) Zie BAERT, K., ,,De rechter en de overheid'', *Publiekrecht vandaag*, Gent, 1980, 57.

(94) DELVA, J., ,,Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden vóór de burgerlijke rechter'', *T.P.R.*, 1967, p. 427.

De voorzitter zal zijn taak met grote omzichtigheid verrichten. In het bijzonder bij de noodzakelijke belangenafweging zal hij niet licht bij voorraad handelingen verbieden waarbij grote algemene belangen zijn betrokken (95).

De keuze van de voorziening door de voorzitter zal bepaald worden door de graad van de urgentie die beoordeeld wordt door de afweging van de waarde van beide tegengestelde rechten of belangen en, bij gelijkwaardigheid, door de afweging van de mogelijke schade voor de respectieve partijen.

Niettegenstaande de voorzitter het overheidsoptreden als onrechtmatig beschouwt, kan hij weigeren een voorziening te bevelen omdat de vordering niet spoedeisend voorkomt of het belang van het bestuur te zeer geschaad zou worden.

Dit zijn doelmatigheidsoverwegingen ontleend aan het belang der partijen ter beoordeling of een voorziening ter bescherming van een bedreigd subjectief recht of belang meteen moet worden bevolen (96).

33. Zo beveelt de rechter de afbraak van gebouwen die zonder onteigening noch minnelijke verwerving waren opgetrokken op een private eigendom (97).

Hij beveelt de opheffing van onregelmatige opeisingen en de uitdrijving van het bestuur (98).

De rechter beveelt het wegnemen van de kabels en verbiedt inmiddels het gebruik van een luchtkabelspoor boven een private eigendom bij gebrek aan onteigening (99).

Hij gebiedt aan de gemeente een einde te stellen aan de afloop van afvalwater op een private eigendom (100).

De president beveelt het wegnemen van een door het bestuur geplaatst verkeersteken dat in strijd met het verkeersreglement en het privaat recht van doorgang werd geplaatst (101).

---

(95) SCHENK, W., *Het kort geding*, p. 56.

(96) MEIJERS, E.M., *Het kort geding*, Tjeenk Willink, 1967, p. 119.

(97) Brussel, 21 januari 1886, *Pas.*, II, 197; zie ook Kort ged. Voorz. Rb. Brugge, 4 juni 1888, *Pas.*, 1888, III, 348; Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 26 october 1949, *J.T.*, 1950, 342.

(98) Cass., 17 september 1940, *Rev. Adm. B.*, 1941, 246; Brussel, 1 maart 1958, *Pas.*, 1958, II, 275; Vred. Pâturages, 23 februari 1921, *Rev. Adm. B.*, 1921, 441.

(99) Kort ged. Voorz. Rb. Huy, 14 december 1959, *Jur. Liège*, 1959-60, 115.

(100) Vred. Roeselare, 23 mei 1969, *T. Vred.*, 1970, 248; zie ook Liège, 31 januari 1894, *Rev. Adm. B.*, 1894, 257.

(101) Kort ged. Voorz. Rb. Antwerpen, 25 september 1964, *R.W.*, 1964-65, 1595; Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 24 mei 1965, *R.W.*, 1965-66, 1109.

Op verzoek van het bestuur beveelt de president de stopzetting van private bouw- of verkavelingswerken (102).

De president beveelt aan de hypotheekbewaarder de doorhaling van een hypotheekinschrijving (103).

In dezelfde zin beveelt de president de stad de toegang tot een uitvaartsluis aan een zeeschip mogelijk te maken en daartoe alle nuttige maatregelen te treffen (104).

De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen achtte zich evenwel onbevoegd om tijdens een vakbondsaktie maatregelen van politionele aard te bevelen (105).

Indien de feitelijke omstandigheden enkel door een expertise met voldoende duidelijkheid aan het licht kunnen komen en het verband tussen schade of dreigende schade en de bestuurshandeling nog niet vaststaat, moet de twijfel niet tot afwijzing leiden.

Dergelijke ondersteld urgente toestand moet bij voorlopige voorziening, die uiteraard alle rechten, ook die van het bestuur, onaangeroerd laat, integendeel worden onderzocht (106).

De opdracht van de deskundige mag even ruim zijn als die welke toevertrouwd wordt door de feitenrechter, zodat deze naderhand uitspraak kan doen over een vordering tot schadevergoeding (107).

34. De bevoegdheid van de voorzitter inzake het vreemdelingenstatuut illustreert de omvang van de wettigheidstoetsing.

Aanvankelijk verklaarde de voorzitter zich onbevoegd om uitspraak te doen over een vordering tot schorsing van een koninklijk besluit tot uitdrijving van een vreemdeling.

Het presidiaal bevelschrift van 20 mei 1980 stelt dat de toetsing van de wettigheid van de hechtenis tot de bevoegdheid van de rechter behoort (art. 107 G.W.) (108). De hechtenis impliceert uiteraard urgentie.

De presidiale voorziening is voorlopig, hoofdzakelijk in die zin dat ze geen kracht van gewijsde bezit voor een andere rechtsmacht die over hetzelfde geschil uitspraak moet doen.

(102) Artikelen 67 en 68 van de wet van 29 maart 1962 op de ruimtelijke ordening en de stedebouw.

(103) Wet van 16 december 1851, artikel 94-95.

(104) Kort ged. Voorz. Rb. Antwerpen, 21 januari 1977, *R.W.*, 1976-77, 1583; Kort ged. Voorz. Rb. Antwerpen, 18 december 1977, *Eur. Vervoerr.*, 1978, 49.

(105) Kort ged. Voorz. Kh. Antwerpen, 31 october 1975, *R.W.*, 1975-76, 1634.

(106) Zie ook MÉRIGNHAC et MIQUEL, *Traité théorique et pratique des référés et des ordonnances sur requête*, nr. 18; Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 4 augustus 1964, *Ann. Not.*, 1965, 197.

(107) Liège, 18 december 1956, *J.T.*, 1958, 148, noot C. Cambier; Kort ged. Voorz. Rb. Brugge, 23 januari 1962, *R.W.*, 1961-62, 1509.

(108) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 20 mei 1980, *J.T.*, 1980, 578.

De hechtenis kan beslist zijn op grond van een bijzondere wet, op grond van een algemene bestuursbevoegdheid of buiten enige bijzondere reglementering om. De vrijheid is een rechtsbeginsel en elke hechtenis moet steunen op een wettelijke oorzaak (109).

Bij gebrek aan wettelijke oorzaak beveelt de voorzitter de vrijlating van de betrokkene.

Het recht van verdediging is een ander rechtsbeginsel.

De voorzitter onderzoekt of de betrokkene een eerlijke procedure kreeg, of hij bv. gehoord werd in een taal die hij begrijpt (110).

De wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen richt een aantal verhaalmiddelen in (111).

In alle andere gevallen blijft de voorzitter bevoegd ter bestrijding van elke bestuurlijke onrechtmatigheid die schade dreigt te berokkenen (112).

Daarnaast put de voorzitter een subsidiaire bevoegdheidsgrondslag uit artikel 5,4 van het verdrag over de mensenrechten dat bepaalt dat ,,eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd heeft het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt indien de gevangenhouding onrechtmatig is''.

In een ander geval bestempelde de voorzitter een bevel het Belgisch grondgebied te verlaten als klaarblijkelijk in strijd met de vrijwaring van de fundamentele rechten en vrijheden van de mens: « Attendu que, dans les circonstances de la cause, il semble intolérable, au regard de la sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'un étranger qui a obtenu le droit de séjourner et de travailler en Belgique en raison d'un mariage dont l'administration a admis et reconnu l'existence, puisse se voir aussitôt retirer ce permis au motif que ce mariage n'a pas été consommé; que la preuve de la consommation du mariage n'étant pas une condition à l'obtention du permis de travail, il apparaît abusif, en dehors du cas de fraude manifeste et évidente, de chercher dans cette absence de preuve un motif sérieux et péremptoire du retrait de ce permis;

attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'à toute évidence les défendeurs ont commis une erreur grossière en considérant que la seule

(109) Verdrag over de rechten van de mens, artikel 5,1.

(110) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 22 februari 1980 en 14 augustus 1980, *J.T.*, 1980, 578-579.

(111) *B.S.*, 31 december 1980, in voege getreden op 1 juli 1981.

(112) Zie RIGAUX, F., ,,Vers un nouveau statut administratif pour les étrangers'', *J.T.*, 1980, 107; noot F. Rigaux onder Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 22 februari 1980, *J.T.*, 1981, 580.

déclaration de l'épouse du demandeur rendait vraisemblable leur thèse que le mariage fut contracté avec des intentions frauduleuses; qu'ils ont dès lors commis une irrégularité manifeste en retirant au demandeur son permis de travail et en lui donnant l'ordre de quitter le pays, sans avoir la moindre preuve, aussi minime soit-elle, de la fraude alléguée et sans attendre que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur le recours du demandeur».

De voorzitter legde het bestuur verbod op tot uitvoering over te gaan van het aangevochten bevel het grondgebied te verlaten door aanlegger over de grens te zetten (113).

BESLUIT

35. De traditionele eigenheid van het kort geding tegen de overheid wijkt geleidelijk voor de uniforme toepassing van het gemeenrechtelijk kort geding.

Zodra het bestuur op onrechtmatige wijze schade dreigt te berokkenen kan er aanleiding bestaan tot een presidiale beslissing in kort geding bestaande uit een schorsing, een bevel of een verbod.

Vereist is dat de voorwaarden van de aquiliaanse aansprakelijkheid van het bestuur dreigen voorhanden te zijn.

De fout is inzonderheid de onwettigheid.

De beoordeling van de onwettigheid gebeurt zowel door toetsing van de externe elementen van de bestuurshandeling als door toetsing van de interne elementen ervan, nl. de gebeurlijke machtsafwending en onvoorzichtigheid (behoorlijk bestuur).

Uit de aard van het kort geding is tevens urgentie vereist.

Het voorlopig karakter van de voorziening belet de president niet in de motieven de wettigheid van de bestuurshandeling te beoordelen voor zover dit ter rechtvaardiging van het dictum nodig is.

Steeds meer neemt de rechter aldus zijn controletaak over de andere machten op en ontdekt de rechtzoekende zijn opdracht als controle-orgaan en als regelgever (114).

(113) Kort ged. Voorz. Rb. Brussel, 10 december 1980, onuitg.

(114) Zie VAN GERVEN, W., en LEYTEN, J.C.M., *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle, 1977, 13; HOFSTEE, E.W., ,,Wetgeving gedurende kritische perioden in het proces van sociale verandering", in *Speculum Langemeyer*, 1973, 201; DONNER, A.M., ,,Macht en gezag van de rechter", *R.M.T.*, 1974, 3.

SOMMAIRE

LE RÉFÉRÉ CONTRE L'ÉTAT

Aux termes des articles 92, 93, 94 et 107 de la Constitution le juge judiciaire a pour mission de sauvegarder les droits subjectifs et la légalité. Les droits subjectifs sont définis comme les droits civils et politiques, ceux-ci toutefois sous réserve d'une attribution de compétence par la loi aux juridictions administratives.

La séparation des pouvoirs ne fait échec ni à la censure de la légalité externe, ni à celle de la légalité interne comprise comme la censure du détournement de pouvoir et de la faute au sens des articles 1382 et suivants du code civil. Par le biais d'une référence à ces dispositions légales, le juge judiciaire décide ce que l'administration eût dû faire ou décider pour administrer convenablement.

Or, seules les conditions d'urgence et de provisoire fixées par l'article 584 du code judiciaire permettent de distinguer le référé du jugement du fond. La condition de provisoire s'adresse non au président siégeant en référé, mais au juge du fond auquel ne peut être opposé la force de la chose jugée par l'ordonnance de référé. Pour autant que de besoin, rien n'empêche ainsi le président de trancher dans les motifs des questions de droit, notamment de censurer une illégalité comme le ferait le juge du fond.

Le référé contre l'Etat ne peut donc être subordonné à l'existence d'une voie de fait : il suffit que le président soit appelé à sauvegarder un droit civil ou politique menacé par une illégalité.

La notion de droit civil s'oppose à celle de droit politique, non à celle d'intérêt.

Lorsque, dès lors, il y a urgence à sauvegarder un intérêt légitime contre la menace d'une illégalité, les conditions du référé sont rassemblées. L'Etat n'ayant d'autres pouvoirs que ceux déterminés par la loi, il lui appartient d'établir le fondement légal de ses actes. A défaut, la menace d'illégalité existe. Il appartiendra au président de décider de l'opportunité d'ordonner des mesures.

ZUSAMMENFASSUNG

EIN REFEREVERFAHREN GEGEN DEN STAAT

Gemäss den Artikeln 92, 93, 94 und 107 des Grundgesetzes, hat der gerichtliche Richter die Aufgabe die subjektiven Rechte zu bewahren. Die subjektiven Rechte werden als die zivilen und die politischen Rechte definiert; letztere jedoch unter dem Vorbehalt, dass der Verwaltungsrechtspflege durch den Gesetz Zuständigkeit erteilt worden ist.

Die Gewaltentrennung steht weder der Kontrolle der externen noch der internen Legalität entgegen, die als ein Vorbeugen von Amtsmissbrauch und Verschulden im Sinne der Artikel 1382 und folgenden des bürgerlichen Gesetzbuches verstanden werden soll. Unter Bezugnahme auf diese gesetzlichen Bestimmungen beschliesst der gerichtliche Richter, was die Verwaltung hätte tun oder entscheiden sollen um ordnungsgemäss zu verwalten.

Aber es sind lediglich die im Artikel 584 der Prozessordnung festgelegten Dringlichkeits- und Einstweiligkeitsvorauszetzungen, die es ermöglichen das Refereverfahren vor dem Gerichtsvorsitzenden vom Sachurteil zu unterscheiden. Die Einstweiligkeitsvorausset-

zung ist nicht für den Referegerichtsvorsitzenden bestimmt, sondern für den Tatrichter, dem die Rechtskraft der durch einstweilige Verfügung entschiedenen Sache nicht entgegengehalten werden kann. Insofern Notwendigkeit besteht, spricht nichts dagegen, dass der Gerichtsvorsitzende die Rechtsfragen beantwortet, nämlich um Ungesetzmässigkeit zu ahnden, so wie der Tatrichter verfahren würde.

Ein Refereverfahren gegen den Staat darf also nicht von dem Vorhandensein einer Gewalt abhängig sein; es genügt, dass an den Vorsitzenden herangetreten wird, um ein durch eine Ungesetzmässigkeit bedrohtes ziviles oder politisches Recht zu bewahren.

Der Begriff des bürgerlichen Rechtes steht dem des politischen Rechtes, nicht dem des berechtigten Interesses, entgegen.

Demnach, sobald eine Dringlichkeit besteht, ein legitimes Interesse vor der Bedrohung der Ungesetzlichkeit zu bewahren, sind die Voraussetzungen für ein summarisches Verfahren gegeben. Da der Staat keine anderen Befugnisse als die ihm kraft Gesetzes Erteilten besitzt, obliegt es ihm, die gesetzliche Grundlage seiner Handlungen zu schaffen. Fehlt diese Grundlage, so droht Ungesetzlichkeit. Der Vorsitzende hat darüber zu entscheiden, ob es angebracht ist, Massnahmen zu treffen.

SUMMARY

THE SUMMARY JURISDICTION (REFERE) AGAINST THE STATE

According to the articles 92, 93, 94 and 107 of the Constitution, the judiciary judge has to protect subjective rights and legality. Subjective rights are defined as the civil and the political rights; the last-mentioned, however, only as far as there is no assignment of jurisdiction by law to the administrative jurisdictions.

Separation of the three powers is not opposed to control of the external legality nor to control of the internal legality, meant as prevention of abuse of power and of fault, in the sense of article 1382 and following of the civil code. Refering to those articles, the judiciary judge decides what the civil service should have done or should have decided in order to administer properly.

But only the urgency and the provisional nature required by article 584 of the judicial code, enable us to distinguish between the *Référé* (i.e. a summary jurisdiction and procedure in matters of special urgency) and the judgement on the merits. The requirement that the judgement be provisional, is not intended for the president of the court sitting in chambers dealing with urgent matters, but for the trial judge, to whom the summary order cannot be opposed as ,,res iudicata''. As far as necessary, nothing prevents the president from answering the legal question, i.a. in order to prevent unlawfulness, as the trial judge would do.

Thus, the summary jurisdiction and procedure in matters of special urgency (Référé), shall not depend on the presence of an abuse: the president's being called upon to protect a civil or a political right, threatened by unlawfulness, is sufficient. The idea of civil right is distinguished from the idea of political right, not of interest.

Whenever defence of a legitimate interest against a thread of unlawfulness is urgent, requirements for the ,,Référé'' are met. The state, having no other competencies than those given by law, is required to have a legal basis for its decisions. Without this basis, there is a thread of unlawfulness. The president of the court will decide on the advisability of an injunction.