De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel

Jan Velaers*

1. Onder 'samenloop van grondrechten' verstaat men sinds enige tijd in België het fenomeen dat eenzelfde grondrecht door verschillende nationale en of internationale teksten wordt gewaarborgd. Titel II van de grondwet over 'De Belgen en hun rechten', en de internationale mensenrechtenverdragen overlappen elkaar in aanzienlijke mate. Vele grondrechten komen in de verschillende teksten voor, weliswaar zelden op een volstrekt identieke wijze. Uiteraard verschillen veelal de bewoordingen. Vaak verschilt echter ook de draagwijdte van de grondrechten. De reikwijdte is anders, het toepassingsgebied, de beperkingsvoorwaarden, de verplichtingen die ze voor de staat impliceren. In het leerstuk over de samenloop van grondrechten wordt nagegaan op welke wijze de verschillende teksten over eenzelfde grondrecht samen worden toegepast.

2. Het leerstuk heeft in België een procedureel en een materieel luik. Het procedurele luik hangt samen met de eigen wijze waarop in het Belgisch rechtsbestel de grondrechten worden beschermd. Wat de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties betreft, combineren wij een zgn. 'centrale' toetsing door het Grondwettelijk Hof aan de grondrechten die in titel II van de grondwet zijn gewaarborgd en een zgn. 'diffuse' toetsing door elke rechter aan de grondrechten gewaarborgd in de internationale mensenrechtenverdragen met rechtstreekse werking. Dit luik van het leerstuk over de samenloop van grondrechten leent zich op het eerste gezicht niet erg tot een rechtsvergelijkende benadering. Nederland kent immers geen toetsing van wetten aan de grondwet. Toch denken we dat het nuttig is om hier even op in te gaan. (par. 1) Precies het samengaan van een centrale en een diffuse toetsing verklaart immers dat er in ons land veel aandacht bestaat voor de samenloop van grondrechten. De problemen die door dat samengaan worden veroorzaakt en de oplossingen die ervoor werden bedacht kunnen wellicht ook inspirerend zijn voor onze Noorderburen, die zich – al een hele tijd – beraden over de invoering van een toetsing van de wet aan de grondwet.

3. Naast het procedurele luik is er ook een substantieel of materieel luik aan het leerstuk over de samenloop van grondrechten. Hierin staat de verschillende draagwijdte van de grondrechten centraal. De vraag rijst welke meerwaarde de grondwet resp. de verdragen bieden ten opzichte van elkaar en of een 'facelift' of een 'updating' van de grondwet – waarvan vele artikelen sinds 1831 ongewijzigd bleven – wenselijk is. (par.

* Jan Velaers is gewoon hoogleraar aan de Universiteit van Antwerpen.

2) Een andere vraag is wat de rechter moet doen wanneer hij geconfronteerd wordt met een grondrecht dat in de grondwet en in de mensenrechtenverdragen op een verschillende wijze wordt gewaarborgd. (par. 3) Het zal blijken dat dan drie beginselen de ‘samenloop’ beheersen: het beginsel van de ‘eensluidende interpretatie’, het beginsel van de ‘meest gunstige clausule’ en ten slotte ook het beginsel van de ‘hiërarchie van de normen’. Ten slotte rijzen nog vragen – zowel procedurele, als materiële – over de verhouding tussen de Europese en de nationale toetsing aan de grondrechten. Zowel het Europees Hof voor de rechten van de Mens, als het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen spelen inzake grondrechten een eersterangsrol. Die rol heeft ongetwijfeld ook een weerslag op de rol die de nationale rechter nog te spelen heeft. We zullen het hier niet hebben over de gekende problematiek van het (interpretatief) gezag dat de arresten van beide rechtscolleges wanneer ze zich over de Europese grondrechten uitspreken. Wel willen we het over de weerslag die de toetsing aan de grondrechten door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft op de toetsing door de nationale rechter van wetten die ‘in het kader van het gemeenschapsrecht’ worden uitgevaardigd, aan de Grondwet (par. 4).

I De samenloop van grondrechten: de centrale toetsing aan de Grondwet en de diffuse toetsing aan de verdragen

I.1 Het Belgische systeem: het gevolg van een ongeordende samenloop van omstandigheden

4. Lange tijd waren de wetten – en bij uitbreiding ook de decreten en de ordonnances – in België onschendbaar. Rechteren werden geacht te oordelen volgens de wet, niet over de wet. Die werd *juris et de jure* vermoed in overeenstemming te zijn met de grondwet. Rechteren mochten er de grondwettigheid niet van nagaan. Ze mochten er ook de verdragsconformiteit niet van nagaan. In het Belgische rechtssysteem gold immers een dualistische visie op de verhouding tussen het nationale en het internationale recht. Voor de besluiten was het anders. Reeds vanaf 1831 mocht de rechter, bij wege van exceptie, weigeren deze toe te passen. (art. 159 GW) In 1946 werd een Raad van State opgericht die deze besluiten – de akten en reglementen van administratieve overheden – kon vernietigen en later ook schorsen.¹

5. De onschendbaarheid van de wet is op een weinig coherente wijze teloorgegaan. Er deden zich twee evoluties voor. In het arrest *Franco-Suisse Le Ski* van 27 mei 1971, oordeelde het Hof van Cassatie dat elke rechter tot taak heeft wetten te toetsen aan de internationale verdragen met rechtstreekse werking. Het Hof stelde dat ‘wanneer het conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde regel moet voorgaan; dat deze voorrang volgt uit de aard zelf van

1. Art. 14 en 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

het bij verdrag bepaald internationaal recht'.² Het dualistische systeem werd dus ingeruild voor een monistisch systeem. De impact daarvan kan moeilijk worden overschat. Ooit had men het over een 'stilzwijgende herziening van de grondwet' door een arrest van het Hof van Cassatie.³ Het Hof vulde een leemte in de grondwet in. Het formuleerde een beginsel van constitutioneel recht⁴ en stelde een systeem van 'diffuse toetsing' aan de verdragen met rechtstreekse werking in. Sindsdien kan elke rechter een interne norm die strijdig is met het E.V.R.M., het BUPO-verdrag en andere mensenrechtenverdragen, weigeren toe te passen.

6. Naast deze evolutie, deed er zich nog een andere evolutie voor. Door de omvorming van de Belgische eenheidsstaat tot een federale staat deed zich de behoefte gevoelen om wetten, decreten en ordonnances te toetsen aan de bevoegdheidsverdelende regels in de grondwet. Daartoe werd in 1985 het Arbitragehof opgericht.⁵ De aanvankelijk zeer beperkte bevoegdheid van het Hof werd al vlug uitgebreid. Vanaf

-
2. Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959-968; J.T., 1971, 460-474 met conclusie van Ganshof van der Meersch. Zeer kritisch over deze motivering, L. François, 'Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles', J.T., 2005, 261-265; J.-S. Jamart, 'Observations sur l'argumentation: la primauté du droit international', R.B.D.C., 1999, 109-136.
 3. J.J.A. Salmon, 'Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation', J.T., 1971, 535.
 4. In een arrest van 5 december 1994 stelde het Hof van Cassatie uitdrukkelijk dat het toetsingsrecht van de rechter gebaseerd is op een algemeen rechtsbeginsel. (Cass. 5 december 1994, *Pas.*, 1994, 1048, nr. 533); De Raad van State had het in een advies over een 'algemeen beginsel van grondwettelijk recht'. (R.v.St., afd. Wetg. advies nr. 18.763/VR van 25 april 2000 over een ontwerp van wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof) Soms wordt de stelling verdedigd dat het door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 27 mei 1971 geponeerde beginsel een beginsel van het internationaal recht zou zijn, dat boven de grondwet staat. (in die zin bijv. Y. Verougstraete, 'Voorwoord', in J. Wouters en D. Van Eeckhoutte (eds.) *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Intersentia, 2006, vi: 'Het Hof van Cassatie (ook volgens zijn jaarverslag 2003) en de Raad van State, beide uitgesproken monistisch baseren hun bevoegdheid om te toetsen rechtstreeks op de internationale norm, zodat zelfs een grondwetsbepaling die hen zou verbieden te toetsen of alleen zou toelaten te toetsen met toelating van een ander orgaan (zoals het Arbitragehof of het parlement), als strijdig met de internationaal bindende norm zou worden ervaren en dus, in die logica, als niet werkzaam.') Die stelling kan niet worden bijgetreden. Volgens het internationaal recht zijn zowel monistische als dualistische systemen denkbaar. Slechts wat het Europees gemeenschapsrecht betreft is alleen een monistisch systeem toegelaten. Reeds Ganshof van der Meersch stelde uitdrukkelijk: 'La primauté du droit international demeure donc, dans une certaine mesure, affectée d'une condition suspensive: cette condition est la reconnaissance expresse ou tacite de la primauté du droit international, dans le système constitutionnel, ou, à tout le moins l'absence d'incompatibilité du système avec cette primauté', ('Réflexions sur le droit international et la revision de la Constitution', J.T., 1969, 496; Zie ook M. Melchior, 'Considérations sur les rapports entre traités, lois et constitution', in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1015-1026 en M. Claes, *The National Court's mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, 2006, 45-46, 167-168: 'Under classic international law, the effect of a treaty in the internal legal order of the Contracting Parties is determined by the domestic constitutional law of each participating State. There is no rule of international law requiring treaty law to be effective as such in the national legal order and with precedence over national law. The notions of "direct effect", "direct application" of "self-executingness" and of "priority", "precedence" or "supremacy" of treaty provisions belong not to international law, but rather to the area of national constitutional law referred to in French literature as "international constitutional law", i.e. the part of national (constitutional) law concerning the question whether and how international law takes effect in the national legal order.'
 5. In 1980 werd de oprichting van het Hof in de grondwet mogelijk gemaakt, in 1983 werd de wet over het Arbitragehof goedgekeurd en vanaf 1985 vervult het Hof zijn opdracht.

1989 mocht het Hof toetsen aan de artikelen 10 (gelijkheid), 11 (discriminatieverbod) en 24 (onderwijsrechten) van de grondwet en vanaf 2003 aan de hele titel II over 'De Belgen en hun rechten' alsook aan de artikelen 170, 172 en 191. Het was een bewuste optie van de grondwetgever om de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan de grondwet niet toe te vertrouwen aan de rechterlijke macht, doch daarvoor, naar Kelseniaanse model, een Grondwettelijk Hof op te richten, dat in 2007 overigens ook die naam kreeg. Anders dan de toetsing aan de mensenrechtenverdragen, is de toetsing aan de titel II van de grondwet een 'centrale toetsing': alleen het Grondwettelijk Hof kan, in het kader van een beroep tot vernietiging of een prejudiciële vraag van een rechtscollege, vaststellen dat een wet, decreet of ordonnantie strijdig is met de in de grondwet gewaarborgde grondrechten.⁶

7. Het resultaat van beide evoluties was uiterst onbevredigend. De toetsing van de wet aan de grondrechten heeft plaats op twee niveaus: door het Grondwettelijk Hof aan de grondrechten uit titel II van de Grondwet, door alle overige rechtscolleges aan de grondrechten uit de internationale mensenverdragen. Noch vanuit een principieel, noch vanuit een pragmatisch oogpunt is dit zinvol. De rechtsorde is immers een eenheid. De grondrechten uit de grondwet en uit de internationale verdragen moeten, zo mogelijk, in hun onderlinge samenhang worden toegepast. Het Belgische systeem haalde ze uit elkaar. Ook proceseconomisch klopt het systeem niet. Wanneer voor de strafrechter wordt opgeworpen dat een wet strijdig is met de vrijheid van meningsuiting en persvrijheid, moet deze een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming met de artikelen 19 en 25 van de grondwet, maar hij moet zelf toetsen aan de artikelen 10 van het E.V.R.M. en artikel 19 van het BUPO-verdrag. Wat zal hij doen en in welke volgorde? De procedures dreigen nodeloos te worden gerokken wanneer twee instanties zich over verknochte rechtsvragen moeten uitspreken. Ook het risico van tegenstrijdige uitspraken is niet denkbeeldig. Het zou het vertrouwen in de rechtsstaat en de rechtszekerheid uiteraard niet ten goede komen wanneer bijvoorbeeld het Grondwettelijk Hof een wet strijdig bevindt met het discriminatieverbod in de artikelen 10 en 11 van de grondwet en het Hof van Cassatie van oordeel is dat diezelfde wet niet strijdig is met artikel 26 van het BUPO-verdrag.

1.2 Een 'guerre des juges' vermeden...

8. Dat het geen zin heeft de toetsing aan de grondrechten op te splitsen, voelden zowel het Grondwettelijk Hof, als het Hof van Cassatie aan. Beiden poogden dan ook de eenheid in de toetsing te herstellen en het laken naar zich toe te halen. In een arrest van 22 juli 2004 stelde het Grondwettelijk Hof, toen nog Arbitragehof:

'Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen ver-

6. Zie D. Depré en V. Ost, 'La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution', in *La Cour darbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Brussel, Bruylant, 2004, 81-107.

vat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. (...) Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met de internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.⁷

Het Grondwettelijk Hof gaf m.a.w. aan dat het weliswaar alleen aan de bepalingen van titel II van de grondwet toetst, doch dat het deze zou samenlezen met de bepalingen in de internationale mensenrechtenverdragen. Enkele maanden later volgde de repliek van het Hof van Cassatie. In arresten van 9 en 16 november 2004 weigerde het Hof, in een duidelijk geval van samenloop van grondrechten, een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming van een wet met een bepaling uit titel II van de grondwet, met als motivering, 'dat het in de eerste plaats de rechter is die het verdrag uitlegt; dat het verdrag met rechtstreekse werking voorrang heeft op de grondwet en dat wanneer de grondwet geen verdere eisen stelt dan een verdragsbepaling met rechtstreekse werking, een toetsing van de wet aan het verdrag volstaat en een verdere toetsing van de wet aan de grondwet niet dienstig is'.⁸ Het Hof van Cassatie gaf m.a.w. aan dat het niet alleen aan de verdragsbepalingen met rechtstreekse werking toetst doch zelf ook oordeelt welke waarborgen de bepalingen van titel II van de Grondwet bieden, om nog slechts een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, nadat het zelf al heeft vastgesteld dat de Grondwet meer waarborgen biedt. Daarmee leek de 'guerre des juges' te zijn afgekondigd.

9. Het was de verdienste van de voorzitter van het Grondwettelijk Hof, de h. Arts, om op 21 oktober 2005 een symposium te organiseren waarop magistraten, advocaten en academici poogden een oplossing te vinden voor een aantal problemen die tussen de hoogste rechtscolleges waren gerezen. Ook het probleem van de samenloop van grondrechten lag op tafel. Er werd gezocht naar een oplossing die noch de toetsing aan de grondwet door het Grondwettelijk Hof, noch de toetsing aan de verdragen door alle rechtscolleges, in vraag stelde. Een eerdere poging van de regering om het Grondwettelijk Hof het monopolie te geven wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan het EVRM,⁹ dat om die reden zou worden 'geconstitutionaliseerd' in een nieuw artikel 32bis van de grondwet,¹⁰ was op heel wat bezwaren gestuit en

7. Arbitragehof, nr. 136/2004 22 juli 2004, overw. B.5.3.

8. Cass. 16 november 2004, P.040644N, concl. P. Duynslaeger (www.cass.be); Cass., 16 november 2004, P.04 1127.N met de commentaren van P. Popelier, R.W., 2005-2006, 388-389; R. Verstraeten en S. De Decker, T. Straf., 2005, 289-297; Cass. 9 november 2004, P.04.0849N, www.cass.be; met de commentaren van M.F. Rigaux, Rev. Dr. Pén., 2005, 789; F. Meerschaut, T.B.P., 2005, 43; B. Gors, R.B.D.C., 2005, 507-531 en A. Vandaele, C.D.P.K., 2005, 611-624. Zie ook E. Slautsky, 'D'une célèbre fromagerie Franco-Suisse au déni de démocratie', www.dev.ulb.ac.be.

9. Parl. St., Senaat, 2000-2001, 2-897/1.

10. Parl. St., Senaat, 2000-2001, 2-575/1.

mislukt.¹¹ Er werd dan ook een meer pragmatische oplossing voorgesteld.¹² Ze werd overgenomen in een voorstel van bijzondere wet dat in de Senaat werd ingediend,¹³ waar het op 26 juni 2008 met de vereiste tweederde meerderheid en meerderheid in elke taalgroep werd goedgekeurd,¹⁴ nadat tijdens hoorzittingen in de senaatscommissie was gebleken dat de korpshoofden van het Grondwettelijk Hof,¹⁵ het Hof van Cassatie¹⁶ en de Raad van State¹⁷ zich er in beginsel konden vinden. Omdat de kans reëel is dat het voorstel weldra ook door de Kamer, zal worden goedgekeurd, wijden we er hierna een bespreking aan.

a Voorrang aan de toetsing aan de grondwet

10. Het uitgangspunt van de regeling is de wil van de grondwetgever dat het Grondwettelijk Hof wetten, decreten en ordonnanties aan de grondrechten in de grondwet toetst. De Nederlandstalige Voorzitter van het Grondwettelijk Hof, M. Bossuyt, herinnerde in de senaatscommissie aan de redenen die de grondwetgever daartoe inspireerden. Een toetsing door een Grondwettelijk Hof biedt immers een aantal waarborgen:

‘Hierbij kan worden verwezen naar de bijzondere samenstelling van het Hof (gedeeltelijk uit voormalige parlementsleden en gedeeltelijk uit beroepsjuristen afkomstig uit beroepsjuristen uit het Hof van Cassatie, de Raad van State of de Belgische rechtsfaculteiten), naar het hoge aantal rechters dat deel uitmaakt van de zetel (minimum 7 en

-
11. Het belangrijkste bezwaar was dat een dergelijke hervorming een herziening van de grondwet vergt. Het beginsel dat elke rechter zelf de draagwijdte van internationale verdragen met rechtstreekse werking moet kunnen vaststellen om het ermee strijdige nationaal recht niet toe te passen, wordt immers als een constitutioneel beginsel beschouwd dat in de hiërarchie van de normen onder de grondwet, doch boven de bijzondere wet staat. Alleen de grondwetgever zelf kan dit beginsel dus opheffen. Daarenboven blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat op grond van het huidige artikel 142 van de grondwet aan het Grondwettelijk Hof geen bevoegdheid kan worden toegekend om te toetsen aan het internationaal of Europees recht. Tenslotte loste het voorstel van de regering het hiervoor geschetste probleem slechts gedeeltelijk op, omdat de hoven en rechtbanken niet alleen toetsen aan het E.V.R.M. doch ook aan het BUPO-verdrag en aan andere mensenrechtenverdragen.
 12. Zie J. Velaers, ‘De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten’, verslag van de tweede werkgroep, in A. Arts, I. Verougstraete, R. Andersen, e.a., (eds), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2006, 99-149. Zie de positieve evaluatie ervan door A. Alen, ‘Rechtspraak van het Hof van Cassatie: redenen om de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof te wijzigen?’ in A. Alen en J. Van Nieuwenhove, *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Die Keure, 2008, 8-9; E. Cloots, ‘Samenloop van grondrechten. Is het einde van de “guerre des juges” nabij?’, T.B.P., 2006, 259-272 en B. Gors, ‘Une cause de refus de renvoi préjudiciel: la primauté de la Convention européenne sur la institution’, R.B.D.C., 2005, 3-4; 518-519; Zie ook P. Van Orshoven, die een wetswijziging niet nodig acht, ‘Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?’, R.W., 2007-2008, 878-879 en P. Popelier, die meer ruimte wil laten voor diffuse toetsing, in *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 253-254.
 13. Parl. St., Senaat, 2006-2007, nr. 3-2042/1 en Parl. St., Senaat, B.Z. 2007, nr. 4-12/1.
 14. Parl. Hand., Senaat, 2007-2008, 4-36, 28 juni 2008, 4-36, p. 44-45.
 15. Zie de verklaring van de voorzitters Melchior en Bossuyt, namens het Hof Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 4 en 6 (Melchior), 9 (Bossuyt).
 16. Zie de verklaring van eerste voorzitter Londers van het Hof van Cassatie en van procureur-generaal Leclercq, beiden ‘in persoonlijke naam’ Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 10 en 20.
 17. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 23. (eerste voorzitter Andersen); p. 24 (auditeur-generaal Bouvier).

vaak zelfs alle 12 rechters van het Hof), naar de steeds tweetalige samenstelling van het Hof en, niet in het minst, naar de mogelijkheid waarover de institutionele verdedigers van de norm (de regeringen en de parlementen) beschikken om in het geding tussen te komen.¹⁸

Om de in de grondwet verankerde positie van het Grondwettelijk Hof te waarborgen wordt in het voorstel aan de toetsing door het Grondwettelijk Hof voorrang gegeven. Er wordt een nieuw artikel 26, § 4, in de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof opgenomen, dat eigenlijk een volgorde in de toetsing instelt. Bij samenloop van grondrechten moet eerst aan de grondwet worden getoetst en moet dus eerst ook de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof worden gesteld. De rechter mag niet eerst zelf toetsen aan de verdragen. De redenering die het Hof van Cassatie volgde in zijn arrest van 16 november 2004 wordt uitdrukkelijk afgewezen.¹⁹ Het voorgestelde artikel 26, § 4 bepaalt uitdrukkelijk dat wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wet, een decreet of een in artikel 134 van de grondwet bedoelde regel een grondrecht schendt ‘dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de grondwet en in een verdragsbepaling’, dat rechtscollege, in beginsel althans, de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stelt.

II. Het artikel heeft het over grondrechten die op ‘geheel of gedeeltelijk analoge wijze worden gewaarborgd’. In het verslag van de werkgroep dat aan de basis ligt van het voorstel wordt daarover gesteld:

‘Een volstrekt analoog grondrecht, is een grondrecht met een gelijk toepassingsgebied, een gelijke draagwijdte en gelijke beperkingsvoorwaarden. (bijv. het discriminatieverbod in artikel 10 van de grondwet en artikel 26 van het BUPO-verdrag). Een gedeeltelijk analoog grondrecht is een grondrecht met een (gedeeltelijk) gelijke draagwijdte, maar met een verschillend toepassingsgebied (bijv. discriminatieverbod in artikel 10 van de grondwet van de grondwet en artikel 14 EVRM) of een (gedeeltelijk) gelijke draagwijdte maar met verschillende beperkingsvoorwaarden (bijv. de vrijheid van meningsuiting in artikel 19 van de grondwet en artikel 10 EVRM).²⁰

Het voorgestelde artikel 26, § 4, vergt dat het grondrecht zelf op analoge wijze wordt gewaarborgd. Het volstaat dan ook niet te stellen dat de schending van een grondrecht dat in het EVRM is gewaarborgd – bijvoorbeeld het recht op behoorlijke rechtsbedeling – weliswaar niet rechtstreeks, doch wel onrechtstreeks – via de toepassing van de artikelen 10 en 11 van de grondwet, over de gelijkheid en het discriminatieverbod – op analoge wijze in de grondwet is gewaarborgd, tenzij wanneer de partijen

18. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 8, bijgetreden door senator Vandenberghe, *ibidem*, p. 32.

19. Zie Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p.5 (voorzitter Melchior) p. 17 (de nota ‘Grondlijnen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Rechterlijke macht en het Grondwettelijk Hof’, waarin het gezamenlijke standpunt van de eerste voorzitter en de procureur-generaal is weergegeven), p. 21 (proc.-gen. Leclercq).

20. J. Velaers, ‘De toetsing van wetten, decreten en ordonnances aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten’, T.B.P., 2005/4, p. 103.

ook de schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod opwerpen. Anders oordelen zou immers van elk recht gewaarborgd in een verdrag, een recht maken dat op analoge wijze in de grondwet wordt gewaarborgd.

12. In geval van samenloop, is de rechter verplicht ambtshalve de prejudiciële vraag te stellen. Dat een partij slechts opwerpt dat een door een verdrag gewaarborgd grondrecht wordt geschonden, is van geen belang. De rechter dient in dat geval ambtshalve te onderzoeken of dat grondrecht ook op analoge wijze in titel II van de grondwet is gewaarborgd. Is dat het geval, dan dient hij ambtshalve de prejudiciële vraag te stellen. Uit de besprekingen in de senaatscommissie blijkt dat men aldus wilde voorkomen dat de partijen, door hetzij het verdrag, hetzij de grondwet in te roepen, ‘à la carte’ zouden kunnen kiezen of de gewone rechter dan wel het Grondwettelijk Hof de toetsing zou doorvoeren. Men wilde ook voorkomen dat de partijen strategische spelletjes zouden spelen of aan forumshopping zouden doen door in eerste aanleg bijvoorbeeld een schending van het verdrag in te roepen, waarover de rechter zelf moet oordelen, om dan in beroep een schending van de grondwet aan te voeren, waarover alsnog een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof moet worden gesteld. Een risico van tegenstrijdige uitspraken is dan immers niet uitgesloten. Uit verschillende tussenkomsten in de senaatscommissie bleek dat men een formalistische opstelling afwees.²¹ Grondrechten zijn van openbare orde. Ook deze die in titel II van de grondwet zijn gewaarborgd. Vandaar dat de verplichting de prejudiciële vraag te stellen geldt van zodra wordt opgeworpen dat de wet ‘een grondrecht’ schendt ‘dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de grondwet en in een verdragsbepaling’. Op de rechter rust dus de verplichting om desgevallend ambtshalve na te gaan of er een samenloop van grondrechten in het geding is, ook al werpt de partij dat zelf niet op. Ook het Hof van Cassatie en de Raad van State, wanneer hij als cassatierechter optreedt, zijn daartoe verplicht. Hun korpschouwen²² hadden weliswaar de stelling verdedigd dat die verplichting zou ingaan tegen artikel 108o van het Gerechtelijk Wetboek²³ en tegen artikel 2 van het Regentsbesluit.²⁴ Volgens die bepalingen dienen respectievelijk het Hof van Cassatie, in burgerlijke zaken, en de Raad van State, zich te houden aan de wettelijke bepalingen die in het cassatiemiddel als geschonden werden aangewezen. Er werd een amendement ingediend om uitdrukkelijk in artikel 26, § 4 te bevestigen dat deze artikelen dienen te worden in acht genomen.²⁵ Het amendement werd echter verworpen.²⁶ De senaatscommissie achtte de zorg om door een coherente

21. Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, p. 24-25. (Vandenbergh).

22. Zie Parl. St., Senaat, 2007-2008 nr. 4-12/4, p. 18-19 (nota ‘Grondlijnen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Rechterlijke macht en het Grondwettelijk Hof’, waarin het gezamenlijke standpunt van de eerste voorzitter en de procureur-generaal is weergegeven) p. 20, 21, 26. (proc.-gen. Leclercq); p. 27 en 28 (eerste voorzitter de h. Londers) p. 29 (eerste voorzitter van de Raad van State de h. Andersen).

23. Zie artikel 108o Ger. W. ‘Het verzoekschrift dat zowel op het afschrift als op het origineel door een advocaat bij het Hof van Cassatie is ondertekend, bevat de uitzetting van de middelen van de eiser, zijn conclusie en de vermelding van de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd, een en ander op straffe van nietigheid.’

24. Zie artikel 2 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.

regeling strategische spelletjes en tegenstrijdige uitspraken te voorkomen belangrijker.²⁷ Uiteraard blijft het zo dat een partij de schending van een grondrecht moet aanvoeren, maar indien zij zich beperkt tot het inroepen van een schending van een verdragsbepaling, dienen het Hof van Cassatie en de Raad van State, in geval van samenloop, het middel uit te breiden tot de eventuele schending van de grondwet en daarover een prejudiciële vraag te stellen. Artikel 26, § 4, van de bijzondere wet heeft hier, als hogere rechtsregel en als *lex specialis*, voorrang op artikel 108o van het Gerechtelijk wetboek en op artikel 2 van het Regentsbesluit.

b *Geen overbodige prejudiciële vragen*

13. Er is echter ook nog een tweede luik aan de regeling. Het voorstel gaat ook in op een bezorgdheid die door eerste voorzitter Londers van het Hof van Cassatie als volgt werd verwoord: ‘Men mag niet uit het oog verliezen dat magistraten van de rechterlijke orde zich verantwoordelijk voelen voor een dossier en het systeem van de prejudiciële vraag dikwijls praktisch tot gevolg heeft dat de verdere afwikkeling van de zaak aanzienlijk wordt vertraagd.’²⁸ Met het oog op een vlotte rechtsbedeling en om de procedures niet langer te laten duren dan nodig, voert artikel 26, § 4, van de bijzondere wet twee nieuwe uitzonderingen in op verplichting tot het stellen van de prejudiciële vraag. De rechter is niet verplicht de prejudiciële vraag te stellen wanneer hij oordeelt dat de bepaling uit titel II van de grondwet ‘klaarblijkelijk niet geschonden is’ of wanneer hij oordeelt dat ‘uit een arrest van een internationaal rechtscollege of van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit de grondwet klaarblijkelijk geschonden is’. Die uitzonderingen gelden voor alle rechtscolleges. Ook het Hof van Cassatie en de Raad van State zijn niet verplicht vragen te stellen waarop het antwoord vooraf al duidelijk is. Ze hoeven niet te vragen naar de bekende weg. Niet alleen wanneer ze vinden dat de grondwet ‘klaarblijkelijk niet geschonden is’, doch ook wanneer ze oordelen dat deze ‘klaarblijkelijk wel geschonden’ is, zijn ze niet verplicht de vraag te stellen. Dat laatste moet dan wel blijken uit een arrest van

25. Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/3, nr. 3. (mevr. Defraigne), *ibidem*, 4-12/4, p. 40-44; Parl. Hand., Senaat, 26 juni 2008, 4-36, p. 36-37 (Defraigne).

26. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 54. Om geen enkel misverstand daarover te laten werd ook nog een amendement aanvaard om de Franse tekst af te stemmen op de Nederlandse tekst. Amendement Delpérée en Vandenberghe, Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/2. Zie ook Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 6 (voorzitter Melchior), p. 35 en 38 (Vandenberghe), p. 37 (Delpérée); Parl. Hand., Senaat, 26 juni 2008, 4-36, p. 35 (Vandenberghe).

27. Zie de stellingname van de vice-eerste minister en minister van Justitie Vandeuren ‘In elk geval moet vermeden worden dat men zou kunnen vervallen in procedurele spelletjes, waarbij een partij gebruik maakt van het formalisme om haar rechtsgang te kiezen en te selecteren, de confrontatie te vermijden of het probleem te verplaatsen of een nieuw probleem te creëren.’ Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 31.

Zie ook de tussenkomst van voorzitter van het Grondwettelijk Hof de h. Bossuyt, *ibidem*, p. 29 en van hoofdindieners Vandenberghe, *ibidem*, p. 34, 41, 45-46: ‘Het is de inhoud van de exceptie die telt en niet de formele verwijzing naar een mensenrechtenverdrag. Anders belandt men in een formalistisch systeem waarbij men nu eens de ene procedure zal voeren en dan weer de andere, naar gelang van de procesmogelijkheden of moeilijkheden en de rechtspraak van het ene of het andere hoge rechtscollege. Dat zal noodzakelijkerwijze tot een verdeelde rechtspraak leiden (...)’ en van de senaatsvoorzitter, *ibidem*, p. 42; zie ook het weer ingetrokken amendement nr. 4 van mevr. Crombé-Bertin, *ibidem*, p. 42 en 43.

28. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 9.

het Grondwettelijk Hof, wat de grondwet betreft, of uit een arrest van een internationaal rechtscollege, wat het verdrag betreft.²⁹ Het komt ons voor dat deze uitzonderingen niet strijdig zijn met artikel 142 van de grondwet juncto de artikelen 1, 2 en 26, § 1, 3, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 die het Grondwettelijk Hof opdragen de wetskrachtige normen te toetsen aan de artikelen van titel II van de Grondwet. Voor zover de ‘acte clair’-uitzondering betrekking heeft op de klaarblijkelijke niet schending van de grondwet, bestond ze al sinds 1989 voor de lagere rechtscolleges (artikel 26, § 2, derde lid, bijzondere wet).³⁰ Voor zover de ‘acte clair’-uitzondering voortaan ook betrekking heeft op de klaarblijkelijke schending van de grondwet, zorgt de voorwaarde dat dit moet blijken uit een arrest van het Grondwettelijk Hof ervoor dat de positie van dat Hof wordt geëerbiedigd. Uit de besprekingen in de senaatscommissie blijkt dat de rechter die weigert de prejudiciële vraag te stellen daarvoor een ‘pertinente motivering’ moet geven.³¹ Een stijlformule zal niet volstaan. De enen drongen erop aan dit ook in de bijzondere wet zelf in te schrijven of toch minstens in de parlementaire voorbereiding duidelijk te maken,³² de anderen vonden dat er uiteraard een motivering moest zijn, doch dat de verplichting daartoe ‘niet noodzakelijk in de toekomstige wettekst moet worden ingeschreven’.³³

c De Franco Suisse Le Ski-leer blijft geldig

14. Het nieuwe artikel 26, § 4, wijzigt *an sich* niets aan het constitutioneel beginsel dat alle rechters van de rechterlijke macht en van de administratieve rechtscolleges wetskrachtige normen kunnen toetsen aan verdragsrechtelijke bepalingen met rechtstreekse werking en kunnen weigeren deze toe te passen wanneer ze ermee strijdig zijn. De rechtspraak van het Hof van Cassatie, sinds het arrest Franco-Suisse Le Ski-arrest, wordt dus niet in vraag gesteld. De hoven en rechtbanken en ook de Raad van State, toetsen de wetskrachtige normen aan de verdragen, niet het Grondwettelijk Hof. Herhaaldelijk werd dit alles in de Senaatscommissie bevestigd.³⁴ Artikel 26, § 4, stelt slechts een volgorde in de toetsing in. Eerst moet de rechter het Grondwettelijk Hof

29. Nu het Grondwettelijk Hof de bepalingen van titel II van de Grondwet interpreteert in het licht van de analoge verdragsbepalingen en deze ook, via de toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zijn rechtspraak betreft, is het o.i. zelfs niet uitgesloten dat een rechter weigert de prejudiciële vraag te stellen omdat bijvoorbeeld uit een arrest waarin het Grondwettelijk Hof een wet toetst aan artikel 10 van de Grondwet, juncto artikel 6 van het EVRM, blijkt dat artikel 6 van het EVRM geschonden is.

30. Zie voor de verantwoording, J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 393, nr. 519. Anders Ph. Mahoux, die om die reden amendementen indiende om te vereisen dat ook de klaarblijkelijke niet-schending zou blijken uit een arrest van het Grondwettelijk Hof, (Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/3, nr. 2) of om de uitzondering helemaal te schrappen. De amendementen werden verworpen (Parl. Hand., Senaat, 26 juni 2008, 4-36, p. 38 en 39, 41).

31. Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, p. 24. (Vandenberghé).

32. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 6 (voorzitter Grondwettelijk Hof Melchior) ‘Voorzover de wettekst het niet zelf bepaalt, zou toch minstens uit de parlementaire voorbereiding moeten blijken dat die vaststelling omstandig gemotiveerd moet zijn en niet beperkt mag blijven tot een considerans van het type: “overwegende dat artikel zoveel van de Grondwet klaarblijkelijk niet wordt geschonden door de bepalingen ter zake”. Bovendien moet worden vermeld of een arrest van het Grondwettelijk Hof mogelijk al in die zin werd uitgesproken.’

33. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 10 (eerste voorzitter Londers), p. 33 en 38 (Vandenberghé).

34. Zie bijv. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 4 (senator Vandenberghé), p. 7 (voorzitter Bosuyt).

toelaten te toetsen aan de grondwet, daarna kan de gewone rechter – voorzover nodig – nog steeds toetsen aan het verdrag. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof heeft weliswaar gezag van gewijsde, doch alleen voorzover ze een antwoord biedt op de gestelde prejudiciële vraag.³⁵ Aangezien het Hof niet rechtstreeks toetst aan de verdragen, doch alleen aan de grondwet heeft het gezag van gewijsde, strikt gezien, uitsluitend betrekking op het oordeel dat de grondwet al dan niet is geschonden. Men dient er daarbij wel mee rekening – zoals we later nog uitvoerig zullen zien – dat het Grondwettelijk Hof de artikelen in de grondwet op een ‘verdragsconforme wijze’ interpreteert. In de toelichting bij het voorstel van bijzondere wet luidt het dan ook:

‘Wanneer het Arbitragehof een wetgevende norm heeft getoetst aan de grondwet in samenhang gelezen met een verdragsbepaling is het rechtscollege dat de vraag heeft gesteld gebonden door het antwoord van het Hof over de verenigbaarheid van de wetgevende norm met de grondwet, in samenhang gelezen met het Verdrag. Het Grondwettelijk Hof beschikt immers alleen over de bevoegdheid om wetgevende normen te toetsen aan de Grondwet, in voorkomend geval in samenhang gelezen met verdragsbepalingen.’³⁶

De subtiliteit van deze toelichting moge duidelijk zijn. Er staat niet dat de rechter gebonden is door het antwoord van het Hof over de overeenstemming van de wet met de verdragsbepaling – want daarover spreekt het Hof zich niet rechtstreeks uit – doch wel door het antwoord van het Hof over de overeenstemming van de wet met de bepaling uit de grondwet, ‘in samenhang gelezen met een verdragsbepaling’.³⁷ Ook al is de regeling in het nieuwe artikel 26, § 4, dus niet helemaal sluitend en zijn tegenstrijdige arresten nog steeds niet uitgesloten,³⁸ toch mag men verwachten dat het nieuwe artikel in de overgrote meerderheid van de gevallen voor juridische vrede zal zorgen. De bereidheid van de rechtscolleges om de eigen opdracht te vervullen in wederzijdse loyaliteit en met het oog op een rechtszekere rechtspraak, is daarvoor trouwens hoe dan ook een *conditio sine qua non*.

15. Het moge duidelijk zijn dat het voorstel van bijzondere wet dat door de senaatscommissie werd goedgekeurd een compromis is, met een ‘vleugje “voor wat, hoort wat”’,

35. Zie P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, o.c., nr. 817 en nr. 775-777.

36. Parl. St., Senaat, B.Z. 2007, 4-12/1, p. 8.

37. Zie ongeveer in dezelfde zin de nota ‘Grondlijnen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Rechterlijke macht en het Grondwettelijk Hof’, waarin het gezamenlijke standpunt van de eerste voorzitter en de procureur-generaal is weergegeven: ‘Dit brengt eveneens mee dat de rechterlijke macht in beginsel ook niet gebonden is door de interpretatie die het Grondwettelijk Hof geeft aan normen van internationaal of supranationaal recht, ongeacht de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om aan te geven dat wetten, decreten of ordonnances, in samenhang gelezen met bepalingen van internationaal of supranationaal recht, de grondwet schenden.’ Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, p. 16.

38. Sluitend zou de oplossing slechts zijn indien men hetzij de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om te antwoorden op prejudiciële vragen over grondrechten zou afschaffen, of integendeel aan het Grondwettelijk Hof de exclusieve bevoegdheid zou toekennen om te toetsen aan de mensenrechtenverdragen. Deze zeer drastische oplossingen zouden op heel wat bezwaren stuiten. De opheffing van de ‘Franco Suisse Le Ski’-benadering, zou ook op gespannen voet kunnen staan met de Simmenthal-rechtspraak van het Hof van Justitie. Zie daarover *infra* nr. 63 en 64.

zoals voorzitter Melchior van het Grondwettelijk Hof het uitdrukte.³⁹ De eerste voorzitter van het Hof van Cassatie Londers gaf toe dat er ‘door omstandigheden’ ‘sprake is geweest van een “guerre des juges”’.⁴⁰ Eerste Voorzitter Andersen van de Raad van State hield het bij ‘schermutselingen, grensincidenten die misschien wel zouden kunnen escaleren tot een dergelijke oorlog’.⁴¹ Volgens procureur-generaal Leclercq moet ‘de tijd dat drie groepen van alpinisten sneeuwballen naar elkaar gooien, in de mate van het mogelijke gedaan zijn’.⁴² Op het eerste zicht zou men geneigd zijn te denken dat in het compromis vooral het Grondwettelijk Hof het laken naar zich toe wist te halen. Ons komt het echter voor dat ook het Hof van Cassatie versterkt uit de strijd komt. Terecht herinnerde Procureur-generaal Leclercq aan de woorden van kardinaal de Retz: ‘Seuls les faibles ne savent jamais quand ils doivent plier’.⁴³

16. Overigens weze nog vermeld dat ook Frankrijk weldra zou te maken kunnen krijgen met de problemen eigen aan een gemengd systeem met een centrale en een diffuse toetsing aan grondrechten. In Frankrijk toetst de Conseil constitutionnel aan de grondwet, terwijl elke rechter toetst aan de verdragen.⁴⁴ Tot nu toe gebeurde de toetsing aan de grondwet echter voor de afkondiging van de wet, terwijl de toetsing aan de verdragen betrekking heeft op de van kracht zijnde wetten. Op grond van het nieuwe artikel 61-1⁴⁵ van de grondwet kan de rechtszoekende voortaan voor de rechter opwerpen dat een wet de in de grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden schendt. De vraag kan door het Hof van Cassatie en de Raad van State – die als een filter zullen optreden⁴⁶ – worden voorgelegd aan de Conseil Constitutionnel. De precieze toepassingsmodaliteiten hiervan zullen in een organieke wet worden geregeld. In de

39. Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, p. 6.

40. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 9.

41. Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, 2007-2008, p. 22.

42. Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 20.

43. Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, p. 22.

44. Zie art. 55 Franse Grondwet. Zie wat het Hof van Cassatie betreft, Cass. (chambre mixte), 24 mei 1975, Société des Cafés Jacques Vabre, D. 1975, 497. Zie wat de Raad van State betreft, Conseil d'Etat, 20 oktober 1989, Nicolo, R.F.D.A., 1989, p. 823.

45. ‘Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article.’

46. Zie de toelichting bij het ‘projet de loi constitutionnel’, n° 820: ‘Ce contrôle *a posteriori* serait confié au Conseil constitutionnel, chargé aux juridictions des ordres administratif et judiciaire d’écarter les questions ne soulevant pas de difficulté sérieuse et de renvoyer les autres, selon les cas, au Conseil d’État ou à la Cour de cassation, chacune de ces cours suprêmes assurant pour sa part un rôle de filtre avant transmission au Conseil constitutionnel. Seraient ainsi conciliés l’exigence de sécurité juridique, le respect du Parlement, la nécessité de ne pas engorger le Conseil constitutionnel et le progrès dans la protection des droits fondamentaux.’

toekomst zou dus ook het Franse rechtssysteem te maken kunnen krijgen met de problemen waartoe een gemengd systeem, bij samenloop van grondrechten, leidt.⁴⁷

2 De meerwaarde van de Grondwet resp. de verdragen bij het waarborgen van grondrechten

17. Uit een vergelijking van titel II de Grondwet en de mensenrechtenverdragen blijkt dat zowel de catalogus van grondrechten vaak verschilt, als wat we het 'waarborg-systeem' zouden kunnen noemen, met name de regels over de interpretatie, de waarborgen, het misbruik, de beperkingen en de afwijkingen van de grondrechten.

2.1 De catalogus van grondrechten

18. De Belgische grondwet dateert van 1831. Ze was een kind van haar tijd. In het begin van de XIX-eeuw ging het er vooral om de zgn. liberale grondrechten te waarborgen.⁴⁸ Het ging om vrijheden die de burgerij in de 19de eeuw had verworven op het autocratische 'ancien regime', met daarin ook – en dit is specifiek voor België – een bepaling over de taalvrijheid. (art. 30 GW) Vanaf 1970 heeft de grondwetgever reële inspanningen geleverd om de catalogus van grondrechten te actualiseren. Titel II telt thans vijftientig artikelen over grondrechten.⁴⁹ Zestien ervan bleven ongewijzigd. Ze luiden nog steeds zoals het Nationaal Congres dat in 1831 heeft bepaald.⁵⁰ Negen artikelen zijn nieuw. Ze vullen de grondwettelijke catalogus aan met bepalingen over de gelijkheid van man en vrouw (art. 10 en 11bis – 2002), de non-discriminatie o.m. om ideologische of filosofische redenen (art. 11 – 1970), de afschaffing van de doodstraf (art. 14bis – 2004), het recht op een privé- en gezinsleven (art. 22 – 1994), de rechten van het kind (art. 22bis – 2000), het recht op een menswaardig leven en een aantal sociale, economische en culturele grondrechten (art. 23 – 1994), de rechten

47. Ook in Portugal wordt een centrale en een diffuse toetsing gecombineerd. Het Grondwettelijk Hof heeft echter enig overwicht doordat er een mogelijkheid bestaat om bij dat Hof een beroep in te dienen tegen beslissingen van rechtscolleges die de toepassing weigeren van een wetgevende akte wegens strijdigheid met een internationaal verdrag. Aldus toetst het Grondwettelijk Hof niet alleen aan de Grondwet, doch heeft ook het laatste woord bij de toetsing aan de internationale verdragen. Wet n° 85/89 van 1989 tot wijziging van de wet over de inrichting, de werking en de rechtspleging voor het Tribunal Constitucional.

48. In titel II komen bepalingen voor over de gelijkheid van de Belgen (art. 10), over waarborgen bij vrijheidsberoving (art. 12) en bij strafvervolgning (art. 14, 17 en 18), over onteigening (art. 16), over de vrijheid van meningsuiting (art. 19), de vrijheid van eredienst (art. 19, 20 en 21), de vrijheid van onderwijs (art. 24), de persvrijheid (art. 25), de vrijheid van vergadering (art. 26), de vrijheid van vereniging (art. 27), de onschendbaarheid van de woning (art. 15) en van de briefwisseling (art. 29) en de taalvrijheid (art. 30).

49. We laten de artikelen 8 en 9 buiten beschouwing, aangezien deze niet over grondrechten handelen.

50. Art. 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 van de Grondwet.

inzake onderwijs (art. 24 – 1988) en de openbaarheid van bestuur (art. 32 – 1993). Ook thans zijn er nog voorstellen tot herziening bij de Kamers aanhangig.⁵¹

19. Tot nu toe ging de grondwetgever steeds ‘pointillistisch’ te werk.⁵² Hier en daar werd telkens een grondrecht toegevoegd, zonder dat duidelijk werd volgens welk vooropgezet plan of volgens welke criteria dit gebeurde. Dat wekt soms een beetje een indruk van willekeur. Zo onderzoekt de Constituante thans bijvoorbeeld een voorstel om een tweede artikel over de rechten van het kind in de Grondwet op te nemen. Terwijl in art. 22bis al het recht op eerbiediging van de morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit wordt gewaarborgd, beoogt men er – we leven nog steeds in het ‘post-Dutroux’-tijdperk – nog een artikel 22ter aan toe te voegen met rechten die overigens al in het Verdrag over de Rechten van het Kind worden gewaarborgd.⁵³ De bezorgdheid van de grondwetgever voor de rechten van het kind kan uiteraard worden toegejuicht, doch staat in schril contrast met het ontbreken in titel II van de grondwet van een artikel over bijvoorbeeld het recht op leven, de waarborgen bij vrijheidsberoving of het recht op behoorlijke rechtsbedeling.⁵⁴ Een systematische updating, zoals die in Nederland in 1981 plaats vond, bleef tot nu toe in België uit. Aan de preconstituante lag het niet, want die heeft herhaaldelijk in de verklaring tot herziening van de grondwet de mogelijkheid gecreëerd om ‘nieuwe bepalingen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’.⁵⁵ Tijdens de vorige legislatuur werd in de Kamer zelfs een werkgroep geïnstalleerd onder leiding van de h. De Donnea die als opdracht had de

51. Ze betreffen artikel 10, tweede lid, G.W. over de toegang tot het openbaar ambt (Parl. St., Kamer, 2007-2008, 52-311/1; Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-246/1); artikel 22ter GW over rechten en vrijheden van personen met een handicap (Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-393/1); artikel 23 GW over het recht op watervoorziening (Parl. St., Kamer, 2007-2008, 52-788/1; Parl. St., Senaat, 52-407/1); het recht toegang tot energie (Parl. St., Kamer, 2007-2008, 52-1279/1); het recht op universele dienstverlening inzake post, communicatie en mobiliteit (Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-311/1) en de vrijheid van ondernemen en van handel en nijverheid (Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-311/1), en artikel 28 over de federale ombudsmannen (Parl. St., Kamer, 2007-2008, 52-260/1-5).

52. Zie R. Verdussen, ‘Le pointillisme constitutionnel’, in *De Grondwet, verleden, heden en toekomst*, Cahier Belgische Senaat 2, Brussel, Bruylant, 2006, 121-128.

53. ‘Elk kind heeft het recht zijn mening te uiten in alle aangelegenheden die het aangaan; met die mening wordt rekening gehouden in overeenstemming met zijn leeftijd en zijn onderscheidingsvermogen. Het kind heeft recht op maatregelen en diensten die zijn ontwikkeling bevorderen. Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat.’ Parl. St., Kamer, 2007-2008, 52-175/1 tot 6 en Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-800/1.

54. Zie thans wel reeds de art. 13, 31, 144 tot 146, 148, 149, 152, 154 en 155 van de Grondwet.

55. Zie ook de recente verklaring tot herziening van de grondwet van 2 mei 2007.

mogelijkheid te onderzoeken van een ‘algehele updating modernisering, bijwerking, hercodificatie van titel II van de grondwet, in het licht van de verdragen inzake mensenrechten’.⁵⁶

20. Het is onmogelijk om in het korte bestek van dit preadvies een volledig overzicht te bieden van alle grondrechten die wel in de verdragen doch niet in de Grondwet worden gewaarborgd. Vooral de vergelijking met de meest actuele en exhaustieve catalogus van grondrechten in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is revelerend.⁵⁷

21. De vraag rijst of het nodig is al deze grondrechten of een aantal ervan in de grondwet in te schrijven. Vanuit een pragmatisch oogpunt kan men daartegen opwerpen dat voorzover deze grondrechten al gewaarborgd worden in internationale verdragen met rechtstreekse werking, de juridische meerwaarde van een constitutionalisering eerder gering is. De burger kan immers de schending van deze rechten al invoeren voor de nationale rechter. Zelfs het Grondwettelijk Hof ziet toe op de naleving ervan. Rechtstreeks toetsen aan de verdragen kan het Hof weliswaar niet. Onrechtstreeks doet het dat echter wel.⁵⁸ Zodra voor het Hof wordt opgeworpen dat een wet een bepaalde uitoefening van een in een verdrag gewaarborgd grondrecht beperkt en dat daardoor de artikelen 10 en 11 van de grondwet over het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod worden geschonden, acht het Hof

56. Zie het verslag, met de nota's van de experts J. Velaers en S. Van Drooghenbroeck, 'De bij de Grondwet gewaarborgde grondrechten getoetst aan de internationale instrumenten ter bescherming van de grondrechten', *Parl. St., Kamer*, 2006-2007, 2867/1. Omdat het Handvest van de Unie de ruimste catalogus bevat beval de werkgroep aan in de verklaring tot herziening van de grondwet de mogelijkheid te creëren om in titel II van de Grondwet rechten uit dit Handvest toe te voegen. ('Aanbevelingen voor een verklaring tot herziening van titel II van de Grondwet', *Parl. St., Kamer*, 2006-2007, 51-2304/2) Uiteindelijk bevestigde de preconstituante de eerdere verklaringen die verwezen naar het EVRM.

57. In titel II van de Grondwet zijn niet of slechts in mindere mate gewaarborgd: het recht op menselijke waardigheid (art. 1) het recht op leven (art. 2), het recht op menselijke integriteit (art. 3) het verbod van folteringen en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen (art. 4); het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 5); het recht op veiligheid (art. 6 H); het recht te huwen en het recht een gezin te stichten (art. 9); de vrijheid van ondernemerschap (art.16); het asielrecht (art. 18); de bescherming bij verwijdering, uitzetting en uitlevering (art. 19); de rechten van ouderen (art. 25), de integratie van personen met een handicap (art. 26); het recht op voorlichting en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming (art. 27) het recht op toegang tot arbeidsbemiddeling (art. 29); de bescherming bij kennelijk onredelijk ontslag (art. 30); het verbod van kinderarbeid en bescherming van jongeren op het werk (art. 32); het recht op gezins- en beroepsleven (art. 33); het recht op toegang tot diensten van algemeen economisch belang (art. 36); het recht op consumentenbescherming (art. 38); het recht op behoorlijk bestuur (art. 41); de ombudsman (art. 43); het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht (art. 47) het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging (art. 48); het non bis in idem-beginsel in strafzaken) (art. 50).

58. Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990. Steeds weer benadrukte het Hof: 'De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regels van gelijkheid en van niet-discriminatie zijn van toepassing ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend, met inbegrip van die welke voortvloeien uit internationale verdragsbepalingen die België binden.' Arbitragehof, nr. 51/94, 29 juni 1994, overw. B.5.2.

zich bevoegd.⁵⁹ Het beperkt zich er dan echter niet toe het klassieke schema voor de beoordeling van een ongelijke behandeling toe te passen, doch gaat gewoon na of het in het verdrag gewaarborgd grondrecht werd geschonden. Is dat het geval dan wordt de wet meteen als discriminerend beschouwd in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het volstaat op de website van het Hof ‘arresten’ en vervolgens ‘register’ aan te klikken, om in het ‘Register van de normen waarnaar het Hof heeft verwezen’, vast te stellen dat bijna alle mensenrechtenverdragen erin voorkomen. De juridische meerwaarde van een constitutionalisering van die grondrechten zou dus eerder gering zijn. Ze zou slechts tot gevolg dat de rechtszoekende niet meer de ‘omweg’ via de artikelen 10 en 11 van de grondwet hoeft te bewandelen. Maar dat is een louter pragmatische benadering.

22. Een meer principiële benadering is mogelijk en lijkt ons ook wenselijk. Uiteindelijk gaat het om de plaats en de betekenis van de nationale grondwet in de rechtsorde. Van een grondwet mag men verwachten dat die de grondrechten van de burgers waarborgt en daarbij gelijke tred houdt met de eigentijdse aspiraties, behoeften en verwachtingen. De grondwet mag geen achterhaald document zijn dat slechts de gevoeligheden en noden van een andere tijd weerspiegelt. Het komt dan ook aan de grondwetgever toe ervoor te zorgen dat de *catalogus up to date* blijft. Niet dat alle rechten en vrijheden die in de internationale verdragen worden gewaarborgd, ook noodzakelijkerwijze in de grondwet moeten terecht komen. Het zou onbegonnen werk zijn om de zeer ruime en vaak ook zeer gedetailleerde catalogus van mensenrechten uit de vele algemene en bijzondere mensenrechtenverdragen in de grondwet over te nemen. Zolang staten een geschreven grondwet hebben is het echter vanzelfsprekend dat er verder wordt nagedacht over de grondrechten die een plaats in die grondwet verdienen en vooral ook over de specifieke waarborgen waarmee men ze in de eigen rechtsorde wil omgeven.

2.2 Het waarborgsysteem van de grondrechten

23. Bij een vergelijking van de grondwet met de mensenrechtenverdragen blijkt dat niet alleen de catalogus van grondrechten verschilt, doch ook de waarborgen die er voor elk grondrecht worden geboden. Op een aantal vlakken biedt titel II van de Grondwet nog steeds meer en vooral preciezere waarborgen dan de mensenrechtenverdragen. Dit is bijvoorbeeld het geval met de vrijheid van onderwijs (art. 24 GW), de vrijheid van eredienst (art. 19, 20 en 21 GW) en de bescherming bij onteigening (art. 16 GW). Voor andere grondrechten stelt de Belgische Grondwet strengere beperkingsvoorwaarden. Ze weerspiegelt daarbij de rechtspolitieke inzichten die typisch zijn voor het begin van de 19de eeuw. In het licht van de ervaringen uit het verleden, opteerde de grondwetgever ervoor te leven met de risico's van de vrijheid, veeleer dan met de risico's van het preventieve optreden van de overheid. Vandaar dat alleen 'regelende' (die de modaliteiten van de uitoefening regelen) en 'repressieve'

59. Zie over de 'soepele' wijze waarmee het Hof zich daarbij opstelt, J. Theunis, 'De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof. Overzicht van rechtspraak 2007', T.B.P., 2008, 346-347.

maatregelen zijn toegestaan.⁶⁰ Vandaar het beginsel ‘vrijheid in verantwoordelijkheid’: eerst de vrijheid, dan pas de verantwoordelijkheid. Vervolgens stelde de grondwetgever ook veel vertrouwen in de wetgever. Uit een lezing van titel II en ook van de *Discussions du Congrès National* van Huyttens,⁶¹ blijkt dat men er in 1831 vanuit ging dat de grondrechten vooral dienden te worden beschermd tegen de uitvoerende macht. De wetgevende macht werd door het Nationaal Congres met veel ontzag en vertrouwen bejegend. In tal van bepalingen wordt het aan het Parlement overgelaten om de uitoefening van de grondrechten ‘bij of door de wet’ te regelen en te beperken.⁶² Het Nationaal Congres vond dat er geen betere bescherming was dan die van de wet zelf.⁶³ Toetsing van de wet aan de Grondwet, door een rechter, was in 1831 niet aan de orde. Toen er in 1989 voor werd gepleit om het Arbitragehof toe te laten te toetsen aan de hele titel II van de Grondwet, antwoordde de regering dat dit slechts kon gebeuren nadat die titel II was ‘herijkt’, m.a.w. nadat er toetsingsmaatstaven waren in opgenomen die het Hof bij de toetsing zou kunnen gebruiken.⁶⁴ Vandaag 16 jaar later zijn die toetsingsmaatstaven er nog steeds niet. Aan het Grondwettelijk Hof werd inmiddels wel de bevoegdheid toegekend om te toetsen aan de onaangepaste titel II van de Grondwet. We weten inmiddels op welke wijze het Hof dat oplost. Bij gebrek aan toetsingsmaatstaven in de grondwet zelf, ontleent het Hof deze aan de analoge bepalingen uit de internationale verdragen. Hierop gaan we verder nader in.

24. Het beschermingssysteem in de internationale mensenrechtenverdragen die in de naoorlogse periode werden gesloten, weerspiegelt uiteraard heel andere rechts-

60. Het verbod van preventieve maatregelen vinden we in verschillende artikelen expliciet of impliciet terug. Zo bepaalt artikel 19: ‘De vrijheid van eredienst, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van de vrijheden worden gepleegd.’ Artikel 24, par. 1, stelt uitdrukkelijk: ‘Het onderwijs is vrij; elke preventieve maatregel is verboden...’ Artikel 25 bevestigt: ‘De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geëist van de schrijvers, uitgevers of drukkers.’ Artikel 26 stelt in dezelfde zin: ‘De Belgen hebben het recht vreedzaam en ongewapend te vergaderen, mits zij zich gedragen naar de wetten, die het uitoefenen van dit recht kunnen regelen zonder het echter aan een voorafgaand verlof te onderwerpen.’ Artikel 27 tenslotte, sluit de rij af met een duidelijk: ‘De Belgen hebben het recht van vereniging; dit recht kan niet aan enige preventieve maatregel worden onderworpen.’ Eén uitdrukkelijke uitzondering is opgenomen in art. 26, lid 2, G.W., voor de vrijheid van vergadering in open lucht, en, volgens het Hof van Cassatie voor elke uitoefening van een vrijheid in open lucht. Cass. 23 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 75 (i.v.m. processies) en Cass. 18 januari 1892, *Pas.* 1892, I, 86 (i.v.m. het uitdelen van pamfletten); Cass. 14 januari 2005, Co30622N (i.v.m. een stickeractie en betoging van GAIA tegen een circus).

61. E. Huyttens, *Discussions du Congrès National de Belgique*, Brussel, 1845, 5 dln.

62. Zie bijvoorbeeld de artikelen 8, 10, tweede lid, 12, tweede lid, 13, 14, 15, 16, 19, 21, tweede lid, 22, 23, tweede lid, 24 § 1, 26, tweede lid, 29, tweede lid, 30, 32 G.W.

63. Zie bijv. G. Cerexhe, “‘Les matières reserves’: une notion de droit constitutionnel?”, *Adm. Publ.*, (T), 1983, 252: ‘Cette confiance en la loi résultait de l’application de la théorie de Jean-Jacques Rousseau selon laquelle la loi était l’expression de la volonté générale et ne pouvait être oppressive. Elle devait par conséquent être considérée comme la meilleure garantie du respect des droits individuels et était seule à même de préserver l’individu des emprises de l’exécutif. Inspiré par cette théorie, le constituant a, aux articles 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19, 22, 23 et 128 prévu expressément l’intervention du législateur pour apporter des restrictions aux libertés individuelles.’

64. Eerste Minister Martens stelde dat ‘wanneer we het zwaartepunt van de bescherming van de grondrechten zouden willen verleggen van het Parlement naar een Grondwettelijk Hof, we ook titel II van de Grondwet (dienen) te “herijken”’, *Parl. St.*, Senaat, 1988-89, nr. 483/2, 9.

politieke keuzen. Een *a priori* vertrouwen in het om het even welke overheidsmacht is niet aan de orde. Veeleer gaat men er vanuit dat de grondrechten tegen elke macht moeten worden beschermd, ook tegen de wetgevende macht. Actuele grondwetten en internationale verdragen inzake mensenrechten, geven de wetgever niet langer *carte blanche* om de uitoefening van de grondrechten te regelen en te beperken. Ze houden beperkingsclausules in waaraan ook de wetgever zich dient te houden. Ze plaatsen de grondrechten in het perspectief van de democratische rechtsorde en stellen als voorwaarden dat de beperkingen bij wet moeten zijn voorzien – waarmee dan niet de formele wet, doch de materiële wet die voldoende duidelijk en toegankelijk is en voorspelbaar in haar toepassingen – dat ze een algemeen belang of de rechten van anderen beogen te beschermen en vooral ook dat ze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Van een principieel verbod van preventieve maatregelen is er geen sprake. Dat verbod heeft plaats gemaakt voor een ander axioma: het vereiste dat elke beperking ‘evenredig’ is met het doel dat ermee wordt nagestreefd, wat impliceert is dat ze geschikt is (appropriate) en noodzakelijk (no less restrictive alternative) om dat doel te bereiken en daarenboven geen nadeel berokkent dat onevenredig is t.a.v. het voordeel dat ermee wordt bereikt.⁶⁵ Terwijl de grondwet van 1831 veeleer door een ‘formeel’ beperkingsstelsel wordt gekenmerkt, is het beperkingsstelsel in de verdragen ‘materiële’. Het biedt overigens niet alleen toetsingsmaatstaven om de legitimiteit van beperkingen van de grondrechten te beoordelen doch – anders dan de grondwet – ook om ‘afwijkingen’ ten tijde van oorlog of algemene noodgestand (art. 15 EVRM, vgl. art. 187 GW)⁶⁶ toe te staan en ‘misbruiken’ in de uitoefening van het grondrecht vast te stellen (art. 17 EVRM).⁶⁷

25. De werkgroep van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, waarover we het hiervoor al hadden, heeft onderzocht of het wenselijk zou zijn om die actuele inzichten ook in de titel II van de grondwet op te nemen. Dat zou kunnen door, zonder afbreuk te doen aan de specifieke constitutionele waarborgen, een aantal transversale bepalingen op te nemen die van toepassing zouden zijn op alle grondrechten van titel II. Het leidde tot de aanbeveling om in de verklaring tot herziening van de grondwet de invoering in titel II mogelijk te maken van zes transversale bepalingen, respectievelijk over het waarborgen van de grondrechten – met het klassieke drieluik⁶⁸ ‘eerbiedigen, bevorderen (positieve verplichtingen) en beschermen (horizontale werking)’ – over de verdragsconforme interpretatie van grondrechten, over het misbruik van grondrechten, over de beperkingen van grondrechten, over de afwijking van grondrechten in oorlogstijd of bij een ander openbaar gevaar dat de Natie bedreigt en over de bevoegd-

65. Zie S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussel, Bruylant, 2001, 785 p.

66. Zie ook art. 4 BUPO-verdrag.

67. Zie ook art. 5, § 1, BUPO-verdrag, art. 5, § 1, IVESCR, art. 54 Handvest van grondrechten van de Europese Unie, art. 30 Universele Verklaring tot bescherming van de Rechten van de Mens.

68. ‘to respect, to fulfill and to protect’, *respecter, promouvoir et protéger*.

heidsverdeling inzake grondrechten in het federaal bestel.⁶⁹ De aanbeveling werd door de preconstituante niet gevolgd.

26. De huidige tekst van de grondwet is gedateerd en geeft slecht de stand van het actueel geldend constitutioneel recht weer. Het zet de burger vaak op het verkeerde been. ‘De briefwisseling is onschendbaar’, stelt artikel 29 van de grondwet, maar dat is niet zo, want uit de praktijk en ook uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat beperkingen mogelijk zijn.⁷⁰ Voor de beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven volstaat het dat de wet ‘de gevallen en de voorwaarden’ bepaalt stelt artikel 22 van de grondwet, maar ook dat is niet zo, want uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat men artikel 22 moet lezen in het licht van de beperkingsvoorwaarden die in artikel 8, tweede lid, van het EVRM, zijn bepaald.⁷¹ In oorlogstijd kan titel II van de Grondwet niet worden geschorst (art. 181 G.W.), maar ook hier is de werkelijkheid anders, zoals de ervaringen in de Eerste en de Tweede wereldoorlog aantonen.⁷² Is het verantwoord deze decalage tussen de tekst van de grondwet en de reële draagwijdte van het grondwettelijk recht in stand te houden?

27. De zgn. Commissie van Venetië – de Commissie voor de democratie door het recht – van de Raad van Europa, die sinds 1990 het constitutioneel transitieproces van Midden- en Oost-Europese staten begeleidt, legt er steeds weer de nadruk op dat grondwetten minstens aansluiting moeten zoeken met de minimumstandaarden die in de mensenrechtenverdragen en vooral dan in het EVRM worden bepaald. Recent onderzocht de Commissie ook de grondwet van één van de zgn. oude democratieën, met name de in 1996 herziene grondwet van Finland. De Commissie wees erop dat het beginsel van de verdragsconforme interpretatie van de grondwet – waarop we hierna zullen ingaan – er voor kan zorgen dat de nationale bescherming van de grondrechten niet beneden de internationale standaard blijft. Vanuit pragmatisch oogpunt kan dat toereikend zijn. Toch wees de Commissie erop dat de aanpassing van de tekst van de grondwet zelf het voordeel ‘de la visibilité et de la cohérence’ kan bieden. De Commissie nodigde het Finse Parlement uit om bij gelegenheid van een volgende herziening van de grondwet de mogelijkheid te onderzoeken om een algemene clausule over de toegelaten beperkingen in hoofdstuk II van de grondwet in te

69. Zie ‘De transversale bepalingen inzake rechten en vrijheden’, Verslag namens de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet, uitgebracht door mevr. H. Claes en de h. J.-J. Viseur, met telkens ook specifieke nota’s van de deskundigen, Parl. St., Kamer, 2004-2005, 206 p.51-2304/001; Zie ook J. Velaers, ‘Over de noodzaak om titel II van de Grondwet over “De Belgen en hun rechten” te herzien’, in *De Grondwet, verleden, heden en toekomst*, Cahier Belgische Senaat 2, Brussel, Bruylant, 2006, 111-120 en de bespreking door E. Brems, ‘Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge’, *Rev. Trim. Dr. H.*, 70/2007, 351-383.

70. Zie infra nr. 54.

71. Zie infra nr. 34.

72. Zie S. Van Drooghenbroeck, ‘L’article 187 de la Constitution’, *R.B.D.C.*, 2006/3, 293-297; J. Velaers en S. Van Drooghenbroeck, Nota over de invoeging van een transversale bepaling in titel II van de Grondwet over het ‘afwijken van rechten en vrijheden in tijd van oorlog (of in geval van enige andere algemene noodtoestand)’, Parl. St., Senaat, 2004-2005, 51-2304/1, 61-94.

schrijven.⁷³ Ook wat de oude Belgische grondwet betreft verdient deze aanbeveling te worden overwogen.

3 De verhouding tussen de grondwettelijke en de verdragsrechtelijke bescherming van grondrechten

28. Grondrechten die zowel op nationaal, als op internationaal vlak worden gewaarborgd, zijn vaak aan andere beperkingsvoorwaarden onderwerpen. Om de simultane toepassing ervan toch mogelijk te maken, zijn er in de rechtspraak drie beginselen ontwikkeld, die precies de kern vormen van het leerstuk over de ‘materiele’ samenloop van grondrechten. Het gaat met name om 1) het beginsel van de ‘eensluitende interpretatie’; 2) het beginsel van de ‘meest gunstige clause’ en uiteindelijk 3) het beginsel van het ‘voorwaardelijk monisme’.

3.1 Het beginsel van de ‘eensluitende interpretatie’

a Een interpretatieregel voor nationale grondrechten

29. Een eerste beginsel is het beginsel van de ‘eensluitende interpretatie’. Het strekt ertoe om, voor zover mogelijk, bij de interpretatie van de grondrechten in de grondwet rekening te houden met de interpretatie van deze grondrechten in analoge bepalingen uit internationale verdragen. Van zodra het Grondwettelijk Hof aan grondrechten uit titel II kon toetsen heeft het dit beginsel toegepast. Al in zijn eerste arresten⁷⁴ over de artikelen 10 en 11 van de grondwet nam het Hof de definitie van het discriminatieverbod over uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens m.b.t. artikel 14 van het E.V.R.M.⁷⁵ Ook in de arresten waarin het Hof onrechtstreeks – in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de grondwet – toetste aan andere grondrechten, zocht het aansluiting bij de rechtspraak van Straatsburg over de analoge bepalingen in het EVRM.⁷⁶ Na de uitbreiding van de bevoegdheid van het Hof tot de hele titel II van de Grondwet in 2003, werd het beginsel van de eensluitende interpretatie meteen tot een dogma verheven.⁷⁷ Het Hof stelt thans telkens weer:

73. Avis n° 420/2007, sur la Finlande, adopté par la Commission de Venise lors de sa 74^e session plénière (Venise 14-15 mars 2008) sur la base d’observations de m. S. Bartole, I. Cameron, P. Van Dijk, O. Dutheil de Lamothe, M. Jensen en P. Paczolay, CDL-AD(2008)010.

74. Zie Arbitragehof nr. 23/89 van 13 oktober 1989, overw. B.1.3. Zie ook X. Delgrange, ‘Quand la Cour d’arbitrage s’inspire de la Cour de Strasbourg’, R.R.D., 1989, blz. 611-622.

75. E.H.R.M., 23 juli 1968, ‘betreffende enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs’.

76. Zie M. Melchior en L. De Grève, ‘Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l’Homme: concurrence ou complémentarité? Rapport de la Cour d’arbitrage de Belgique’, R.U.D.H., 1995, blz. 217 e.v.; J. Theunis, ‘De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten’, in Staatsrecht, Themis-onderdeel 36, Brugge, Die Keure, 2006; P. Vanden Heede en G. Goedertier, ‘De doorwerking van van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof’, in J. Wouters en D. Van Eeckhoutte (eds.), Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde, Antwerpen, Intersentia, 2006, 272-280; J. Velaers, ‘Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen’, o.c., 297-318.

77. Arbitragehof, nr. 136/2004, 22 juli 2004, overw. B.2.3. en B.2.4. inmiddels vaste rechtspraak.

‘Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen verrat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. Daaruit volgt dat het Hof, bij de toetsing aan grondwetsbepalingen, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten en vrijheden waarborgen.’

In de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof zijn vooral het E.V.R.M. en de rechtspraak van het Straatsburgse Hof prominent aanwezig,⁷⁸ doch ook het BUPO-verdrag, het Europees Sociaal Handvest,⁷⁹ het Internationaal verdrag inzake economische sociale en culturele rechten,⁸⁰ het Kinderrechtenverdrag⁸¹ en nog andere verdragen inzake mensenrechten, worden door het Grondwettelijk Hof in de toetsing aan de grondwet betrokken. In zijn arrest nr. 101/2008 van 10 juli 2008 hield het Hof zelfs rekening met het nog niet bindend Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Hof stelde:

‘Daar het Handvest niet is opgenomen in een normatieve tekst met bindende kracht ten aanzien van België, is het middel niet ontvankelijk in zoverre het is afgeleid uit de schending van artikel 23 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 34, lid 3, van het Handvest. In zoverre het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie het bestaan bevestigt van gemeenschappelijke waarden van de Europese Unie die in hoofdzaak eveneens in bepalingen van de Grondwet zijn opgenomen, kan het Hof het Handvest evenwel in zijn beoordeling betrekken.’⁸²

b De verantwoording van het beginsel van de ‘eensluitende interpretatie’

30. Het beginsel van de eensluitende interpretatie is niet als zodanig uitdrukkelijk in de Belgische grondwet ingeschreven.⁸³ Het gaat veeleer om een jurisprudentiële

78. Zie M. Verdussen, ‘La convention européenne des droits de l’homme et le juge constitutionnel’, in *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Ed. du Jeune barreau de Bruxelles, 1994, 30-58; en R. Ergec ‘La censure du législateur: le justiciable entre la Cour d’arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg’, in *Regard croisés sur la Cour d’arbitrage Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, Brussel, 1995, 208 e.v.

79. Zie bijv. GWH, nr. 64/2008, 17 april 2008, overw. B.21.2.

80. Zie bijv. het samenlezen van artikel 24, § 3 GW over het recht op onderwijs, met de artikelen 2.1. en 13.2, c) van het IVESCR, i.v.m. de geleidelijke invoering van de kosteloosheid van niet-universitair hoger onderwijs GWH, nr. 56/2008, 19 maart 2008, overw. B.9.1.

81. GWH, nr. 50/2008, 13 maart 2008, overw. B.7.1. e.v.

82. GWH, nr. 101/2008, 10 juli 2008, overw. B.21.3. Het betrof art. 34 van het Handvest over het ‘recht op sociale bijstand en op bijstand ten behoeve van huisvesting’. Zie ook de verwijzingen naar het Handvest in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG HvJ 27 juni 2006, Europees Parlement/Raad van de Europese Unie, nr. C-540/03.

83. Het beginsel van de eensluitende interpretatie wordt wel uitdrukkelijk bevestigd in artikel. 52. 3. van het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie: ‘3. Voorzover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.’ Zie ook art. 10.2. van de Spaanse Grondwet.

regel die door het Grondwettelijk Hof is naar voor geschoven. Het volgt Hof hierin tal van Constitutionele Hoven, zoals o.m. ook het Hof van Karlsruhe,⁸⁴ die hun Grondwet uitleggen in overeenstemming met het EVRM en andere mensenrechtenverdragen.⁸⁵

31. Het beginsel van de verdragsconforme lezing van de grondwet is o.i. zeker verantwoord Voor een aantal recente bepalingen uit de titel II van de Grondwet – zoals de artikelen 22 over het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven, artikel 23 over de sociaaleconomische rechten en artikel 24 over de onderwijsrechten – blijkt dat de grondwetgever zelf wenste dat deze zouden worden samengelezen met de internationale verdragen inzake mensenrechten.⁸⁶ Voor de oorspronkelijke bepalingen uit de titel II van de Grondwet van 1831 is de samenlezing veeleer de uiting van wat men een ‘systematische interpretatie’ kan noemen. Marc Van Hoecke schrijft hierover:

‘Wanneer een rechter een wettekst in een ruimere context van juridische regelen situeert dan moet deze interpretatie (...) beschouwd worden als een poging van de rechter om deze wettekst optimaal in het vigerende rechtssysteem in te passen. De rechter interpreteert de wettekst naar het systeem toe, teneinde fricties en antinomieën in het recht systematisch te vermijden met het oog op het behoud van de functionaliteit van het recht. Het recht wordt beschouwd als een organisch geheel.’⁸⁷

32. De systematische interpretatie heeft een dubbel doel: enerzijds zorgt ze ervoor dat de oudere regel gelijke tred houdt met evoluties in het rechtssysteem en anderzijds voorkomt ze dat hogere rechtsregels worden geschonden. Door titel II van de grondwet samen te lezen met de analoge bepalingen uit internationale mensenrechtenverdragen, zorgt het Grondwettelijk Hof voor een actuele en evolutieve interpretatie van de grondwet en maakt het aldus mogelijk al in het kader van de grondwettigheidstoetsing te verzekeren dat de mensenrechtenverdragen in acht worden genomen.

84. Bundesverfassungsgericht 14 oktober 2004, 2 BvR 1481/04: ‘De Gewährleistungen der Konvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.’

85. Zie L. Burgorgue-Marsen, ‘L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme’, R.D.C.B., 2001/1, 42-54; J. Poliakiewicz, *The Status of the Convention in National Law, Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States*, onder de leiding van R. Blackburn en J. Poliakiewicz, Oxford University Press, 2000, 32 e.v.; J. Robert, ‘Constitutional and international protection of human rights: competing of complementary systems?’, H.R.L.J., 1994, vol. 15, 15 maart 1994, p. 1-23; M. Verdussen, ‘La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnelle’, o.c., 30 e.v.

86. Zie J. Velaers, ‘Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen’, o.c., 91-94.

87. M. Van Hoecke, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, 1979, 155.

c *De gevolgen van het beginsel van de eensluidende interpretatie*

33. Door bij de toetsing aan titel II van de grondwet rekening te houden met de mensenrechtenverdragen en met de wijze waarop deze o.m. in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden toegepast, slaagt het Hof erin de vaak nog van 1831 daterende grondwetsbepalingen een *facelift* te geven. Heel wat ruime interpretaties die in de Straatsburgse rechtspraak besloten liggen, dringen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof door. Dat geldt bijvoorbeeld voor de rechtspraak die de onschendbaarheid van de woning toepasselijk acht op professionele ruimten,⁸⁸ die geluidsoverlast binnen de beschermings sfeer van het recht op eerbiediging van het privéleven brengt⁸⁹ of die de bescherming van het bronnengeheim afleidt uit de bepalingen over de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid.⁹⁰ Om de verdragsconforme lezing mogelijk te maken, schrikt het Hof er niet voor terug om de grondwetsbepalingen ver op te rekken. Zo wordt het recht op leven niet als zodanig gewaarborgd in de Belgische Grondwet. Alleen de afschaffing van de doodstraf, is sinds 2 februari 2005 in artikel 14bis opgenomen. Het Hof heeft het recht op leven echter afgeleid uit artikel 22bis over de eerbiediging van de morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit van het kind en uit artikel 23, eerste lid over het recht een menswaardig leven te leiden, dat eigenlijk betrekking heeft op de sociale, economische en culturele rechten. Het Hof stelde: 'Hoewel de aangevoerde grondwetsbepalingen het recht op leven niet als dusdanig waarborgen, veronderstelt de uitoefening van de rechten die daarin verankerd zijn, de eerbiediging van het recht op leven, zodat zij in samenhang kunnen worden gelezen met de voormelde verdragsrechtelijke bepalingen die dat recht uitdrukkelijk beschermen.'⁹¹ Door die ruime interpretatie was het Hof meteen in staat om rekening te houden met de positieve verplichtingen die het Straatsburgse Hof uit het analoge artikel 2 van het EVRM afleidt.⁹²

34. Ook de in de grondwet bepaalde voorwaarden om grondrechten te beperken, ondergaan een invloed van de eensluidende interpretatie. Wanneer het verdrag

88. GWH, nr. 105/2007, 19 juli 2007, overw. B.6.3. en B.6.4., verwijzend naar EHRM inzake Niemitz t. BRD, 16 december 1992 (i.v.m. een advocatenkantoor); EHRM inzake Crémieux t. Frankrijk, 25 februari 1993 (i.v.m. een bedrijfszetel); EHRM inzake Mialhe t. Frankrijk, 25 februari 1993 (i.v.m. een consulaat). Het Hof wijkt daarbij af van de traditionele interpretatie van het begrip 'woning' in de rechtspraak van het Hof van Cassatie als 'de plaats, met inbegrip van de erdoor omsloten eigen aanhorigheden, die een persoon bewoont om er zijn verblijf of zijn werkelijke verblijfplaats te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privé-leven'. Cass. 21 oktober 1992, Arr. Cass. 1992, 1223 en met concl. adv.-gen. B. Janssens de Bisthoven, Pas. 1992, I, 1180; Cass. 8 september 2004, R.W., 2004-2005, 540, met noot F. Vanneste, 'Het begrip woning in het licht van de huiszoeking: een huis met vele kamers'. Ook het Hof van Justitie EG aanvaardt deze ruime interpretatie niet HvJ 21 september 1989, Hoechst t. Commissie, 46/77 en 227/88; HvJ 17 oktober 1989, Dow Benelux t. Commissie, 87/87.

89. Arbitragehof nr. 50/2003, 30 april 2003, overw. B.8.4; nr. 51/2003, 30 april 2003, overw. B.4.6.; nr. 101/2005, 1 juni 2005, overw. B.2.2. en nr. 189/2005, overw. B.10.1.

90. Arbitragehof nr. 91/206, 7 juni 2006, overw. B.11.2, B.12 en B.13. (art. 22 GW i.s.m. art. 11 EVRM); overw. B.31 tot 34.

91. Arbitragehof nr. 91/206, 7 juni 2006, overw. B. 34. (art. 22bis en 23 GW i.s.m. art. 2).

92. Zie ook i.v.m. de positieve verplichtingen voortvloeiend uit artikel 22 GW juncto artikel 8 EVRM: Arbitragehof, nr. 131/2005, 19 juli 2005, overw. B.5.4; nr. 194/2005, 21 december 2005, overw. B.5.1.; nr. 91/2006, 7 juni 2006, overw. B.24.1 en 2.

strengere of gewoon andere voorwaarden stelt, zal het Grondwettelijk Hof deze in de toetsing aan de Grondwet betrekken. De *facto* komt dit er op neer dat de ruimere bescherming van het verdrag via de ‘verzoenende lezing’, de geringere bescherming van de grondwet aanvult. Dat heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat wanneer de grondwet voorschrijft dat de beperking ‘bij wet’ dient te worden opgelegd, het Grondwettelijk Hof zich niet vergenoegt met een ‘formele wet’, doch vereist dat de rechtstatelijke eisen die in de Straatsburgse rechtspraak aan de materiële wet worden gesteld, vervuld zijn. Dat geldt zowel voor het legaliteitsbeginsel in strafzaken – ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’⁹³ (art. 14 GW., samengelezen met art. 7 EVRM) – als voor de beperkingen van grondrechten die in de artikelen 8 tot 11 van het EVRM worden gewaarborgd.⁹⁴

35. Bij dit alles, mogen we echter niet vergeten dat de behoefte aan een eensluidende interpretatie vooral bestaat bij het grondwettelijk hof, dat slechts aan de grondwet en niet aan de verdragen kan toetsen. Die behoefte is heel wat minder aanwezig wanneer een rechtscollège de mogelijkheid heeft om zowel aan de grondwet als aan de verdragen te toetsen. Wanneer het Hof van Cassatie bijvoorbeeld dient te oordelen of een rechter in een geding dat tegen een persorgaan wordt gevoerd, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk wetboek, de persvrijheid heeft geschonden, onderzoekt het Hof of de rechterlijke uitspraak beantwoordt aan de waarborgen die artikel 19 en 25 van de grondwet, artikel 10 van het EVRM en artikel 19 van het BUPO-verdrag bieden, zonder dat het Hof daarbij de behoefte voelt, de verdragsrechtelijke waarborgen in de bepalingen van de grondwet te incorporeren.⁹⁵ Of wanneer de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, dient te oordelen of een besluit van de Regering dat een jachtverbod oplegt, behoudens wanneer men aangesloten is bij een jachtraad, de vrijheid van vereniging miskent, dan toetst de Raad zowel aan artikel 27 van de grondwet als aan artikel 11 van het EVRM, zonder daarbij de noodzaak te voelen tot een ‘verzoenende lezing’ over te gaan.⁹⁶ Of nog, wanneer de Raad van State, afdeling Wetgeving een advies uitbrengt over een ontwerp van wet dat inspecties mogelijk maakt in woningen en ondernemingen, dan wijst de Raad op de bescherming die artikel 15 van de grondwet over de onschendbaarheid van de woning biedt, en daarnaast ook op de bescherming die artikel 8 van het EVRM biedt, aangezien die volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de

93. Zie bijv. Arbitragehof, nr. 14/2005, 19 januari 2005; De strafwet moet ‘worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is’.

94. Zie bijv. m.b.t. art. 8 EVRM, Arbitragehof, nr. 51/2003, 30 april 2003; nr. 151/2006, 18 oktober 2006; nr. 105/2007, 19 juli 2007; nr. 118/2007, 19 september 2007; m.b.t. art. 9. EVRM Arbitragehof, nr. 31/2000, 21 maart 2000; m.b.t. art. 10 EVRM, Arbitragehof, nr. 13/2000, 2 februari 2000; nr. 10/2001, 7 februari 2001; nr. 136/2003, 22 oktober 2003; nr. 9/2004, 21 januari 2004; nr. 157/2004, 6 oktober 2004; m.b.t. art. 11 EVRM, Arbitragehof, nr. 94/2004, 26 mei 2004; nr. 48/2005, 1 maart 2005.

95. Zie bijv. Cass. 24 april 2007, C-06.0123N, N-20070427-2.

96. Zie bijv. R.v.St., de Harenne e.a. t. Waals Gewest, nr. 155.160, 16 februari 2006.

Mens eveneens op beroeps- en bedrijfslokalen slaat.⁹⁷ Deze voorbeelden tonen aan dat het belang van de ‘eensluidende interpretatie’ als een beginsel voor de ‘materiële samenloop’ van grondrechten, sterk samenhangt met de problematiek van de ‘procedurele samenloop’, met het samengaan van een centrale en een diffuse toetsing van wetten aan de grondrechten. Omdat het Grondwettelijk Hof toch de bevoorrechte interpretator van titel II van de grondwet is, komt het ons voor dat zijn ‘verzoenende lezingen’ ook hun weg zouden moeten vinden naar de jurisprudentie en legisprudentie van de overige instanties.

d *De grenzen aan het beginsel van de eensluidende interpretatie*

36. Uiteraard zijn er ook grenzen aan de mogelijkheid om de grondwet evolutief en verdragsconform te interpreteren. De grens ligt bij tekst van de grondwet zelf. Het Hof moet die tekst interpreteren, niet opnieuw redigeren. De tekst moet voor eensluidende interpretatie vatbaar zijn. Dat is niet steeds het geval. Indien er geen grondwetsbepaling kan worden gevonden die analoge rechten waarborgt, betekent dit niet dat het Hof aan de samenlezing moet verzaken. De schending van de verdragsbepaling kan dan immers nog steeds in samenhang met de artikelen 10 en 11 van de grondwet worden aangevoerd. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof m.b.t. het eigendomsrecht. Artikel 16 van de grondwet houdt uitsluitend waarborgen in bij ‘onteigening’.⁹⁸ Het bepaalt dat ‘niemand van zijn eigendom kan worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling’. Artikel 1 van het eerste toegevoegd protocol heeft een veel ruimere draagwijdte. Het verplicht tot eerbied voor het eigendomsrecht in het algemeen (a) en biedt waarborgen bij onteigening (b) en bij de reglementering van het gebruik van eigendom. (c)⁹⁹ In geval van onteigening, leest het Grondwettelijk Hof artikel 16 samen met de waarborgen die artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol ter zake biedt.¹⁰⁰ Bij gebrek aan analoge bepalingen in de grondwet, kan het Hof de waarborgen bij reglementering van het gebruik van eigendom slechts bieden, wanneer deze *juncto* de artikelen 10 en 11 van de grondwet worden ingeroepen. In samenhang met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod heeft het Hof in het verleden al talloze malen onderzocht of er een billijk evenwicht was tot stand gebracht tussen de vereisten van het algemeen belang enerzijds en van de bescherming van het recht van eenieder op het ongestoorde genot van de eigendom anderzijds. Op die wijze bracht het Hof ook

97. Zie bijv. R.v.St., afd. Wetg., n. 38.220/1, 21 april 2005, Parl. St., Kamer, 2004-2005, 1992/1; nr. 38.503, 5 juli 2005, Parl. St., Kamer, 2005-2006, nr. 2180/1 en nr. 41.594/3, 7 november 2006, Parl. St., Kamer, 2006-2007, nr. 2788/1: ‘Uit wat voorafgaat volgt dat de stellers van het ontwerp er goed aan doen te overwegen om te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen, “woning” in de zin van artikel 15 van de grondwet, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepalingen genieten.’

98. Arbitragehof, nr. 69/2005, 20 april 2005, overw. B.16.1.

99. Zie Y. Haeck, ‘Artikel 1 Eerste Protocol – Recht op bescherming van de eigendom’, in J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel 2, II, p. 295-397.

100. Arbitragehof nr. 77/94, 18 oktober 1994, overw. B.1.1; nr. 147/2004, 15 september 2004, overw. B.5.2.; nr. 194/2006, 5 december 2006, overw. B.3.1.; GWH, nr. 62/2007, 18 april 2007, overw. B.4.1.

het ruime eigendomsbegrip uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de constitutionele rechtspraak binnen.¹⁰¹

3.2 Het beginsel van de meest gunstige clausule

a Een interpretatieregel voor mensenrechtenverdragen

37. Wanneer de teksten uit titel II van de grondwet en uit de internationale mensenrechtenverdragen die eenzelfde grondrecht waarborgen niet op eensluidende wijze kunnen worden geïnterpreteerd omdat ze duidelijk strijdig zijn met elkaar strijdig, dan geldt het beginsel van de voorrang van 'de meest gunstige clausule'. Dat beginsel komt voor in bijna alle internationale verdragen betreffende de bescherming van de mensenrechten¹⁰² en wordt als volgt weergegeven in artikel 53 van het EVRM:

'Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.'

b De verantwoording van het beginsel van de meest gunstige clausule

38. Het beginsel van de 'meest gunstige clausule' ligt in het verlengde van het subsidiariteitsbeginsel. De internationale bescherming is slechts een minimale bescherming. Bepalingen zoals artikel 53 van het EVRM geven aan dat de mensenrechtenverdragen voor de staten geen alibi kunnen zijn om de waarborgen die de eigen grondwet of andere internationale verdragen bieden, naast zich neer te leggen. Noch de wetgever, noch de rechter, kan aan de internationale verdragen inzake mensenrechten, aan de voorrang van het internationaal recht op het nationaal recht of aan de verdragsconforme interpretatie, argumenten ontleenen om zich te onttrekken aan de waarborgen die de grondwet of de andere verdragen aan de desbetreffende rechten bieden.¹⁰³ Voor de nationale rechtscolleges impliceert het beginsel dat zij desgevallend voorrang zullen dienen te verlenen aan de eigen grondwet.

c De gevolgen van het beginsel van de meest gunstige clausule

39. De toepassing van het beginsel van de meest gunstige clausule heeft zowel gevolgen voor de gewaarborgde rechten, als voor de voorwaarden om deze rechten te beperken of ervan af te wijken.

101. Zie bijv. recent nog GWH, nr. 114/2007, 15 september 2007, (i.v.m. een bijzondere heffing); nr. 153/2007, 12 december 2007 (i.v.m. tegemoetkomingen aan mindervaliden); nr. 154/2007, 19 december 2007, overw. B.80 e.v. (i.v.m. verbeurdverklaring van wapens); nr. 29/2008, 28 februari 2008, overw. B.12 (i.v.m. ruimtelijke ordening); nr. 64/2008, 17 april 2008, overw. B.14., B.16-17, (i.v.m. sociale zekerheidsuitkeringen); nr. 72/2008, 24 april 2008, overw. B.10.2. (i.v.m. een fiscale heffing).

102. Zie art. 5, lid 2, van het BUPO-verdrag en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten; art. 31 van het herziene Europees Sociaal Handvest; art. 53 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

103. Zie S. Van Drooghenbroeck en O. De Schutter, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, coll. 'Les grands arrêts de la jurisprudence belge', 1999, blz. 437, 570 en 607, en de aangehaalde verwijzingen.

Het waarborgen van rechten

40. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat uit artikel 53 van het EVRM volgt dat een inperking van de reikwijdte van een grondrecht, nooit uitsluitend aan een verdrag kan te wijten zijn.¹⁰⁴ De wetgever kan de gewaarborgde rechten immers steeds uitbreiden tot andere categorieën van personen dan deze die in het verdrag zijn beschermd. Zo stelde het Hof over de toekenning van het recht om te huwen aan personen van hetzelfde geslacht:

‘Bij de interpretatie van de in het middel aangehaalde verdragsbepalingen dient rekening te worden gehouden met artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 5.2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (...). Uit die bepalingen vloeit voort dat artikel 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 23.2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten niet zodanig kunnen worden uitgelegd dat zij Staten die partij zijn bij voormelde verdragen zouden verhinderen het in die bepalingen gewaarborgde recht toe te kennen aan personen die dat recht willen uitoefenen met personen van hetzelfde geslacht.’¹⁰⁵

Het beperken van rechten

41. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt ook dat de strengere beperkingsvoorwaarden uit titel II van de grondwet niet op grond van de minder strenge beperkingsvoorwaarden die voor datzelfde grondrecht gelden in internationale mensenrechtenverdragen, kunnen worden ontkracht. Dat is ook volstrekt logisch. Dat het verdrag bepaalt dat een grondrecht onder bepaalde voorwaarden kan worden beperkt, impliceert nog niet dat het ook moet worden beperkt en zeker niet dat de strengere beperkingsvoorwaarden van de nationale grondwet niet zouden moeten worden geëerbiedigd. Zo impliceert het feit dat het EVRM voor de beperking van een grondrecht slechts een materiële wet vereist, die aan een aantal rechtstatelijke voorwaarden van bekendmaking, duidelijkheid en voorspelbaarheid in de toepassing beantwoordt, nog niet dat niet moet worden voldaan aan de, wat dit betreft, strengere voorwaarde die de grondwet vaak stelt, nl. dat een formele wet is vereist. Het Grondwettelijk Hof oordeelde:

‘Ofschoon artikel 8.2 van het voormelde Europees Verdrag, door het woord “wet” te gebruiken, niet vereist dat in de inmenging die het toestaat, wordt voorzien in een “wet” in de formele betekenis van het woord, wijst hetzelfde woord “wet”, gebruikt in

104. Zie Arbitragehof nr. 33/94, 26 april 1994, overw. B.8: ‘Naar luid van artikel 60 EVRM zal geen bepaling van het Verdrag worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij (...). Hieruit vloeit voort dat, ongeacht de toepassingssfeer ervan, artikel 6.1 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en diens gevolgde de goedkeuringswet van 13 mei 1955 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden vermits artikel 6 EVRM noodzakelijkerwijze in die zin moet worden geïnterpreteerd dat het de rechten, die het interne recht de griffiers van de rechterlijke orde in tuchtzaken waarborgt, niet beperkt noch eraan afbreuk doet.’

105. Zie Arbitragehof nr. 159/2004, 20 oktober 2004 overw. B.6.2-B.6.4.

artikel 22 van de Grondwet, op een wettelijke bepaling. Dat grondwettelijke vereiste wordt aan de Belgische wetgever opgelegd, krachtens artikel 53 van het Europees Verdrag, volgens hetwelk de bepalingen van het Verdrag niet zo kunnen worden uitgelegd dat ze beperkingen opleggen of inbreuk maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die met name in het interne recht worden erkend.¹⁰⁶

Om dezelfde reden wordt ook het verbod van preventieve maatregelen dat in verschillende bepalingen van titel II is opgenomen, niet onderuit gehaald doordat een dergelijk verbod niet in de analoge bepalingen van het EVRM of andere mensenrechtenverdragen voorkomt. In verschillende arresten heeft het Grondwettelijk Hof dan ook het verbod van preventieve maatregelen bevestigd.¹⁰⁷

Marginale toetsing door de Europese rechter, integrale toetsing door de nationale rechter?

42. Aansluitend hierbij zou men zelfs kunnen stellen dat de idee achter het ‘beginsel van de meest gunstige clausule’ ook impliceert dat het niet volstaat dat een beperking van een grondrecht door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verantwoord werd bevonden in het licht van bijvoorbeeld het tweede lid van de artikelen 8 tot 11 van het EVRM, om de nationale rechter toe te laten te stellen dat die beperking inderdaad verantwoord is. Vaak toetst het Europees Hof immers slechts marginaal. Het laat de staat een ruime of minder ruime marge voor appreciatie. Het geeft aan dat het slechts in subsidiaire orde optreedt en dat het in eerste instantie aan de autoriteiten van de staat toekomt om zich een oordeel te vormen over de noodzaak van een beperking. Vaak verkeren die nationale autoriteiten trouwens in een betere beoordelingspositie dan het Europees Hof. Vooral wanneer het gaat om aangelegenheid zoals bijvoorbeeld de bescherming van de goede zeden of de verhoudingen tussen kerk en staat – waarover een ‘common European ground’ ontbreekt en er verschillende inzichten bestaan in de lidstaten van de Raad van Europa, laat het Hof heel wat ruimte aan die staten om rekening te houden om de eigen nationale context en toetst het slechts zeer marginaal. In die omstandigheden zal de nationale rechter van land X dan ook weinig kunnen afleiden uit een arrest waarin het Hof een beperking van een grondrecht in land Y niet strijdig met het verdrag heeft bevonden. De redenen die de Europese rechter heeft om marginaal te toetsen, gelden onzes inziens

106. Zie Arbitragehof nr. 202/2004, 21 december 2004, overw. B.5.4. Zie ook Cass. 21 april 1998, Pas., I, nr. 24: ‘Overwegende dat de in artikel 8, § 2 EVRM bedoelde wet – in de Belgische rechtssfeer – een wet in de formele zin is, die toegankelijk en precies is.’ Cass. 10 oktober 2007, P.07.0864.F: ‘Artikel 10 van het Wetboek van Strafvordering is een toegankelijke en duidelijk gestelde regel. Het is een wettelijke bepaling die, krachtens artikel 8.2 van het Verdrag, de inmenging toestaat van het openbaar gezag in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privéleven.’

107. Zie Arbitragehof, nr. 84/93, 7 december 1993, overw. B.27 (i.v.m. de vrijheid van vereniging); nr. 45/96, 12 juli 1996, overw. B.7.14 (i.v.m. de negationismewet); nr. 31/2000, 21 maart 2000, overw. B.2.9. (i.v.m. een Informatie- en adviescentrum voor schadelijke seculaire organisaties); nr. 10/2001, 7 februari 2001, overw. B.4.8.1. (i.v.m. de financiering van politieke partijen); nr. 9/2004, 21 januari 2004, overw. B.10 (i.v.m. de verkoop van abonnementen op kranten); nr. 60/2004, 31 maart 2004, overw. B.6.1. (i.v.m. werkings- en toezichtsmodaliteiten voor een vereniging die overheids-subsidies ontvangt); nr. 157/2004, 6 oktober 2004, overw. B.7.5. (i.v.m. het bevel tot staking van racistische uittingen) nr. 202/2004, 21 december 2004, overw. B.5. 2.

niet – of althans niet in dezelfde mate – voor de nationale rechter.¹⁰⁸ De nationale rechter toetst immers niet subsidiair. Hij staat ook dichter bij de nationale context en kan dus beter dan de Europese rechter een oordeel vellen over de concrete nood aan beperkingen. De afwezigheid van een ‘common European ground’ is op nationaal niveau niet pertinent. De nationale rechter kan in het licht van de constitutionele, politieke, sociale, religieuze verhoudingen van het eigen land oordelen of de beperking als ‘nodig in een democratische samenleving’ ter bescherming van bijvoorbeeld de openbare orde, de goede zeden of de rechten van anderen kan worden beschouwd. Als er al van de nationale rechter terughoudendheid mag verwacht worden, dan heeft die veeleer met nationale constitutionele verhoudingen te maken en met name met de beleidsruimte die voor een aantal aangelegenheden – zoals bijv. het voeren van een sociaaleconomisch beleid of de handhaving van de openbare orde – dient toe te komen aan de wetgever en het bestuur. Voor de meeste vraagstukken inzake grondrechten is er voor de nationale rechter echter heel wat minder reden dan voor de Europese rechter om zich terughoudend op te stellen. De nationale rechters – vooral deze van het grondwettelijk hof – hebben de constitutionele plicht de rechten en vrijheden te beschermen. Zo zij integraal toetsen, zal de burger zijn recht minder vaak in Straatsburg hoeven te halen. Zo ook zij marginaal toetsen en daarna de Europese rechter op zijn beurt marginaal toetst, dreigt de rechtsbescherming van de burger ‘marginaal in het kwadraat’ te worden.

43. In een recent advies over een wetsvoorstel inzake de scheiding van Kerk en Staat is de Raad van State ingegaan op deze problematiek.¹⁰⁹ In dat voorstel werd o.m. aan alle overheidsbeambten opgelegd ‘zich in de uitoefening van hun functies te onthouden van elke uiterlijke manifestatie van een niet-confessionele of religieuze levensbeschouwing of van een voorkeur voor een gemeenschap of partij’. De Raad onderzocht deze bepaling in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de vraag of een hoofddoekverbod kan worden verantwoord in het licht van artikel 9 van het EVRM. Uit de arresten in de zaken Dahlab t. Zwitserland,¹¹⁰ Leila Sahin t. Turkije¹¹¹ en Kurtulmus t. Turkije,¹¹² blijkt dat het Hof aan de staten ter zake een vrij ruime marge voor appreciatie toekent.¹¹³ Immers, zo stelde het Hof ‘lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l’État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement

108. Zie daarover N. Jak en J. Vermont, ‘De Nederlandse rechter en de Margin of Appreciation. De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur’, NJCM-bulletin, april 2007, en J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, I, Antwerpen, Maklu, 1991, 376-379.

109. Advies R.v.St., afd. Wetg., nr. 44.521/AV, 20 mei 2008, over een voorstel van wet ‘houdende toepassing van de scheiding van de Staat en de religieuze of niet-confessionele levensbeschouwelijke organisaties of gemeenschappen’, Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-351/1.

110. EHRM, Dahlab t. Zwitserland (besliss.), 15 februari 2001, nr. 42393/98.

111. EHRM, Leyla Sahin t. Turkije, 29 juni 2004; EHRM, Grote Kamer, Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005.

112. EHRM, Kurtulmus t. Turkije, 24 januari 2006 (besliss.).

113. Zie over deze marge voor appreciatie en over de verschillen die er m.b.t. de reglementering van hoofddoeken in de verschillende staten bestaan: A. Nieuwenhuis, ‘European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey’, *Eur. Const. L. Rev.*, 2005, 495.

exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national'.¹¹⁴ In zijn advies ging de Raad van State even in op deze 'marge voor appreciatie'-doctrine en stelde:

'Er dient te worden benadrukt dat de beoordelingsmarge die het Europees Hof voor de rechten van de mens aan de staten lijkt te laten inzake de relatie tussen de Staat en de godsdiensten en de levensbeschouwelijke opvattingen, moet worden gezien binnen het bestek van de subsidiaire toetsing die dit Europees Hof verricht ten aanzien van de interne praktijken en dat ze in het interne recht dus niet noodzakelijkerwijs betekent dat, in het kader van de preventieve toetsing verricht door de afdeling wetgeving van de Raad van State en van de toetsing die eventueel *a posteriori* verricht wordt door het Grondwettelijk Hof, geen striktere eis wordt gesteld wat betreft naleving van de grondwettelijke beginselen verbonden aan de vrijheid van denken, meningsuiting en godsdienst.'

Over het in het wetsvoorstel opgenomen algemeen verbod voor ambtenaren om religieuze of levensbeschouwelijke tekens te dragen, stelde de Raad dat de indieners niet verantwoord zijn 'dat een zelfde strikte neutraliteit in de uiterlijke verschijningsvorm vereist is voor elke overheidsbeambte, ongeacht de aard van zijn functie en ongeacht de omstandigheid dat hij deze al dan niet in contact met publiek uitoefent'.¹¹⁵ Door minder marginaal te toetsen dan de Europese rechter kan de nationale rechter en met name het Grondwettelijk Hof ervoor zorgen dat in geval van 'samenloop van grondrechten' de grondwet een meerwaarde behoudt, ook al wordt ze in samenhang met het EVRM gelezen.

Het afwijken van rechten

44. Verschillende mensenrechtenverdragen bieden de mogelijkheid om in oorlogstijd of in andere omstandigheden die als een noodtoestand kunnen worden omschreven, 'af te wijken' van de normale waarborgen.¹¹⁶ De Belgische grondwet biedt die mogelijkheid niet. Artikel 187 bepaalt immers dat de grondwet noch geheel noch ten dele kan worden geschorst. Artikel 53 van het EVRM en de vergelijkbare bepalingen in andere mensenrechtenverdragen impliceren dat dit grondwettelijk verbod overeind blijft.¹¹⁷

114. EHRM, Grote Kamer, Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, § 109.

115. 'Doordat artikel 5 van het wetsvoorstel een algemeen toepassingsgebied heeft zal het van toepassing zijn op alle "overheidsbeambten", ook op deze die geen functies uitoefenen waarbij de neutraliteit van de overheid in het geding kan zijn of waarbij er daarover een verkeerde perceptie zou kunnen ontstaan. Zo zal het artikel 5 zowel gelden voor bijvoorbeeld de gezagsfuncties bij de overheid als voor functies die op louter uitvoerende taken betrekking hebben. Het zal daarenboven zowel gelden voor functies waarbij de overheidsbeambten in contact komen met het publiek, als voor deze waarbij een dergelijk contact niet bestaat.'

116. Zie art. 15 van het EVRM. en art. 4.1. van het BUPO-verdrag.

117. Zie echter supra nr. 26.

Het misbruikverbod

45. Verschillende mensenrechtenverdragen en ook een aantal nationale grondwetten verbieden het 'misbruik van grondrechten'. Het gebruik van grondrechten om de democratische rechtsstaat te ondermijnen en de rechten en vrijheden van anderen te vernietigen valt dan buiten de beschermingssfeer van het verdrag of de grondwet.¹¹⁸ De Belgische grondwet houdt geen dergelijk misbruikverbod in. Dat betekent uiteraard niet dat 'misbruik van grondrechten' niet zou kunnen worden bestreden. Dat kan uiteraard wel, maar met eerbiediging van de beperkingsvoorwaarden die in titel II van de Grondwet zijn gesteld. Preventieve maatregelen zijn dus niet mogelijk.¹¹⁹ Repressieve zijn het wel. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid ervan zal het Grondwettelijk Hof het beginsel van de 'eensluitende interpretatie' toepassen. In die context dient men de verwijzing naar artikel 17 van het EVRM in de rechtspraak van het Hof te begrijpen.¹²⁰ Een mooie illustratie van een combinatie van het beginsel van de 'meest gunstige clausule' enerzijds en van het beginsel van de 'eensluitende interpretatie' anderzijds vinden we in het arrest van het Grondwettelijk Hof over de negationismewet. Het Hof stelde immers enerzijds vast dat deze wet geen preventieve maatregel inhield, en anderzijds als repressieve maatregel kon worden verantwoord, o.m. rekening houdend met artikel 17 van het EVRM.

d Grenzen aan het beginsel van de 'meest gunstige clausule'

46. Ook aan het beginsel van de 'meest gunstige clausule' zijn er grenzen. Dat beginsel brengt immers slechts een oplossing wanneer eenzelfde grondrecht in de grondwet een ruimere bescherming geniet dan in het EVRM. Het beginsel is niet van toepassing wanneer er een conflict bestaat tussen verschillende grondrechten en met name niet wanneer bijvoorbeeld de negatieve verplichting die de grondwet

118. Zie artikel 17 EVRM. Zie over de wijze waarop het EHRM dit artikel toepast: S. Van Drooghenbroeck: 'L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile?' *Pas de libertés pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, onder leiding van H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel en F. Tulkens, Brussel, Bruylant, 2000, blz. 1.

119. Indien de grondwetgever zou opteren om in de grondwet een transversale bepaling over het 'misbruik van grondrechten' op te nemen met een zgn. 'hakbijleffect', dan zou dit kunnen impliceren dat ook preventieve maatregelen (bijv. censuur) mogelijk zijn bij een anti-democratisch misbruik van de vrije meningsuiting en dat deze maatregelen niet eens 'bij wet' zouden dienen te zijn voorzien. Zie daarover J. Velaers en S. Vandrooghenbroeck, 'Nota over de invoeging van een transversale bepaling in titel II van de Grondwet over een verbod van misbruik van grondrechten'. Parl. St., Senaat, 2004-2005, 51-2304/1. Zie evenwel E. Brems die zich afvraagt of artikel 17 wel dit effect zal hebben daar het verbod van preventieve maatregel niet als een individueel recht is geformuleerd, doch als een verbod gericht tot de overheid E. Brems, 'Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge', o.c., p. 364.

120. In het op 12 juli 1996 gewezen arrest 45/96 over de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, stelde het Hof: 'Meer bepaald, wat de voorliggende zaak betreft, mag de vrijheid van meningsuiting zoals gewaarborgd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens niet worden aangevoerd tegen artikel 17 in.' (Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, overw. B.7.16.) In arrest nr. 10/2001, van 7 februari 2001, over het artikel 15ter van de wet van 12 februari 1989 dat mogelijk maakt partijfinanciering te ontnemen aan partijen die 'vijandig staan' tegenover de rechten van de mens, herhaalde het Hof: 'Die bepaling maakt het met name mogelijk het misbruik van de vrijheid van meningsuiting door groeperingen of individuen van de beschermingssfeer van het Verdrag uit te sluiten.' Arbitragehof nr. 10/2001, 7 februari 2001, overw. B.4.8.1.

inhoudt t.a.v. het ene grondrecht (bijv. het verbod van preventieve maatregelen) strijdig is met de positieve verplichting die een verdrag inhoudt t.a.v. een ander grondrecht (bijv. de verplichting het recht op privacy te beschermen). De ‘meest gunstige bepaling’ voor het ene recht is dan immers de ‘minder gunstige bepaling’ voor het andere recht. In die hypothese is het beginsel vervat in artikel 53 van het EVRM niet werkzaam. Het gaat dan om een conflict tussen de grondwet en het Verdrag. De wijze waarop dit in België wordt benaderd, bespreken we hierna.

3.3 De voorrang van het Europees en internationaal recht op de Grondwet of *vice versa*?: het Belgisch ‘voorwaardelijk monisme’

47. De toepassing van het beginsel van de eensluidende interpretatie en de toepassing van het beginsel van de meest gunstige clausule leiden ertoe dat het conflict tussen verschillende teksten die een zelfde grondrecht waarborgen, wordt ontijdend en zelfs helemaal verdwijnt. Wanneer noch het ene, noch het andere beginsel toepasselijk is, omdat de grondwet niet op een verdragconforme wijze kan worden geïnterpreteerd en de internationale of Europese regel het niet toelaat voorrang te geven aan de ruimere bescherming die de grondwet biedt, staan we voor een conflict van grondrechten, dat op een conflict tussen de grondwet en het internationaal of Europees recht teruggaat. Om zicht te krijgen op de wijze waarop deze ‘samenloop’ van – weliswaar verschillende – grondrechten wordt geregeld, dienen we kort in te gaan op het ‘voorwaardelijk monisme’ dat de relatie tussen het internationaal en nationaal recht in België kenmerkt.

a Het Belgisch ‘voorwaardelijk monisme’

48. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1971 bekent België zich tot het monisme. Internationale verdragen met rechtstreekse werking kunnen voor de rechter worden ingeroepen. Wanneer een nationale rechtsregel ermee strijdig is, dient de rechter te weigeren deze toe te passen en voorrang te geven aan het internationaal recht met rechtstreekse werking. Over de betekenis van dit monisme voor de verhouding tussen de grondwet en de internationale verdragen – en dus ook voor de wijze waarop conflicten inzake grondrechtenbescherming moet worden opgelost – komen verschillende standpunten tot uiting in de rechtspraak. Enerzijds zijn het Hof van Cassatie¹²¹ en in zekere mate ook de Raad van State, afdeling Bestuursrecht-

121. Zie reeds impliciet in de Uniop-zaak, Cass. 12 februari 1996, Arr. Cass., 1996, 75 en expliciet Cass. 9 november 2004, C.D.P.K., 2005, 597 met noot. A. Van Daele, T.B.P., 2005, 43 met noot F. Meerschaut en twee arresten Cass. 16 november 2004, C.D.P.K., 2005, 610, m.n. A. Van Daele, R.W., 2005-2006, 388, m.n. P. Popelier. Zie ook proc.-gen. J. Velu, ‘Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen’, R.W., 1992-93, 481-515.

spraak¹²² van oordeel dat er voorrang moet worden gegeven aan het internationaal recht met rechtstreekse werking op de grondwet, anderzijds acht het Grondwettelijk Hof zich bevoegd om te controleren of de wet houdende instemming met het verdrag in overeenstemming is met de grondwet.¹²³ Het Hof onderzoekt daarbij of het verdrag bepalingen inhoudt die strijdig zijn met de grondwet.

49. Eigenlijk hoeven deze standpunten niet onverzoenbaar te zijn. Een verdrag kan immers slechts voorrang hebben in de Belgische rechtsorde wanneer het bij wet is goedgekeurd (Art. 167, § 2 en 3 GW). Uiteraard moet die wet in overeenstemming zijn met de grondwet. Lange tijd kon dat, bij gebrek aan toetsing aan de grondwet, niet worden nagegaan. Na de oprichting van het Arbitragehof was dat wel mogelijk. Het was dan ook volstrekt normaal dat het Hof het standpunt innam dat 'de grondwetgever die verbiedt dat de wetgever interne wettelijke normen aanneemt die in strijd zijn met de in artikel 107ter (thans 142) van de grondwet bedoelde normen, niet geacht kan worden die wetgever toe te laten dat onrechtstreeks te doen, via de instemming met een internationaal verdrag'.¹²⁴ Dat standpunt lijkt weliswaar op dualisme, doch kan ook – zoals P. Popelier aantoonde – beschouwd worden als een 'voorwaardelijk monisme':¹²⁵ internationale verdragen hebben in de interne rechtsorde voorrang op het nationaal recht, inclusief op de nationale grondwet, op voorwaarde dat de wet houdende instemming met het verdrag, op het ogenblik dat ze werd uitgevaardigd, in overeenstemming was met de grondwet. In de praktijk komt dit erop neer dat de voorrang alleen geldt t.a.v. later uitgevaardigde bepalingen van de grondwet of in zoverre de tegenstrijdigheid met de grondwet eerst later is gebleken door de wijze waarop het verdrag door een internationaal rechtscollege is geïnterpreteerd. In dat geval biedt artikel 34 van de grondwet – op grond waarvan aan het

122. R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996. i.v.m. het conflict tussen art. 10 GW en artikel 39 EG-verdrag, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, over de toegang van EU-onderdanen tot het openbaar ambt. Doordat de Raad van State in een arrest van 24 april 1990 in de zgn. 'Lanaken-zaak' een prejudiciële vraag stelde aan het Arbitragehof over de overeenstemming van een wet houdende instemming met een verdrag met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, aanvaardde het o.i. het 'voorwaardelijk' monisme. Later weigerde de Raad echter een prejudiciële vraag te stellen omdat een eventuele discriminatie te wijten was aan het Europees gemeenschapsrecht R.v.St., nr. 50.949, 21 december 1994.

123. Arbitragehof, nr. 26/1991, 16 oktober 1991.

124. Arbitragehof, nr. 12/1994, overw. B.4.; Zie ook de instemmende rechtsleer T. Bombois, 'La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage) l'égard des traités internationaux', in *La Cour d'arbitrage vingt ans après*, Brussel, Bruylant, 2004, 143-150; H. Bribosia, 'Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire', R.B.D.I., 1996, 61; Ph. Brouwers en H. Simonart, 'Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage', *Cah. Dr. Eur.*, 1995, 13-17; Y. Lejeune en Ph. Brouwers, 'La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités', J.T., 1992, 674; C. Courtroy, 'De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges met inbegrip van de interferentie terzake van het optreden van de Europese rechtscolleges', T.B.P., 2002, 380; F. Meersschaut, 'De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet', T.B.P., 2005/1, 50; C. Naômé, 'Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991', R.D.I.C., 1994, 55; M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Brussel, Larcier, 2005, 328.

125. P. Popelier, 'De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht', in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires dun constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1231-1254 en P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p.46-55.

internationale rechtscollège de toepassingsbevoegdheid werd overgedragen – de grondslag voor de voorrang.¹²⁶ Onvoorwaardelijk monisme is moeilijk verzoenbaar met de grondwet,¹²⁷ tenzij deze zelf bepaalt dat verdragen, onder bepaalde voorwaarden, van de bepalingen van de grondwet kunnen afwijken.¹²⁸

50. Uiteraard kunnen er problemen rijzen wanneer het Grondwettelijk Hof een wet houdende instemming met een verdrag ongrondwettig verklaart. Indien het verdrag is geratificeerd kan de Staat zich immers niet meer – of nog slechts in zeer beperkte mate – op de eigen grondwet beroepen om zich aan de verdragsverplichtingen te onttrekken.¹²⁹ De internationale aansprakelijkheid van de staat is dan in het geding. De mogelijkheden die de Staat heeft om die te ontlopen, nl. door het verdrag op te zeggen of de grondwet te wijzigen, zijn vaak geen reële mogelijkheden. Vanuit een pragmatisch oogpunt is het dan ook verdedigbaar ervoor te pleiten om dergelijke situaties in de mate van het mogelijke te voorkomen. De bijzondere wet van 6 januari 1989 over het Grondwettelijk Hof houdt ter zake dan ook enkele regels in. Artikel 3, § 2 voorziet in een aangepaste termijn van zestig dagen – i.p.v. de normale termijn van zes maanden – om een beroep tot vernietiging in te stellen tegen de wet houdende instemming met een verdrag. Door na de parlementaire stemming over goedkeuringswet nog zestig dagen te wachten, kan de regering met een meer gerust gemoed het verdrag ratificeren. Daarenboven sluit 26 § 1bis van de bijzondere wet uit dat er later nog prejudiciële vragen worden gesteld over de wetten, decreten en ordonnances houdende instemming met ‘constituerende verdragen betreffende de Europese Unie’ en het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten

126. In die zin R.v.St., Orfinger, nr. 62.921-62.924, inzake Goosse, Orfinger, G.E.R.F.A., De Baenst, 5 november 1996; Zie de commentaar van D.Van Eeckhoutte, ‘De relatie Grondwet – Europees recht: de positie van de Raad van State’, C.D P.K., 2000, p. 281-300. Zie infra nr. 67 e.v. over artikel 34 GW en ook over de tegenstrijdigheid met de Grondwet die te wijten is aan secundair Europees recht dat op grond van primair Europees recht werd uitgevaardigd.

127. Zie ook voorzitter Melchior van het Grondwettelijk Hof over een onvoorwaardelijk monisme: ‘(...) que penser de la primauté, qui serait assuré par la Cour de Cassation, à un traité conclu par une Région et un ou plusieurs Etats au sujet de l’obligation, par exemple, de créer une juridiction spéciale en matière d’atteinte à l’environnement, d’un traité conclu avec la Belgique et d’autres Etats interdisant l’accès à la fonction publique des juifs ou des personnes d’origine arabe, d’un traité imposant la peine de mort pour certains types d’infractions graves.’ M. Melchior, ‘Considérations sur les rapports entre traits, lois et constitution’, *gac.*, 1026.

128. Zie bijv. art. 91.3 van de Nederlandse Grondwet: ‘Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.’

129. Zie de art. 27 en 46 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969. Artikel 27 van dit verdrag bepaalt dat ‘een partij zich niet mag beroepen op de bepalingen van zijn nationale recht om het niet tenuitvoerleggen van een verdrag te rechtvaardigen’. Op dit beginsel formuleert artikel 46 een uitzondering: ‘Het feit dat de instemming van een Staat door een verdrag gebonden te worden, is gegeven in strijd met een bepaling van zijn nationaal recht betreffende de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen, mag door die staat niet worden aangevoerd ter ongeldigverklaring van die instemming, tenzij die strijdigheid onmiskenbaar was en een regel van fundamenteel belang van het nationaal recht van die Staat betrof.’

van de mens en de fundamentele vrijheden of een van de aanvullende protocollen.¹³⁰ Alle overige wetten houdende goedkeuring van verdragen kunnen echter wel na een prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof aan de grondwet worden getoetst. Laten we na de deze algemene beschrijving van het Belgisch ‘voorwaardelijk monisme’ terugkeren naar de grondrechten.

b De samenloop van conflicterende grondrechten in het Belgisch ‘voorwaardelijk monisme’

51. Internationale verdragen kunnen verplichtingen inhouden die een Staat niet kan naleven zonder de eigen grondwet te schenden. Dat geldt ook voor mensenrechtenverdragen. Die houden immers positieve verplichtingen in. Ze vragen dat de overheden, door de uitoefening van de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht, deze rechten helpen verwezenlijken. Ze vereisen ook dat die rechten in de relatie tussen private personen – de horizontale werking – worden beschermd. Die positieve verplichtingen kunnen echter in conflict komen met negatieve verplichtingen, die uit andere grondrechten voortvloeien.

52. Uit wat we hiervoor hebben gemeld over het Belgisch ‘voorwaardelijk monisme’, volgt dat er in de huidige stand van het Belgisch constitutioneel recht een onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds het EVRM en de aanvullende protocollen en anderzijds de overige mensenrechtenverdragen. Indien een bepaling uit het EVRM of één van de aanvullende protocollen een positieve verplichting inhoudt die strijdig is met een negatieve verplichting die uit een bepaling van titel II van de grondwet voortvloeit, dan moet de rechter voorrang geven aan de positieve verplichting. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weten we trouwens dat dit Hof niet aanvaardt dat een lidstaat de eigen grondwet inroept om zich aan het EVRM te onttrekken.¹³¹ Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest in de zaak Open Door and Dublin Wall Woman t. Ierland,¹³² waarin het Hof het verweer van de Ierse regering dat was gebaseerd op artikel 40, § 3, van de Ierse grondwet over het recht op leven van het ongeboren kind verwierp om voorrang te geven aan het recht op informatie dat in artikel 10 van het EVRM wordt beschermd. Het Hof stelde daarbij principieel:

130. Art. 26 § 1bis Bijzondere wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof. Zie voor een toepassing Arbitragehof, nr. 3/2004, 4 januari 2004 (i.v.m. de ‘Eenheidsakte’) Zie over de (gebrekkige) verantwoording van de beperking tot deze twee types van verdragen, J. Velaers, ‘Het Arbitragehof “derde fase” – de bijzondere wet van 9 maart 2003’, R.W., 2003-2004, 1408-1411 en T. Bombois, ‘La restriction des compétences de la Cour d’arbitrage à l’égard des traités internationaux’, in *La Cour d’arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Bruylant, 2004, 129-195.

131. J.F. Flauss, ‘Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l’homme. Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l’homme’, *Rev. Dr. fr. Const.*, 2000, 843 e.v.

132. EHRM, 29 oktober 1992, Open Door and Dublin Wall Woman t. Ierland, Zie daarover F. Sudre, ‘L’interdiction de l’avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l’homme’, *Rev. Dr. Fr. Const.*, 1993, n° 13, p. 216 e.v. en L. Burgogue-Marsen, ‘L’autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l’homme’, *o.c.*, 34-35.

‘As regards the application of the “proportionality” test, the logical consequence of the Government’s argument is that measures taken by the national authorities to protect the right to life of the unborn or to uphold the constitutional guarantee on the subject would be automatically justified under the Convention where infringement of a right of a lesser stature was alleged. It is, in principle, open to the national authorities to take such action as they consider necessary to respect the rule of law or to give effect to constitutional rights. However, they must do so in a manner which is compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions.’ (§ 69)

Artikel 26bis, § 1bis, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof zorgt ervoor dat het onmogelijk is de schending van de Grondwet door een bepaling van het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof, bij wege van prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof voor te leggen. Indien echter een bepaling uit een ander internationaal verdrag een dergelijke verplichting opstelt is het wel mogelijk over de instemmingswet een prejudiciële vraag te stellen. Ingeval het Grondwettelijk Hof dan een strijdigheid vaststelt, zal hij de instemmingswet ongrondwettig moeten verklaren. Wat betreft die positieve verplichting, zal het verdrag dan niet kunnen worden toegepast.

c Enkele gevallen van ‘samenloop’ en ‘conflict’ in de praktijk

53. Tot zover de theorie. In de praktijk zal het veelal echter niet zo’n vaart lopen.¹³³ Zelden zijn de tegenstellingen immers zo scherp. Zelden zijn de verplichtingen die grondwet en het Verdrag inhouden zo precies bepaald dat het niet mogelijk is ze op een respectievelijk verdrags- of grondwetsconforme wijze te interpreteren. Vaak zullen de drie beginselen – het beginsel van de eensluidende interpretatie, het beginsel van de voorrang van de meest gunstige clause en het beginsel van het voorwaardelijk monisme – samen een rol spelen. Enkele concrete voorbeelden maken dit duidelijk maken.

De onschendbaarheid van de briefwisseling en het opsporen van daders van misdrijven

54. Artikel 29 van de grondwet waarborgt de onschendbaarheid van de briefwisseling. Anders dan artikel 8 van het EVRM, doet het dat in ogenschijnlijk absolute bewoordingen. Het bepaalt: ‘Het briefgeheim is onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven.’ Voor zover alleen de onschendbaarheid van de briefwisseling in het geding zou zijn, zou artikel 29 van de grondwet, op grond van het beginsel van de meest gunstige clause, voorrang moeten hebben op artikel 8 van het EVRM. Er kunnen echter ook nog andere grondrechten in het geding zijn. Die brachten het Grondwettelijk Hof ertoe te aanvaarden dat onderzoeksrechters brieven van verdachten in beslag nemen, openen en lezen, teneinde daders van misdrijven te kunnen opsporen en er aldus voor te zorgen dat de positieve verplichting om het

133. Zie D. Van Eekhoutte, ‘Internationaal recht boven Grondwet: een betrekkelijke hiërarchie’, *Juristenkrant*, nr. 171, 11 juni 2008, 12-13.

recht op leven, op persoonlijke vrijheid en het eigendomsrecht te beschermen, wordt nagekomen. In arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 stelde het Hof:

‘Ofschoon artikel 29 van de Grondwet expliciet in geen enkele beperking van het erin verankerde grondrecht voorziet, kan een dergelijke beperking echter worden verantwoord indien ze noodzakelijk is om de inachtneming van andere grondrechten te waarborgen. De wetgever, die ertoe gehouden is onder meer de vrijheid van de persoon (artikel 12, eerste lid, van de Grondwet), het recht op leven (artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en het eigendomsrecht (artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het eerste Aanvullende Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) te waarborgen, heeft de verplichting om de criminele activiteiten waarbij die grondrechten worden geschonden doeltreffend te bestraffen, waardoor beperkingen op het briefgeheim noodzakelijk kunnen worden voor zover zij evenredig zijn met het nagestreefte wettige doel.’¹³⁴

In dit arrest ‘relatieveert’ het Hof de onschendbaarheid van de briefwisseling in artikel 29 van de grondwet door rekening te houden met de verplichtingen die voortvloeien uit andere grondrechten die o.m. in het EVRM worden gewaarborgd.

De openbaarheid van de rechtsbedeling en de bescherming van de privacy

55. Een volgend voorbeeld heeft betrekking op de openbaarheid van de rechtsbedeling en met name op de verschillende regeling in de grondwet en in de internationale verdragen over de mogelijkheid om een rechtszaak met gesloten deuren te behandelen. Volgens artikel 148 van de grondwet zijn de terechtzittingen van de rechtbanken openbaar ‘tenzij de openbaarheid gevaar oplevert voor de orde of de goede zeden’. Artikel 6 van het EVRM echter houdt meer mogelijkheden in om de deuren te sluiten. Het bepaalt dat de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek kan worden ontzegd gedurende het gehele proces of een deel daarvan, ‘in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of ’s lands veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van de partijen bij het proces dit eisen, of in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden’.¹³⁵ In deze casus is er sprake van een ‘dubbele samenloop’. In de eerste plaats is er samenloop inzake de openbaarheid van de rechtspleging. De grondwet blijkt hier het grondrecht beter te beschermen beter het verdrag. Op grond van het ‘beginsel van de meest gunstige clause’ zou artikel 148 van de grondwet voorrang moeten krijgen op artikel 6 van

134. Arbitragehof, nr. 202/2004, 21 december 2004, overw. B.12.2.

135. Zie ook artikel 14 BUPO-verdrag: ‘De toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende het gehele proces of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, of wanneer het belang van het privéleven van de partijen bij het proces dit eist, of in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden.’

het EVRM en 14, lid 1 van het IVBPR.¹³⁶ Naast de openbaarheid van de terechtzittingen is echter ook het recht op eerbiediging van het privéleven in het geding,¹³⁷ waarvoor artikel 148 van de Grondwet, anders dan de artikelen 6 van het EVRM en 14 van het BUPO-verdrag, op het eerste zicht althans, geen oog heeft. Over deze samenloop van conflicterende grondrechten stelde de Raad van State in een recent advies:¹³⁸

‘Hoewel artikel 148, eerste lid, van de grondwet niet uitdrukkelijk een analoge bepaling bevat, staat dat artikel niettemin toe dat de openbaarheid wordt beperkt wanneer ze “gevaar oplevert voor de orde of de goede zeden.” Er moet worden aangenomen dat laatstgenoemde begrippen naar het begrip openbare orde verwijzen, waartoe onbetwistbaar de grondrechten behoren, met inbegrip van die welke verband houden met de eerbiediging van het privéleven en de menselijke waardigheid.’

Door een EVRM-conforme interpretatie van het begrip ‘openbare orde’ in artikel 148 van de grondwet wordt het conflict van grondrechten ontijdend. Verwijzend naar het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 202/2004 van 21 december 2004 over de onschendbaarheid van de briefwisseling, herinnert de Raad er ook aan dat een beperking die op grond van het ene artikel in de grondwet uitgesloten lijkt (art. 148), op grond van een ander artikel van de grondwet of een Verdrag precies verplicht kan zijn. De Raad wijst daarbij met name op de verplichting voor de Staat om het recht op menselijke waardigheid en het recht op eerbiediging van het privéleven te beschermen en op de rechtspraak van het Europees Hof dat oordeelt dat aan de openbaarheid van de rechtsbedeling (art. 6 EVRM) grenzen kunnen worden gesteld o.m. ter bescherming van de belangen van minderjarigen en het privéleven van de partijen.¹³⁹

De bescherming van de privacy versus de vrijheid van meningsuiting

56. Artikel 8 van het EVRM verplicht de Staat het privéleven van zijn burgers te beschermen tegen aantastingen ervan door private personen. Ook de rechter moet daartoe bijdragen o.m. door de toepassing van de regels over de strafrechtelijke en burgerlijke aansprakelijkheid. Blijven die rechters in gebreke dan kan de staat in Straatsburg worden veroordeeld. Zo stelde het Europees Hof in zijn arrest von Hannover tegen Duitsland een schending vast van artikel 8 van het EVRM, omdat het Bundesverfassungsgericht de persvrijheid van paparazzi een te ruime bescherming verleende en aldus in gebreke bleef het privéleven van prinses Caroline van Monaco te vrijwaren.¹⁴⁰ Op grond van het beginsel van de eensluidende interpretatie zal ook de Belgische rechter het aansprakelijkheidsrecht op een EVRM-conforme wijze dienen toe te passen. Tot zover dus geen probleem. Moeilijker wordt het echter

136. In die zin J. Velu en R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 435.

137. J. Van Compernelle, ‘L’incidence de la Convention européenne des droits de l’Homme sur l’administration de la justice et le droit à un procès équitable’, *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l’Homme*, Uitg. van de Jonge Balie van Brussel, 1994, 80-81.

138. Advies R.v.St., afd. Wetg., 4’.203/2, 2 juni 2008, over een voorstel van wet ‘tot wijziging van artikel 757 van het Gerechtelijk Wetboek’, Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-295/2.

139. EHRM, 24 april 2001, B. en P. T. V.K., §§ 36 tot 39.

140. EHRM, 24 juni 2004, von Hannover t. Duitsland.

indien uit artikel 8 van het EVRM ook de positieve verplichting wordt afgeleid om preventieve maatregelen te nemen teneinde een ernstige en onherstelbare aantasting van het recht de privacy of het recht op eer of goede naam te voorkomen. De artikelen 19 en 25 van de grondwet over de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid sluiten immers preventieve maatregelen uit.¹⁴¹ Artikel 10 van het EVRM doet dat niet uitdrukkelijk. Doordat het 'beginsel van de meest gunstige clausule' geldt (art. 53 EVRM), levert dit echter geen argument op om het verbod van preventieve maatregelen te ondergraven. Anders wordt het wanneer de preventieve maatregelen het enige efficiënte middel zouden zijn om de privacy te beschermen. In dat geval zal ook de Belgische rechter deze positieve verplichting die uit artikel 8 van het EVRM en artikel 22 van de grondwet voortvloeit, moeten laten voorgaan op de negatieve verplichting om geen preventieve maatregelen te nemen (art. 19 GW) en geen censuur in te voeren (art. 25 GW).¹⁴²

57. Wellicht dient het arrest van Hof van Cassatie van 2 juni 2006 in dit licht te worden begrepen. Het Hof diende te oordelen over een in kort geding opgelegd verbod om een televisieprogramma uit te zenden dat de professionele eer en goede naam van een ziekenhuis en van één van haar chirurgen aantastte. Het Hof stelde – met een helaas uiterst summiere motivering – 'dat de kortgedingrechter die beoogt op efficiënte wijze rechten van anderen te waarborgen, met name het recht op eer, op goede naam en op eerbiediging van het privéleven', artikel 19 van de Grondwet niet schendt.¹⁴³ Men kan die stellingname slechts bijtreden voor zover het uitzendverbod de enige efficiënte wijze is om de positieve verplichting om het privéleven te beschermen na te komen en voor zover ook is voldaan aan het vereiste dat de maatregel 'nodig is een democratische samenleving'. Er dient m.a.w. ook te zijn voldaan aan de drie aspecten van het evenredigheidsbeginsel: de maatregel is efficiënt,¹⁴⁴ er zijn geen alternatieve minder beperkende maatregelen¹⁴⁵ en na een afweging in concreto blijkt niet dat het recht van de samenleving om informatie en opinies te ontvangen over de betrokken kwestie, zwaarder weegt dan het belang van het individu om zijn rechten beschermd te zien. In dit verband is het goed te herinneren aan de stellingname van het Europees Hof voor de

141. Het Grondwettelijk Hof stelde in het arrest over het beroep tot vernietiging van de antidiscriminatiewet van 15 februari 2003 dat de voorzitter van de rechtbank bij de toepassing van zijn bevoegdheid om de staking van schendingen van de wet te bevelen 'rekening zal dienen te houden met het bij de artikelen 19 en 25 van de grondwet gewaarborgde verbod van preventieve maatregelen in het algemeen en het verbod van censuur in het bijzonder, wat impliceert dat het rechterlijk optreden slechts mogelijk is wanneer er reeds een verspreiding is geweest'. (Arbitragehof, nr. 157/2004, 6 oktober 2004 overw. B.7-5.) Zie ook supra nr. 41 voetnoot 34.

142. Het zal immers niet mogelijk zijn een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming van artikel 8 van het EVRM met artikel 19 en 25 van de Grondwet.

143. Het arrest is uiterst summier als volgt gemotiveerd: 'Le juge des référés qui, de la sorte, tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui, en l'espèce "l'honneur, la réputation et la vie privée" du défendeur, ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution.' Cass. 2 juni 2006, J.L.M.B., 2006, 1402, noot F. Jongen, 'L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin?'

144. Over de (in)efficiëntie van preventieve maatregelen, zie J. Velaers, 'De censuur kan nooit worden ingevoerd – Over de motieven van het censuurverbod', in *Censuur-Censures – Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 46-49.

145. Zie voor een alternatief, K. Lemmens, "'Taisez-vous Elkabach!" L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales', R.B.D.C., 2003/4, 393.

rechten van de Mens in de arresten van 26 november 1991 in de zaken *Sunday Times* en *Observer* en *Guardian* tegen het Verenigd Koninkrijk:

‘that Article 10 (art. 10) of the Convention does not in terms prohibit the imposition of prior restraints on publication, as such. (...) On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest.’¹⁴⁶

Terecht zijn vele Belgische rechters dan ook terughoudend t.a.v. het opleggen van publicatie-, verspreidings- of uitzendverboden, zeker wanneer meningsuitingen over aangelegenheden van publiek belang in het geding zijn.¹⁴⁷

Racismebestrijding en het verbod van preventieve maatregelen

58. In het licht van het ‘voorwaardelijk monisme’ dat we eerder hebben besproken, zou de argumentatie anders dienen te verlopen wanneer de positieve verplichting om een ongrondwettige preventieve maatregel te nemen voortvloeit uit een ander internationaal verdrag. Een mogelijk voorbeeld is de verplichting uit artikel 4 van het internationaal verdrag van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie. Op grond van die bepaling hebben de Staten die partij zijn bij het verdrag zich ertoe verbonden om ‘onverwijld positieve maatregelen te nemen die erop zijn gericht aan elke vorm van aanzetting tot of aan elke uiting van een zodanige discriminatie een einde te maken’. Ten exemplatieve titel verduidelijkt artikel 4 dat de staten verplicht zijn ‘propaganda-activiteiten die rassendiscriminatie in de hand werken en daartoe aanzetten onwettig te verklaren en te verbieden’. In de rechtsleer is de stelling verdedigd dat ze daardoor ook verplicht zijn preventieve maatregelen te nemen t.a.v. racistische propaganda. Dat blijkt o.i. echter niet zo duidelijk uit de tekst zelf. Die is o.i. voor een grondwetsconforme interpretatie vatbaar. De Raad van State, afdeling Wetgeving diende zich uit te spreken over een wetsvoorstel dat beoogde De Post en elk ander bedrijf dat postdiensten mag verstrekken, te verbieden

146. E.H.R.M., 26 november 1991, *Observer* en *Guardian* t. V.K., en *Sunday Times* t. V.K., Publ. Cour, Série A, nr. 118 en 119, § 51. In casu betrof het een publicatieverbod van uittreksels uit het boek ‘*Spycatcher*’ zolang het proces tegen de auteur van het boek P. Wright ‘sub iudice’ was. Dit publicatieverbod was een inbreuk op artikel 10 E.V.R.M. aangezien de informatie reeds openbaar was door de publicatie van het boek in de Verenigde Staten en de import ervan in het Verenigd Koninkrijk. Zie ook E.H.R.M., 9 februari 1995, *Vereniging Weekblad Bluf* t. Nederland, Série A, nr. 306-A; E.H.R.M., 25 augustus 1998, *Hertel* t. Zwitserland, (i.v.m. een rechterlijk verbod) en E.H.R.M., 17 juli 2001, *Association Ekin* t. Frankrijk, § 55 in fine (i.v.m. een ministerieel verbod om een boek te distribueren en te koop aan te bieden).

147. Zie bijv. afwijzend Rb. Gent (kg), 16 februari 2005, *NjW*, 2005, 229; Antwerpen, 12 januari 2005, *NjW*, 2005, 992; Rb. Namen (kg), 27 juni 2006, *J.L.M.B.*, 2006, 1420; Het verbod werd bijvoorbeeld wel opgelegd door Rb. Antwerpen, (kg), 9 maart 2004, *A&M*, 2005/2, 168; Rb. Brussel (kg), 30 april 2005, *A&M*, 2005/4, 237; Brussel, 12 maart 2004, *T. Gez. R.*, 2005-2006, 39; Antwerpen, 12 januari 2005, *N-20050112-3*.

racistische, xenofobe of negationistische pamfletten te vervoeren of te bestellen.¹⁴⁸ Naar het oordeel van de Raad van State ging dit voorstel op een dubbele wijze in tegen artikel 25 van de grondwet: in de mate dat het de Post als overheidsdienst verplichtte voorafgaande controle uit te oefenen, was het strijdig met artikel 25, eerste lid, omdat het daardoor ‘censuur’ invoerde; in de mate dat het andere bedrijven verantwoordelijk stelde voor de verspreiding van dergelijke pamfletten, ging het in tegen het beginsel van de ‘getrapte verantwoordelijkheid’, dat in artikel 25, tweede lid, van de grondwet besloten ligt.¹⁴⁹ Indien een internationaal verdrag dergelijke maatregelen zou opleggen – wat niet het standpunt was van de Raad¹⁵⁰ – zou eerst de grondwet moeten worden herzien vooraleer België tot dat verdrag zou kunnen toetreden. Op grond van het ‘voorwaardelijk monisme’ zou de wet houdende instemming met dat verdrag door het Grondwettelijk Hof strijdig kunnen worden bevonden met artikel 25 van de grondwet.

4 De ‘samenloop van grondrechten’ in het perspectief van het recht van de Europese Unie

59. In het leerstuk over de samenloop van grondrechten heeft de verhouding tussen de grondwet en het recht van de Europese Unie, een bijzondere plaats. Vooral de toetsing van nationale wetten die ‘in het kader van het gemeenschapsrecht worden uitgevaardigd’ aan de grondrechten doet vragen rijzen waarop vooralsnog geen duidelijk antwoord is geboden.

4.1 De bescherming van de grondrechten en de Europese Unie

60. Het verhaal is bekend dat de grondrechten vooral door toedoen van een aantal grondwettelijke hoven – met name deze van Duitsland en Italië – in de rechtsorde van de Europese Unie tot ontwikkeling zijn gebracht. Thans zijn ze sterk in die rechtsorde verankerd.¹⁵¹ Het Hof van Justitie beschouwt de grondrechten die in

148. Advies R.v.St., afd. Wetg., nr. 36.676, 20 april 2004 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, teneinde een voorafgaande controle mogelijk te maken op de verspreiding van drukwerk met een racistisch, xenofob of negationistisch karakter’. Parl. St., Kamer, 2003-2004, nr. 51 788/2; Zie ook R.v.St., Van Hecke, nr. 116.817 en 116.818, 10 maart 2003.

149. Artikel 25 van de grondwet bepaalt immers: ‘Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd.’

150. De Raad stelt alleen dat dergelijke maatregelen op grond van internationale verdragen ‘geoorloofd’ zouden kunnen zijn en dat de wetgever zou kunnen overwegen ze in te voeren. Daarvoor zou dan wel de Grondwet dienen te worden herzien. Ook P. Vandernoot, die de verplichting tot het invoeren van preventieve maatregelen wel uit internationale instrumenten afleidt, stelt dat vooraf de Grondwet dient te worden herzien. P. Vandernoot, ‘La Constitution belge et la diffusion d’idées racistes: mieux vaut prévenir que guérir’, in *Liber amicorum Paul Martens L’humanisme dans la résolution des conflits: utopie ou réalité*, Brussel, 2007, 521-568.

151. Zie K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, nr. 729-745; Zie ook Ph., Alston (ed.), *L’Union Européenne et les droits de l’homme*, Académie de droit européen, Institut universitaire Européen, Brussel, Bruylant, 2001; S. Dewulf, “‘Europese’ grondrechten: De plaats van fundamentele rechten en vrijheden in de vernieuwde Europese Unie”, *R.W.*, 2007-2008, 1522-1540.

internationale mensenrechtenverdragen worden gewaarborgd en die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als ‘algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht’. Vooral het EVRM en ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben in de rechtspraak van het Hof van Justitie een bijzondere plaats verworven. De verplichting voor de Unie om die grondrechten als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht te eerbiedigen en de bevoegdheid van het Hof van Justitie om de handelingen van de instellingen eraan te toetsen, werden uitdrukkelijk bevestigd in respectievelijk artikel 6, lid 2, en 46, d) van het EU-verdrag.¹⁵² Op 7 december 2000 werd in Nice daarenboven het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aangenomen. Dat Handvest is an sich thans nog niet juridisch bindend,¹⁵³ doch zal, nadat het Verdrag van Lissabon in werking zal zijn getreden, integraal deel uitmaken van het primaire recht van de Europese Unie.¹⁵⁴ Het nieuwe artikel 6, tweede lid, van het EU-verdrag, zal dan ook de toetreding van de Unie tot het EVRM mogelijk maken.

61. Uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat niet alleen het secundair Europees recht maar ook elk optreden van de lidstaten ‘in het kader van het gemeenschapsrecht’ aan de communautaire eisen inzake grondrechtenbescherming is gebonden. Telkens wanneer lidstaten bepalingen van het EG-verdrag of het gemeenschapsrecht uitvoeren, wanneer zij verordeningen toepassen of richtlijnen omzetten in het nationaal recht of ook wanneer zij het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen belemmeren, moet het gemeenschapsrecht worden nageleefd en moet dit worden geïnterpreteerd en toegepast met eerbiediging van het grondrechten.¹⁵⁵ Dit aspect van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen werd weliswaar niet uitdrukkelijk gecodificeerd door de verdragen van Maastricht en Amsterdam.¹⁵⁶ Artikel 51 van het Handvest echter stelt wel dat de bepalingen ervan ook gericht zijn tot de lidstaten ‘uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’.

152. Zie artikel 6, lid, 1, derde alinea, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals dat door het Verdrag van Lissabon zou worden gewijzigd: ‘3. De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hadden, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.’

153. Het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg beschouwen thans reeds het Handvest als een bevestiging van de algemene beginselen van de rechtsstaat die gemeen zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten. Zie bijv. de verwijzing in HvJ 27 juni 2006, Europees Parlement/Raad van de Europese Unie, nr. C-540/03.

154. Zie artikel 6, lid, 1, eerste alinea, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals dat door het Verdrag van Lissabon zou worden gewijzigd, ‘1. De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde rechtskracht als de Verdragen heeft.’

155. K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *Europees Recht in hoofdlijnen*, o.c., nr. 733.

156. Zie M. Nowak, ‘La conditionnalité relative aux droits de l’homme en ce qui concerne l’adhésion et la pleine participation à l’union européenne’, in P. Alston, *L’Union européenne et les Droits de l’Homme*, Brussel, Bruylant, 2001, 716.

62. Het is precies hier dat de leer van de samenloop van grondrechten relevant wordt. De grondwettelijke hoven beschermen de burgers immers tegen schendingen van de grondrechten die in de nationale Grondwet worden gewaarborgd. Ze doen dat veelal in het licht van het EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens. Het beginsel van de ‘eensluidende interpretatie’ en het in artikel 53 van het EVRM ingeschreven beginsel van de ‘meest gunstige clausule’ zorgen ervoor dat er zelden wrijvingen zijn tussen de constitutionele en de Straatsburgse rechtspraak. Straatsburg heeft er immers geen bezwaar tegen dat de grondrechten op nationaal niveau beter worden beschermd dan op Europees niveau. Maar geldt dat ook voor Luxemburg? Terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitsluitend begaan is met het handhaven van grondrechten en het bieden van een minimumstandaard die door alle lidstaten moet worden gewaarborgd, zonder dat het voor hen verboden is daarin verder te gaan, heeft het Hof in Luxemburg vooral tot taak te waken over de eenheid in de uitlegging en de toepassing van het Europees recht. De vraag rijst dan ook in welke mate die zorg nog veel ruimte laat voor nationale variaties op het thema van de bescherming van grondrechten. Die vraag die wezenlijk de ‘samenloop van grondrechten’ betreft, is vooral pertinent wanneer nationale wetten in het geding zijn die ‘in het kader van het gemeenschapsrecht’ werden uitgevaardigd. We zullen hierna ingaan op twee subvragen: enerzijds rijst de vraag – en ze brengt ons terug naar het eerder al besproken toekomstige artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof – welke nationale rechter die wetten toetst aan de grondrechten, en anderzijds rijst de vraag of die rechter nog wel de mogelijkheid heeft om de ruimere bescherming die de nationale grondwet aan de analoge grondrechten biedt, te handhaven.

4.2 Welke nationale rechter toetst de wetten die het secundair Europees recht implementeren (eerst) aan de grondrechten?

63. Volgens het eerder besproken voorstel¹⁵⁷ om een nieuw artikel 26, § 4, op te nemen in de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof dient bij samenloop van grondrechten in beginsel eerst aan dat Hof een prejudiciële vraag te worden gesteld over de overeenstemming van de wet met de grondwet, vooraleer er desgevallend nog tot een toetsing aan het EVRM of de andere mensenrechtenverdragen wordt overgegaan. Aangezien de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het EVRM en de constitutionele tradities van de lidstaten behoren tot de ‘algemene beginselen van het gemeenschapsrecht’, rijst echter de vraag of dat voorstel, voor de wetten die in het kader van het gemeenschapsrecht worden uitgevaardigd, niet strijdig is met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 9 maart 1978 in de zaak Simmenthal, waarin het Hof stelde dat ‘elke in het kader zijner bevoegdheid aangezochte nationale rechter verplicht is het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij buiten toepassing latend elke eventuele strijdige bepaling van de nationale wet, ongeacht of deze van vroegere of latere datum is dan de

¹⁵⁷. Zie supra nr. 9 e.v.

gemeenschapsregel'.¹⁵⁸ Uit dit arrest volgt m.a.w. dat elke rechter in staat moet zijn om, eventueel na het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, op eigen gezag ervoor te zorgen dat het gemeenschapsrecht volle werking heeft en dat het bijgevolg niet is toegestaan om de toetsing van de nationale wetten aan het Europees Gemeenschapsrecht voor te behouden aan het Grondwettelijk Hof. In de Senaatscommissie werd de stelling verdedigd dat 'de verplichting om eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over de eventuele schending van de grondwet' zich niet verdraagt met de leer van dit Simmenthal-arrest, in geval ook een eventuele schending van het Gemeenschapsrecht, en meer bepaald van het EVRM in het geding is.¹⁵⁹ In die situatie zou de in de wet bepaalde voorrangregel niet worden toegepast.¹⁶⁰ Die stelling, die overigens niet in de tekst zelf van het goedgekeurde voorstel van bijzondere wet werd bevestigd, is o.i. op zijn minst voorbarig.

64. Tot nu toe heeft het Hof van Justitie niet geoordeeld dat het beginsel van het Simmenthal-arrest ook geldt wanneer de vraag voorligt of een wet die in het kader van het gemeenschapsrecht wordt uitgevaardigd de grondrechten schendt die in het EVRM en in de gemeenschappelijke constitutionele tradities worden gewaarborgd. Het is goed eraan te herinneren dat het Hof het EVRM en die constitutionele tradities niet als zodanig toepast doch wel omdat de grondrechten die deze waarborgen als 'algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht' in de zin van artikel 6, lid 2, van het EU-verdrag dienen te worden beschouwd.¹⁶¹ An sich maken ze dan ook deel uit van het gemeenschapsrecht.¹⁶² Dat belet het Hof overigens niet om wanneer een lidstaat het vrij verkeer belemmert en daarvoor een beroep doet op redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid, te stellen dat deze rechtvaardigingsgronden dienen beoordeeld te worden in het licht van de algemene rechtsbeginselen van het EG-recht en met name in het licht van de grondrechten. Volgens het Hof komt het aan de nationale rechter toe het optreden van de staat te toetsen aan die grondrechten. Deze kan daarover een prejudiciële vraag stellen aan

158. HvJ, 9 maart 1978, Administratie van de Staatsfinanciën t. Simmenthal, 106/77. Later heeft het Hof van Justitie deze rechtspraak ook in de Portugese constitutionele context toegepast. (arrest 27 juni 1991, zaak C-348/89, Mecanarte, Jur. 1991, I-3277). Zie ook recenter nog bijv. HvJ (Grote Kamer), 3 mei 2005, Berlusconi, 387/02, punt 72: '(...) dat de verwijzende rechters deze nieuwe artikelen ambtshalve buiten toepassing moeten laten, zonder dat zij hoeven te vragen om of te wachten op intrekking daarvan door de wetgever of anderszins langs constitutionele weg.'

159. Aldus de nota 'Grondlijnen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Rechterlijke macht en het Grondwettelijk Hof', waarin het gezamenlijke standpunt van de eerste voorzitter en de procureur-generaal is weergegeven, Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-12/4, p. 18.

160. Aldus proc.-gen. Leclercq, Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 4-12/4, p. 21.

161. Zie bijv. HvJ 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies, C-305/05, punt 29. 'Zo vormt het recht op een eerlijk proces zoals dit onder meer voortvloeit uit artikel 6 EVRM, een grondrecht dat de Europese Unie krachtens artikel 6, lid 2, EU eerbiedigt als algemeen beginsel.'

162. Zie F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 8^e éd., 2006, 319; J.P. Jacqué, 'Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme', in L.-E. Pettiti, E. Decaux en P.H. Imbert, (dir), *La Convention européenne ds droits de l'homme*, Economica, 2^e éd. 1999, 83 e.v.

het Hof.¹⁶³ Het is dan ook niet uit te sluiten dat het Hof nog een stap verder zal zetten en zal oordelen dat het beginsel uit het Simmenthal-arrest eveneens geldt voor het EVRM en ook voor het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat, zodra het Verdrag van Lissabon zal zijn geratificeerd, integrerend deel zal uitmaken van het Europees recht. Indien het Hof die stap zou zetten, zou dat verstrekken gevolgen hebben voor lidstaten zoals Oostenrijk¹⁶⁴ die aan het EVRM dezelfde rang geven als de grondwet, zodat het Grondwettelijk Hof de wet ook toetst aan het EVRM, of voor lidstaten zoals Duitsland¹⁶⁵ en Italië¹⁶⁶ die aan het EVRM dezelfde rang geven als een wet, zodat noch de gewone rechter, noch het grondwettelijk hof de wet rechtstreeks toetst aan het EVRM. Het gevolg van die stap zou zijn dat de rechters van de lidstaten van de EU verplicht zullen zijn aan het EVRM en aan het Handvest rechtstreekse werking te verlenen, althans t.a.v. het nationaal recht dat 'in het kader van het gemeenschapsrecht' wordt uitgevaardigd. Het zal dan niet mogelijk zijn de rechter te verplichten de vraag of een dergelijke wet het EVRM of het Handvest schendt prejudicieel voor te leggen aan het nationaal Grondwettelijk Hof.

65. Zelfs indien het Hof van Justitie de Simmenthal-doctrine zou toepassen op de grondrechten die tot het gemeenschapsrecht behoren, dan nog lijkt het ons voorbarig te stellen dat een lidstaat geen voorrang zou mogen geven aan de toetsing aan de grondrechten die in de grondwet worden gewaarborgd. De hypothese van artikel 26, § 4, verschilt immers van de hypothese waarover het Hof van Justitie in de Simmen-

163. HvJ 18 juni 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE*, C-260/89, punt 42: 'Volgens de rechtspraak kan het Hof een nationale wettelijke regeling die niet binnen het kader van het gemeenschapsrecht valt, niet toetsen aan het Europees Verdrag. Zodra daarentegen een dergelijke wettelijke regeling binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht komt, moet het Hof ingeval het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om de verenigbaarheid te kunnen beoordelen van die regeling met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, in het bijzonder die welke in het Europees Verdrag zijn neergelegd.' punt 44: 'Daaruit volgt, dat de nationale rechter, en in voorkomend geval het Hof, in een dergelijk geval de toepassing van die bepalingen dient te toetsen aan alle regels van het gemeenschapsrecht, daaronder begrepen de in artikel 10 van het Europees Verdrag neergelegde vrijheid van meningsuiting, zijnde een algemeen rechtsbeginsel waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.' Zie ook HvJ. 8 april 1992, *Commissie t. Duitsland*, C-62/90, punt 23; HvJ, 26 juni 1997, *Familiapress*, C-368/95, punt 24-25; HvJ, 11 juli 2002, *Carpenter*, C-60/00; HvJ, 12 juni 2003, *Schmidberger*, C-112/00, punt 74-75; Zie ook HvJ, 25 maart 2004, *Karner*, C-71/02, punt 49.

164. Het EVRM werd bij amendement van 4 maart 1964 aan de Federale Grondwet retroactief verheven tot de rang van constitutionele wet. Zie S. Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Parijs, Economica, 1993, 191.

165. Ingevolge de dualistische opvatting over de verhouding tussen de internationale en de nationale rechtsorde, hangt het statuut van een verdrag in het intern recht af van de rang die het bij zijn opname in dat recht krijgt. Doorgaans wordt aangenomen dat het verdrag de rang heeft van een gewone wet. Zie A. Bleckman, 'Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention', *EuGrZ*, 1994, 149-155.

166. Volgens de rechtspraak van het Italiaanse Grondwettelijk Hof en het Italiaanse Hof van Cassatie heeft een verdrag, dat door een gewone wet in de interne rechtsorde is opgenomen, de rechtskracht van een gewone wet. Het verdrag heeft bijgevolg alleen voorrang op de vroegere wetten en niet op de grondwet of op de latere wetten. Het Hof heeft wel, ingevolge het Simmenthal-arrest, de voorrang moeten aanvaarden van het gemeenschapsrecht. In het arrest *Granital* van 8 juni 1984 stelt het Hof dat de rechtscolleges ambtshalve en zonder verwijzing naar het Grondwettelijk Hof de vroegere of latere nationale wetten moeten afwijzen die strijdig zijn met het rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht. *Corte Costituzionale*, n° 170/84, 8 juni 1984, *Granital*, *Gius. Cost.*, I, 1098. M. Claes, *The National Court's mandate in the European Constitution*, o.c., 193.

thal-zaak oordeelde. In die zaak ging het om een partij die alleen een schending van het gemeenschapsrecht had opgeworpen. Omdat die schending werd beschouwd als een schending van artikel 11 van de Italiaanse grondwet waarin is bepaald dat Italië de inperking van zijn soevereiniteit toestaat en de werking van internationale organisaties bevordert,¹⁶⁷ mocht ze alleen door het Corte Constitutionele worden vastgesteld. In geval van 'samenloop van grondrechten' ligt echter een andere hypothese voor. Een partij voert dan niet slechts de schending van het gemeenschapsrecht aan – in casu van een grondrecht dat tot dat gemeenschapsrecht behoort – doch ook de schending van een grondrecht dat in de grondwet wordt gewaarborgd. Het voorstel van bijzondere wet dat al door de Senaat werd goedgekeurd, verbiedt de rechter niet te toetsen aan het EVRM of later aan het Handvest, doch bepaalt slechts dat eerst dient te worden getoetst aan de grondwet en dat dan ook eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof dient te worden gesteld. Of het Hof van Justitie een dergelijke volgorde in de toetsing zou strijdig bevinden met de door elke nationale rechter te verzekeren voorrang van het Europees recht, is allerm minst zeker. Men mag niet vergeten dat het Hof van Justitie ook het beginsel van de 'procedurele autonomie' erkent.¹⁶⁸ Dat beginsel impliceert, zoals het Hof stelde, dat 'het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen'.¹⁶⁹ Het beginsel van de procedurele autonomie heeft een ruime betekenis. Het kan zowel slaan op de regels over de rechtspleging *stricto sensu* – zoals bv de eerbiediging van de rechten van de verdediging – maar ook op regels over de toegang tot de rechtscollages, hun rechtsmacht, de aard van de rechtsbescherming die zij bieden enz.¹⁷⁰ Het blijft dus aan de Staat toekomen het systeem van rechtshandhaving te organiseren. Het moet daarbij wel het 'beginsel van gelijkwaardigheid' en het 'beginsel van effectiviteit' eerbiedigen: de procesregels die voor de Europese vorderingen gelden 'mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken'.¹⁷¹ De vraag rijst of de verplichting voor de nationale rechter om met de toetsing van de wet aan het gemeenschapsrecht, meer bepaald aan de grondrechten die tot dat gemeenschapsrecht behoren, te wachten totdat het Grondwette-

167. Art. 11 It. GW: 'Italy (...) agrees to limitations of sovereignty where they are necessary to allow for a legal system of peace and justice between nations, provided the principal of reciprocity is guaranteed; it promotes and encourages international organisations furthering such ends.' Zie Corte Const., n° 98/65, 16 december 1965, *Gazette Ufficiale*, n° 326, 31 december 1965.

168. M. Claes, *The National Court's mandate in the European Constitution*, o.c., 120-124.

169. HvJ, 16 december 1976, Rewe, 33/76. Zie ook HvJ, 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, punt 37-44.

170. M. Claes, *The National Court's mandate in the European Constitution*, o.c., p. 121, noot 7.

171. In zijn arrest van 14 december 1995, Van Schijndel, C-430/93 en C-431/93, punt 14 stelde het Hof: 'Voor de toepassing van die beginselen moet ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties.'

lijk Hof zich heeft uitgesproken over de overeenstemming van de wet met de grondwet, of deze verplichting voldoet aan deze beginselen.¹⁷²

66. Het moge duidelijk zijn dat de rol die de constitutionele hoven nog zullen kunnen spelen t.a.v. de steeds talrijker nationale wetten die ‘in het kader van het Europees Gemeenschapsrecht’ worden uitgevaardigd hier in het geding is. Men mag daarbij niet vergeten dat 19 van de 27 lidstaten van de Europese Unie een grondwettelijk hof hebben. De vraag rijst of het Hof van Justitie deze fundamentele constitutionele keuze van zoveel lidstaten inzake de toetsing aan grondrechten op de helling zal zetten. Zal het Hof de Simmenthal-doctrine verder laten uitdijen en stellen dat het een eis is van het gemeenschapsrecht dat elke rechter de nationale wet kan toetsen aan de grondrechten die tot dat gemeenschapsrecht behoren en daarenboven dat deze toetsing dient vooraf te gaan aan de toetsing door het Grondwettelijk Hof aan de grondwet? In artikel 3bis, 2 van het EU-verdrag, zoals dat door het Verdrag van Lissabon zou worden toegevoegd,¹⁷³ wordt benadrukt dat de Unie de ‘constitutionele basisstructuren’, van de lidstaten eerbiedigt. Behoort de optie om een Grondwettelijk Hof te hebben en in geval van samenloop, eerst te laten toetsen aan de nationale grondwet niet tot die constitutionele basisstructuren? Uit een onderzoek uit de rechtspraak blijkt alvast dat artikel 234 van het EG-verdrag de nationale rechter niet verplicht om de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, vooraleer om het even welke andere rechtsvraag – in casu deze over de overeenstemming met de Grondwet – te beslechten of te laten beslechten.¹⁷⁴ Zolang niet blijkt dat het Hof van Justitie inderdaad oordeelt dat rechters, in geval van samenloop van grondrechten, niet eerst een prejudiciële vraag mogen stellen aan hun Grondwettelijk Hof, doch voorrang dienen te geven aan de rechtstreekse toepassing van de grondrechten die tot het gemeenschapsrecht behoren, is er o.i. geen reden om artikel 26, § 4, niet toe te passen op wetskrachtige normen die ‘in het kader van het gemeenschapsrecht’ werden uitgevaardigd. Wel dient men voor ogen te houden dat het wel moet moge-

172. Senator Vandenberghe stelde hierover: ‘Zonder op alle argumenten pro en contra in te gaan is het evident dat de nationale rechtscolleges zich niet achter hun grondwet kunnen verschuilen om de efficiëntie van het communautair recht te belemmeren. Maar bij het antwoord op deze vraag moet de toenemende roep om de subsidiariteit effectief in te vullen, daarin begrepen de procedurele autonomie van de Staten worden onderlijnd. Volgens deze regel van subsidiariteit organiseert elke Staat zijn rechtssysteem naar eigen goeddunken, op voorwaarde dat het communautair recht efficiënt wordt toegepast. In die benadering kan de rechterlijke toetsing van wetten aan het communautair recht dus perfect gecentraliseerd worden bij samenloop van grondrechten, op voorwaarde dat de rechter die moet oordelen de mogelijkheid heeft om de oplossing van het bevoegde interne rechtscollege om het communautair recht te doen naleven, volledig en binnen een redelijke termijn af te dwingen. De wijziging van de bijzondere wet past volledig in het raam van de procedurele autonomie, de subsidiariteit en de proportionaliteit.’ *Parl. Hand.*, Senaat, 26 juni 2008, 4-36, 36.

173. ‘De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.’

174. Zie daarover J. Spreutels en J. Th. Debyr, ‘Le concours de questions préjudicielles (Cour d’arbitrage, Cour de justice des Communautés européennes et Cour de justice Benelux)’, in A. Arts e.a., *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, o.c., 325-340.

lijk zijn ‘voorlopige maatregelen te nemen ter verzekering van de volle werking van de rechterlijke uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan’.¹⁷⁵ Wat dat betreft dient artikel 26, § 3, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op Grondwettelijk Hof, in herinnering te worden gebracht, dat onder bepaalde voorwaarden mogelijk maakt de prejudiciële vraag niet te stellen ‘in geval de vordering spoedeisend is’.

4.3 Kunnen de wetten die het secundair Europees recht implementeren nog wel aan titel II van de Grondwet worden getoetst?

67. Een andere en nog belangrijker vraag – het antwoord erop kan de eerste vraag zelfs haar pertinentie ontnemen – is in welke mate de nationale rechters – de rechterlijke macht en/of de nationale Grondwettelijke Hoven – nog de mogelijkheid hebben om de ruimere bescherming die de nationale grondwetten aan de analoge grondrechten bieden te handhaven. Met name rijst de vraag of wetsbepalingen die dwingende Europese rechtsregels implementeren afbreuk kunnen doen aan de constitutionele bepalingen inzake de bescherming van grondrechten en wat rechters dienen te doen wanneer een wetgever die bijvoorbeeld een richtlijn omzet of een verordening uitvoert, maatregelen neemt die in strijd zijn met titel II van de Grondwet? Die vraag kan zowel vanuit Europeesrechtelijk – als vanuit nationaal constitutioneelrechtelijk perspectief worden benaderd.

a *Het Europeesrechtelijk perspectief: de voorrang van het Europees recht op de Grondwet en artikel 53 van het Handvest van de grondrechten*

68. Vanuit het Europeesrechtelijk perspectief lijkt het antwoord op deze vraag duidelijk. In het arrest van 17 december 1970 in de zaak Internationale Handelsgesellschaft, oordeelde het Hof van Justitie immers:

‘dat de aard van het verdragsrecht, dat zijn oorsprong in een autonome rechtsbron vindt, medebrengt dat daartegenover, wil het zijn communautaire aard niet verliezen en de rechtsgrondslag van de Gemeenschap zelf niet in gevaar worden gebracht, in rechte geen beroep op enige nationale rechtsregel mag worden gedaan; dat derhalve beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een lidstaat zijn neergelegd of op de beginselen van het constitutioneel bestel van een lidstaat, aan de rechtsgeldigheid van een handeling der Gemeenschap of aan de werking dier handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen’.¹⁷⁶

69. De vraag rijst echter of deze rechtspraak onverkort door het Hof van Justitie zal worden gehandhaafd, nu het Handvest van grondrechten van de Europese unie een artikel 53 inhoudt dat als volgt luidt:

175. HvJ 19 juni 1990, Factortame e.a., C-213/89, punt 21 en recenter HvJ, 13 maart 2007, Unibert, C-432/05, punt 67.

176. HvJ, 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH t. Einführ- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70, Jur., 1970, 1125-1159, met concl. Dutheil de Lamothe. Zie J. Wouters, ‘National Constitutions and the European Union’, *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, 25-91.

‘Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.’

Alhoewel artikel 53 – inclusief het nummer – sterk lijkt op artikel 53 van het EVRM, dat we eerder hebben besproken als de zetel van het ‘beginsel van de meest gunstige clausule’, rijst de vraag of het ook in de rechtsorde van de Europese Unie dat beginsel invoert. Er bestaan daarover twee interpretaties.¹⁷⁷

70. Volgens een eerste interpretatie heeft artikel 53 van het Handvest slechts een beperkte draagwijdte.¹⁷⁸ Zoals het artikel zelf aangeeft kan ‘geen van de bepalingen van dit Handvest’ worden uitgelegd als zouden deze afbreuk doen aan de grondrechten die o.m. door de grondwetten van de lidstaten worden erkend. Artikel 53 beoogt de lidstaten slechts erover gerust te stellen dat het ondertekenen van het Handvest an sich niet tot gevolg zou hebben dat men bepalingen in de grondwet die een ruimere bescherming aan de grondrechten bieden, zou dienen te herzien. Wat het echter niet beoogt uit te sluiten is dat andere bepalingen van het primair en secundair recht van de Europese Unie de lidstaten kunnen verplichten om maatregelen te nemen die ingaan tegen bepalingen uit het nationaal recht, inclusief de nationale grondwet. Artikel 53 biedt de Staten niet de mogelijkheid om zich te beroepen op de eigen grondwet – en met name op de ruimere bescherming die deze inzake grondrechten biedt – om zich aan deze verplichtingen te onttrekken. Op geen enkel ogenblik was het immers de bedoeling de Europese instellingen te verplichten om bij de uitvaardiging van het secundair Europees recht de ruimere waarborgen die de nationale grondwetten van de 27 lidstaten bieden te eerbiedigen.¹⁷⁹ Op geen enkel ogenblik was het ook de bedoeling om met artikel 53 van het Handvest afbreuk te doen aan de beginselen die doorheen de jaren in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn ontwikkeld en die overigens ook in het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, doch niet in het Verdrag van Lissabon, uitdrukkelijk werden ‘geconsti-

177. Zie daarover de adviezen van de Raad van State, Algemene Vergadering, nr. 37.978/AV, 15 februari 2005, over een voorontwerp van wet houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004, punt 7. *Parl. St., Senaat*, 2004-2005, nr. 3-1091/3 en nr. 44.028/AV, 13 december 2007, over een voorontwerp van wet ‘houdende instemming met het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met de Slotakte, gedaan te Lissabon op 3 december 2007’, *Parl. St., Senaat*, 2007-2008, 4-568/1.

178. Zie Jonas Bering Lindberg, ‘Does the EU-charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law. Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?’ Jean Monnet Working Paper 4/01, ISSN 1087-2221.

179. Uit artikel 52, lid 4, volgt alleen dat deze grondrechten, in zoverre ze voortvloeien uit de ‘constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben’, in overeenstemming met die tradities dienen te worden uitgelegd.

tionaliseerd', nl. dat het gemeenschapsrecht voorrang heeft op het nationaal recht, inclusief op de nationale grondwet.

71. Er bestaat echter ook nog een tweede interpretatie die aan artikel 53 van het Handvest een veel ruimere draagwijdte toekent. Het artikel zou met name de Europese instellingen verhinderen bij het uitvaardigen van afgeleid Europees recht de lidstaten te dwingen in te gaan tegen de ruimere waarborgen die hun nationale grondwet inzake grondrechten biedt. Artikel 53 zou ertoe strekken elke achteruitgang van de grondrechten tegen te gaan. Het zou tot gevolg hebben, zoals P. Cassia schrijft dat aan de grondrechten die in de verschillende nationale grondwetten worden gewaarborgd een hogere waarde toekomt dan aan deze die in het Handvest zijn ingeschreven.¹⁸⁰ Dit impliceert, aldus nog P. Cassia, dat,

‘dans l’hypothèse où la Cour de Justice de l’Union européenne aurait déclaré qu’un acte de droit dérivé ne méconnaissait aucun des droits et libertés reconnus par le traité, une juridiction nationale serait autorisée, sur le fondement du traité à refuser que ce même acte s’applique dans l’État membre, au motif que le “standard” national de protection des droits fondamentaux est plus élevé que celui de la Cour (...)’.¹⁸¹

Ook P. Lemmens schrijft: ‘Article 53 is clearly based on wording that can be found in other international human rights instruments, in particular in Article 53 of the European Convention. The latter provision, and arguably also Article 53 of the Charter, is intended to ensure that, when there is a conflict with another national or international text, the text offering the widest protection prevails.’¹⁸² In het licht van het beginselen over de rechtstreekse werking en de voorrang van het Europees recht zou men geneigd zijn een dergelijke ruime interpretatie van artikel 53 van het Handvest te beschouwen als ‘vloeken in de kerk’. Weliswaar zijn er thans reeds in de rechtspraak aanwijzingen dat het Hof van Justitie kan leven met een zekere verscheidenheid inzake de bescherming van grondrechten en aanvaardt dat de ene staat een

180. P. Cassia, ‘L’article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l’Europe et la hiérarchie des normes’, *Europe, Revue mensuelle du JurisClasseur*, december 2004, 9.

181. *Ibid.* In dezelfde zin: M. Fischbach, ‘Grundrechte-Charta und Menschenrechtskonvention’, in *Grundrechtscharta und Verfassungsentwicklung in der EU*, W. Heusel, ed., Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Band 35, 2002, 126. G. Braibant, vice-voorzitter van de Conventie die het Handvest heeft opgesteld, schrijft eveneens over artikel 53 van het Handvest: ‘Cette disposition vise à préserver le niveau de protection offert actuellement dans leur champ d’application respectif par le droit de l’Union, le droit des États membres et le droit international. (...) [C]ela signifie qu’en matière de définition et de protection de droits fondamentaux on ne peut jamais reculer ou régresser par rapport aux textes en vigueur. (...) Cette disposition ne figurait pas dans le projet initial et a été introduite sur ma proposition, sans objection des autres membres de la Convention. Elle peut paraître choquante, singulièrement dans un texte européen. Elle met en cause, en effet, la suprématie du droit international, en particulier européen, sur les droits nationaux qui est maintenant généralement reconnue. (...) Cela signifie que l’on fera prévaloir sur la Charte une disposition plus protectrice contenue dans une Constitution nationale’, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Témoignage et commentaires*, Parijs, 2001, 266-269.

182. P. Lemmens, ‘The relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects’, 8, *MJ* 1 (2001), 54-55. Zie ook K. Lenaerts en P. Van Nuffel, ‘Europees recht in hoofdlijnen’, o.c., nr. 739, p. 436: ‘Bij de toepassing van het Handvest prevaleert dus de norm met het hoogste niveau van bescherming.’

grondrecht meer wil beschermen dan een andere?¹⁸³ Die rechtspraak heeft echter betrekking op het al dan niet gebruik maken van de mogelijkheden die het EG-recht biedt om het vrije verkeer te beperken terwille van de bescherming van grondrechten.¹⁸⁴ Of het Hof die verscheidenheid ook zal toestaan wanneer een lidstaat, terwille van de bescherming van de in de nationale grondwet gewaarborgde grondrechten, nalaat een richtlijn in al zijn aspecten uit te voeren, is uiteraard nog een andere kwestie.¹⁸⁵ Hoe dan ook, met Monica Claes kan men stellen: 'The least one can conclude is that Article 53 is not well drafted, and while it may be intended as merely giving a political signal to ease any concerns about lowering the existing standards of protection in general, it is at least ambiguous and may be open to abuse.'¹⁸⁶

b Het nationaal constitutioneel perspectief: artikel 34 van de Grondwet, scharnier naar het Europees secundair recht

72. De vraag over de verhouding tussen de nationale grondwet en het Europees secundair recht kan ook vanuit constitutioneel perspectief worden benaderd. Bij het beantwoorden van die vraag dient men een onderscheid te maken tussen twee hypothesen. In een eerste hypothese is de uitvoering die de wetgever bijvoorbeeld geeft aan een Europese richtlijn niet de enige mogelijke en zijn er alternatieve uitvoeringen denkbaar die geen schending van de grondwet inhouden. In die hypothese is er niets dat het Grondwettelijk Hof ervan weerhoudt om de ongrondwettigheid van de wet vast te stellen. In een tweede hypothese is het uitvaardigen van de 'ongrondwettige' wet wel de enige mogelijke wijze waarop de wetgever de richtlijn kan uitvoeren. In die hypothese staat het Grondwettelijk Hof voor een dilemma, ofwel vernietigt het de wet, met als gevolg dat de verplichting het Europees recht na te leven, niet wordt geëerbiedigd, ofwel vernietigt het de wet niet, met als gevolg dat een bepaling van de grondwet niet wordt nageleefd. In een poging om dit dilemma te ontlopen kan het Hof een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie over de 'uitlegging' of over de 'geldigheid' van de richtlijn. Met de vraag over de 'uitlegging' van de richtlijn kan het pogen de precieze draagwijdte van de verplichtingen die de richtlijn aan de lidstaten oplegt, juist in te schatten, teneinde te oordelen of er nog een ander, niet-ongrondwettige omzetting mogelijk is. Met de vraag over de 'geldigheid' van de richtlijn, kan het Grondwettelijk Hof het Hof van Justitie uitnodigen te onderzoeken

183. Zie K. Lenaerts, 'La constitutionalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne', in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 830.

184. Zie HvJ, 14 oktober 2004, Omega Spielhallen und Automatenaufstellung GmbH, C-36/02, punt 35-41. In casu betrof het een verbod om spelen te exploiteren waarin het doden van mensen wordt gesimuleerd omdat deze de menselijke waardigheid en dus de openbare orde aantasten.

185. In de in voetnoot 27 vermelde adviezen stelde de Raad van State hierover: 'Het zal uiteraard uiteindelijk aan het Europees Hof van Justitie toekomen de draagwijdte van artikel 53 van het Handvest te bepalen. De Raad van State wijst er evenwel nu reeds op dat de tweede, ruime interpretatie een ware omwenteling van de thans geldende beginselen van de Europese rechtsorde zou impliceren, doordat het een voorrang van de nationale grondwet op het Europees recht instelt en een niet-uniforme toepassing en uitvoering van het Europees recht in de verschillende lidstaten mogelijk maakt, terwijl de eerste, restrictieve interpretatie in het verlengde ligt van de beginselen die tot op heden steeds het Europees recht hebben beheerst.'

186. M. Claes, *The National Court's mandate in the European Constitution*, o.c., 696.

of de richtlijn zelf niet strijdig is met de grondrechten waarop dat Hof vermag acht te slaan. Indien het Hof die grondrechten geschonden acht, staat niets eraan in de wet dat ook het Grondwettelijk Hof de wet strijdig acht met de grondwet samengelezen met de analoge verdragsbepalingen. In vele gevallen zal het aldus mogelijk zijn om een vermeende tegenstelling tussen de nationale en de Europese bescherming van grondrechten te elimineren. Maar dat zal niet steeds het geval zijn. Waar de grondwet waarborgen biedt die ruimer zijn dan deze die het EVRM en de mensenrechtenverdragen bieden, waar het dus precies op het eigene van de Grondwet aankomt – bijvoorbeeld het verbod van preventieve maatregelen of de bescherming van de taalvrijheid – zal de tegenstelling soms niet te vermijden zijn. Hoewel de legisprudentie van de Raad van State en de jurisprudentie van het Grondwettelijk Hof nog onvoldoende zijn uitgewerkt om al te kunnen spreken van een heuse constitutionele doctrine over de samenloop van grondrechten in deze hypothese, zijn er kunnen toch al aanzetten tot zo'n doctrine in de adviezen en arresten te vinden.

73. De Raad van State, afdeling Wetgeving heeft, in algemene vergadering, de vraag in abstracto onderzocht in zijn adviezen over de voorontwerpen van wet houdende instemming met respectievelijk het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa¹⁸⁷ en het Verdrag van Lissabon.¹⁸⁸ Uit deze adviezen blijkt dat de Raad in artikel 34 van de grondwet een toevlucht zoekt om een mogelijke kloof tussen het Europees secundair recht en de grondwet te overbruggen. Dit artikel 34, dat in 1970 in de grondwet werd ingevoegd om een constitutionele grondslag te bieden voor de overdracht van soevereiniteit aan de Europese instellingen, bepaalt in het algemeen: 'De uitoefening van bepaalde machten kan door een verdrag of door een wet worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen.'¹⁸⁹ Omdat de toepassing van dit artikel tot gevolg zou hebben dat de machten niet meer zouden worden uitgeoefend op de wijze die de grondwet bepaalt (art. 33 GW), was het aanvankelijk ook de bedoeling in artikel 68 – thans 167 – van de grondwet in te schrijven dat de verdragen die soevereiniteit overdragen met een tweederde meerderheid dienen te worden goedge-

187. Advies Raad van State, Algemene Vergadering, 15 februari 2005, over een voorontwerp van wet houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004, punt 7. Parl. St., Senaat, 2004-2005, nr. 1091/1, n. 3, blz. 526 e.v.

188. Advies Raad van State, Algemene Vergadering, 13 december 2007, over een voorontwerp van wet 'houdende instemming met het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met de Slotakte, gedaan te Lissabon op 13 december 2007', Parl. St., Senaat, 2007-2008, 4-568/1.

189. Zie hierover de bijdrage van P. Vandernoot, 'Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution', in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel-Parijs, 2007, 1599-1630.

keurd.¹⁹⁰ Uiteindelijk ging dat plan echter niet door.¹⁹¹ Voor de toepassing van artikel 34 van de grondwet volstaat een verdrag, waarvan de instemmingswet met een gewone meerderheid werd goedgekeurd. Wanneer op grond van dit artikel 34 van de grondwet machten worden overgedragen aan de Europese Unie, kan men uiteraard niet verwachten dat deze door de Unie zullen worden uitgeoefend in overeenstemming met de bepalingen van titel II van de Belgische grondwet. De Raad van State stelde dan ook in zijn hoger vermelde adviezen:

‘Het opdragen van de uitoefening van bepaalde machten aan volkenrechtelijke instellingen, toegestaan bij artikel 34 van de grondwet, impliceert noodzakelijkerwijze dat deze instellingen autonoom zullen kunnen beslissen over de wijze waarop ze die machten uitoefenen, zonder gebonden te zijn door de bepalingen van de Belgische grondwet.¹⁹² Dit betekent, in beginsel althans, dat, wanneer, met toepassing van de thans voorliggende verdragen, in de toekomst bijvoorbeeld een verordening of een richtlijn wordt uitgevaardigd, die respectievelijk zelf ingaat tegen de Belgische grondwet of die de Belgische overheden verplicht tot het stellen van handelingen die tegen de grondwet ingaan, de grondwet niet tegen die handelingen van afgeleid Europees recht ingeroepen zal kunnen worden. Vanuit grondwettelijk oogpunt gezien, zorgt artikel 34 van de grondwet voor de verbinding tussen, enerzijds, de voorrang van het Europees recht die voortvloeit uit de aard zelf van het Europees recht, zoals erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (...) en anderzijds de plaats die de Belgische grondwet in de interne rechtsorde inneemt.’

74. Wat dit in concreto kan betekenen, blijkt uit een advies van Raad over een ontwerp van wet ‘houdende herziening van de farmaceutische wetgeving’.¹⁹³ Dat ontwerp

190. Zie het verslag van de h. F. Dehousse namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet, Parl. St., Senaat, 1969-1970, nr. 275, p. 2: ‘L’article 25bis n’exprime aucune exigence de majorité spéciale, et, notamment, de majorité des deux tiers. Il faut toutefois le mettre en relation à cet égard avec le paragraphe 5 du nouvel article 68, tel qu’il est proposé par le document de travail. Aux termes de ce paragraphe, les conditions de présence et de majorité requises pour la révision de la Constitution s’appliquent aux traités conclus en vertu de l’article 25bis ou, a fortiori, dérogeant à la Constitution. C’est une these maintes fois formulée au cours des travaux préparatoires de l’article 25bis. Elle a recueilli l’assentiment de la Commission.’

191. De senaatsvoorzitter verklaarde dat de goedkeuring van artikel 25bis (thans 34) ‘n’impliquait aucune décision ni aucun préjugé quant à la révision sur l’article 68.’ Parl. Hand., Senaat, 24 maart 1970, p. 1032.

192. In die zin C. Naomé, ‘Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l’arrêt de la Cour d’arbitrage du 16 octobre 1991’, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1994, 54-55; J.-V. Louis, ‘La primauté, une valeur relative?’, *Cah. dr. eur.*, 1995, 26; H. Bribosia, ‘Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire’, *R.B.D.I.*, 1996, 60, nr. 35; R. Ergéc, ‘La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution’, noot onder R.v.St., Orfinger, nr. 62.922, 5 november 1996, *J.T.*, 1997, 256; M. Melchior en P. Vandernoot, ‘Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé’, *R.B.D.C.*, 1998, 13-14 en 39; zie ook P. Gilliaux, ‘L’intégration du droit européen selon le Conseil d’État: primauté et efficacité’, in *Le Conseil d’État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Brussel, 1999, 483; P. Vanden Heede en G. Goedertier, ‘Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? – Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof’, *T.B.P.*, 2003, 470-471, nr. 33.

193. Advies Raad van State, afd. Wetg, nr. 39.192/3, 4 november 2005, over een voorontwerp van wet houdende herziening van de farmaceutische wetgeving, Parl. St., Kamer, 2005-2006, nr. 51-2189/1, 113 tot 116.

beoogde uitvoering te geven aan een Europese richtlijn¹⁹⁴ waarin aan de lidstaten de verplichting werd opgelegd om voorafgaande controle te organiseren op reclame voor geneesmiddelen via radio en televisie. De Raad stelde vast de artikelen 19 en 25 van de grondwet het nemen van preventieve maatregelen verbiedt. Hij verwees echter ook naar artikel 34 van de grondwet en het hiervoor vermelde advies van de Algemene vergadering enerzijds en naar het eerder vermelde arrest van 17 december 1970 van het Hof van Justitie in de zaak Internationale Handelsgesellschaft anderzijds en besloot dat 'in de mate dat artikel 97 van de richtlijn 2001/83/EG de lidstaten ertoe verplicht preventieve maatregelen te nemen ten aanzien van reclame voor geneesmiddelen, de wetgever dergelijke maatregelen kan nemen zonder de grondwet te schenden'. Volgens de Raad van State, biedt artikel 34 van de grondwet en de overdracht van 'machten aan volkenrechtelijke instellingen' die erop is gebaseerd, aan de wetgever een constitutionele basis om in uitvoering van het Europees recht, maatregelen te nemen die door andere artikelen van de grondwet verboden zijn.

75. De vraag rijst of artikel 34 elke ongrondwettigheid bij de uitvoering van het Europees recht dekt of m.a.w., of het een *blanco cheque* biedt om de andere bepalingen van de grondwet niet na te leven. In de adviezen over het Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa en over het Verdrag van Lissabon, lijkt de Algemene Vergadering van de Raad een voorbehoud te maken waar ze stelt het niet nodig te vinden zich 'nader uit te spreken over de voorwaarden voor de toepassing van artikel 34 van de grondwet (...)'. Het lijkt inderdaad niet uitgesloten dat men bij de interpretatie van artikel 34 van de grondwet ervan uitgaat dat het niet de bedoeling was van de grondwetgever het mogelijk te maken aan volkenrechtelijke instellingen een vrijbrief te verlenen om afbreuk te doen aan de 'wezenskenmerken van de constitutionele rechtsorde'. Ook buitenlandse Grondwettelijke Hoven hebben in het verleden voorbehoud gemaakt. Wanneer (de 'harde kern' van) het eigen constitutioneel recht in het geding is en het Hof van Justitie ter zake geen afdoende bescherming biedt, zijn ze niet zonder meer bereid voorrang te verlenen aan het Europees recht.¹⁹⁵ Zo is het Duitse Bundesverfassungsgericht slechts bereid het secundair Europees recht niet in vraag te stellen zolang de bescherming van de grondrechten op Europees niveau, in het algemeen beschouwd, toereikend is.¹⁹⁶ De Franse Conseil Constitutionnel beschouwt de omzetting van een richtlijn als een eis van de Franse Grondwet zelf,

194. Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik.

195. Zie daarover A. Alen, 'Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les cours constitutionnelles des Etats membres', o.c.; M. Claes, *The National Court's mandate in the European Constitution*, o.c., 594-650; B. De Witte, 'Direct effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order', in P. Craig en G. de Burca (eds), *Evolution of EU law*, Oxford, OUP, 1999, 177 e.v.

196. Bundesverfassungsgericht, 7 juni 2000, Bananas III (Atlanta), BverfGE 102, 147: 'Vorlagen zu Regelungen des sekundären europäischen Gemeinschaftsrechts zur verfassungsrechtlichen Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht entsprechend Art. 100 Abs. 1 GG sind nur dann zulässig, wenn ihre Begründung im Einzelnen darlegt, dass die gegenwärtige Rechtsentwicklung zum Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, den jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet.' Zie ook Bundesverfassungsgericht, 29 mei 1974, 'Solange I', BverfGE 37, 271; 22 oktober 1986, 'Solange II', BverfGE, 73, 339; 12 oktober 1993, 'Maastricht', BverfGE 155.

behoudens, in eerste instantie, wanneer een uitdrukkelijke bepaling van de Grondwet zich ertegen verzet¹⁹⁷ en later, wanneer de richtlijn ingaat tegen ‘une règle ou un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France’.¹⁹⁸ Het Spaanse Tribunal Constitucional onderzoekt de omzetting van de richtlijnen in het licht van ‘le respect de la souveraineté de l’Etat, de nos structures constitutionnelles de base ou du système de valeurs et de principes fondamentaux conservés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre’.¹⁹⁹ Het Italiaanse Corte Costituzionale heeft het dan weer over ‘the fundamental principles of the Italian Constitution’.²⁰⁰ Ook wat België betreft zou een dergelijk voorbehoud kunnen worden gemaakt. Het zou bijvoorbeeld kunnen betrekking hebben op de federale staatsstructuur (art. 1 GW) het territorialiteitsbeginsel in taalzaken (art. 4 GW) en ook op de rechten en vrijheden, minstens toch aan deze die omdat ze specifiek zijn voor de Belgische constitutionele rechtsorde, onvoldoende op analoge wijze op het Europese niveau worden gewaarborgd, zoals bijvoorbeeld de onderwijsvrijheid (art. 24 GW) of de taalvrijheid (art. 30 GW).²⁰¹ Dergelijke voorbehouden lijken ons niet strijdig met de basisbeginselen van het Europees recht. Ook de Europese Unie mag immers geen afbreuk doen aan de ‘constitutionele basisstructuren’ van de lidstaten. Dat wordt uitdrukkelijk bevestigd in artikel 3bis, 2 van het EU-verdrag, dat door het Verdrag van Lissabon zou worden toegevoegd. Indien de EU die verplichting toch over het hoofd zou zien, is de oplossing echter niet, aldus de Algemene Vergadering van de Raad van State, dat de wetgever kan weigeren het Europees recht te eerbiedigen. De oplossing is dan wel hetzij de grondwet te wijzigen, hetzij uit de Europese Unie te treden. Een niet zo eenvoudig en ook niet zo realistisch dilemma.

197. Conseil Constitutionnel, Décisions n° 2004/496 van 10 juni 2004 en n° 2004/487 van 1 juli 2004 ‘Considérant qu’aux termes de l’article 88-1 de la Constitution: “La République participe aux Communautés européennes et à l’Union européenne, constituées d’Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d’exercer en commun certaines de leurs compétences”; qu’ainsi, la transposition en droit interne d’une directive communautaire résulte d’une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu’en raison d’une disposition expresse contraire de la Constitution; qu’en l’absence d’une telle disposition, il n’appartient qu’au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l’article 6 du Traité sur l’Union européenne.’

198. Conseil Constitutionnel n° 2006-540 van 27 juli 2006: ‘Considérant, en premier lieu, que la transposition d’une directive ne saurait aller à l’encontre d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le Constituant y ait consenti.’

199. Verklaring van 13 december 2004, DTC 1/2004. Zie daarover F. Moderne, ‘Présentation de la question de la Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004’, R.F.D.A., 2005, 43-47.

200. Corte Costituzionale, nr. 232/89, 13 april 1989, *Fragd*, R.U.D.H., 1989, 258: ‘It cannot therefor be stated that the Constitutional Court has no competence to verify whether or not a treaty norm, as interpreted and applied by the institutions and organs of the EEC, is in conflict with the fundamental principles of the Italian Constitutions or violates the inalienable rights of man.’ Zie ook nr. 183/73, 27 december 1973, *Frontini*, R.T.D.E., 1987, 537, noot V. Constantinesco en nr. 170/84, 8 juni 1984, *Granital*, R.T.D.E., 1974, 149, noot S. Neri.

201. Zie P. Vandernoot, ‘Le concours de questions préjudicielles et l’article 34 de la Constitution: vers un dépassement de la controverse entre les “monistes” et les “dualistes”?’ in A. Arts e.a., *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, 353-359, die daarbij de fundamentele vrijheden en het jurisdictioneel toezicht op hun naleving vermeldt.

76. Het Grondwettelijk Hof heeft zich vooralsnog niet uitdrukkelijk en principieel uitgesproken, noch over de verhouding tussen het secundair Europees recht en de grondwet, noch over de eigen rechtsmacht om wetten die dat secundair recht omzetten in de eigen rechtsorde te toetsen aan de grondwet.²⁰² In rechtsgeleerde bijdragen hebben voorzitter en oud-voorzitter van het Hof, de hh. M. Melchior en L. De Grève, en rechter A. Alen wel al artikel 34 van de grondwet als scharnierartikel tussen de constitutionele en de Europese rechtsorde aangewezen.²⁰³ Het Hof zelf sprak zich hierover nog niet principieel uit. Het bewandelt tot nu toe een pragmatische weg. Wanneer het Hof moet oordelen of een wet in overeenstemming is met een in titel II van de grondwet gewaarborgd grondrecht en die wet blijkt de omzetting te zijn van een secundaire Europese rechtsregel die de bestreden maatregel dwingend aan de wetgever oplegt, dan stelt het Hof vast dat het bezwaar tegen de wet onrechtstreeks ook geldt tegen deze secundaire Europese regel. Noch vanuit constitutioneel,²⁰⁴ noch vanuit Europeesrechtelijk oogpunt,²⁰⁵ is het Hof bevoegd om de ongeldigheid van de secundaire rechtsregel vast te stellen. Het deinst er echter niet voor terug aan het Hof van Justitie prejudicieel te vragen of die secundaire Europese rechtsregel in overeenstemming is met artikel 6, lid 2 van het EU-verdrag dat de Unie oplegt de grondrechten te eerbiedigen die voortvloeien uit het EVRM en de constitutionele tradities van de lidstaten en die behoren tot de algemene principes van het gemeenschapsrecht.²⁰⁶ In arrest nr. 124/2005 van 13 juli 2005 stelde het Hof de prejudiciële vraag of het kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsmandaat en de procedures van overlevering tussen de lidstaten,²⁰⁷ in overeenstemming is met het legaliteitsbeginsel in strafzaken en met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. In arrest nr. 126/2005 van dezelfde dag stelde het

202. Zie evenwel Arbitragehof, nr. 124/2000, 29 november 2000, over een decreet dat de regering toelaat het doorgeven van programma's te schorsen wanneer een radio- of televisiezender in de voorafgaande twaalf maanden minstens tweemaal programma's heeft uitgezonden die schadelijk zijn voor minderjarigen. Het ging in casu om de getrouwe omzetting van een Europese richtlijn. Het Hof oordeelde dat de bestreden bepaling was 'ingegeven door de bekommernis een kwetsbare groep in de samenleving te beschermen' en dat zij 'de vrijheid van meningsuiting van de betrokken omroepen niet op onevenredige wijze aantastte'. In casu werd artikel 19 van de Grondwet en het verbod van preventieve maatregelen niet ingeroepen.

203. 'Si le problème était soumis à la Cour, la question de la compétence de celle-ci ne pourrait être tranchée sans tenir compte de l'article 25bis (thans 34) de la Constitution (...)' (Verslag van het Arbitragehof voor de IXe Conferentie van de Europese Grondwettelijke hoven van 10 tot 13 mei 1993, R.U.D.H., 1995, 228, nr. 43). Zie ook M. Melchior en P. Vandernoot, 'Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé', R.B.D.C., 1998, 13-14 en 39 en A. Alen, 'Rechtspraak van het Hof van Cassatie: reden om de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof te wijzigen?' in A. Alen en J. Van Nieuwenhove, *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Die Keure, 2008, 4. Zie ook P. Vandernoot, 'Le concours de questions préjudicielles et l'article 34 de la Constitution: vers un dépassement de controverses entre les "monistes" et les "dualistes"?' in A. Arts e.a. (eds.) *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, o.c., 353-359.

204. Dat behoort niet tot de bevoegdheid van het Hof. Zie art. 142 van de Grondwet en de artikelen 1 en 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

205. Zie HvJ, 22 oktober 1987, Foto-Frost, 314/85, Jur. 1987, 4199.

206. Zie de commentaar van E. Cloots, 'Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair unierecht aan fundamentele rechten', in A. Alen en J. Van Nieuwenhove, *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Die Keure, 2008, 17-54 en E. Cloots, 'Grondwettelijk Hof plaatst grondrechten boven secundair EU-recht', *Juristenkrant*, 2008, nr. 165, 15.

207. Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie 2002/584/JBZ, 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsmandaat en de procedures van overlevering tussen de lidstaten.

Hof een vraag over de overeenstemming van de zgn. Tweede Witwasrichtlijn²⁰⁸ met artikel 6 van het EVRM.²⁰⁹

77. Het Belgisch Grondwettelijk Hof stelt zich aldus zeer ‘Europees’ op. Het beschouwt zich als een rechtscollège in de zin van artikel 234, EG-verdrag of artikel 35, EU-verdrag dat aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag kan stellen over de geldigheid van respectievelijk het secundair Gemeenschapsrecht of het recht van de zgn. ‘derde pijler’. Het Hof lijkt zelfs van oordeel te zijn²¹⁰ dat aangezien zijn beslissingen ‘niet vatbaar zijn voor hoger beroep’,²¹¹ het op grond van artikel 234, derde lid, EG-verdrag verplicht is de prejudiciële vraag te stellen, zonder op de ‘acte clair’-theorie een beroep te kunnen doen.²¹² Al valt er op de coherentie en de doorzichtigheid van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nog wel wat af te dingen,²¹³ toch lijkt de ‘Europese’ houding van het Hof ingegeven door de wil om in geval van samenloop van grondrechten, tegenstrijdige uitspraken te vermijden. ‘Verschillen van inzicht tussen de rechterlijke instanties over de geldigheid van gemeenschaps-handelingen en over de geldigheid van de wetgeving die daarvan de implementatie vormt in het interne recht, zouden de eenheid van de communautaire rechtsorde in gevaar brengen en afbreuk doen aan het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht van rechtszekerheid’, zo luidt het in arrest nr. 124/2005. (overw. B.10.) Die stellingname kan men slechts bijtreden. Slechts wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een bepaling van secundair gemeenschapsrecht of een ‘derde pijler’-besluit de bestreden nationale maatregel niet dwingend oplegt en de eventuele schending van

208. Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

209. Zie J.-T. Derby, ‘Quand la Cour d’arbitrage pose les questions préjudicielles ...’ (noot onder Arbitragehof, nr. 126/2005, 13 juli 2005), J.L.M.B., 2005, 1192.

210. Zie Arbitragehof, nr. 126/2005, 13 juli 2005, overw. B.12.

211. De vraag rijst of dit wel, wat het Europees Gemeenschapsrecht betreft, juist is aangezien het Hof zich daarover niet met gezag van gewijsde uitspreekt. Zie M. Claes, *The national court’s mandate in the European Constitution*, o.c., 441, waarin het criterium van het ‘force of res judicata’ als doorslaggevend wordt naar voor geschoven.

212. De ‘acte clair’-theorie is enkel van toepassing op prejudiciële vragen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht. (zie HvJ, 6 oktober 1982, Cilfitt, 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3415) Op grond van het arrest-Foto-Frost van het Hof van Justitie kunnen ook de lagere rechters – die in beginsel niet verplicht zijn een prejudiciële vraag te stellen – niet weigeren het secundair recht toe te passen wegens schending van de grondrechten. Ze kunnen slechts weigeren de prejudiciële vraag te stellen wanneer ze oordelen dat de Gemeenschapsnorm ten volle geldig is. HvJ, 22 oktober 1987, Foto-Frost, 314/85, *Jur.* 1987, 4199.

213. Zie E. Cloots, ‘Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair unierecht aan fundamentele rechten’, o.c.

het grondrecht dus voor rekening van de nationale wetgever blijft²¹⁴ of wanneer het Hof van oordeel is dat het grondrecht klaarblijkelijk niet is geschonden,²¹⁵ is het stellen van de vraag niet nodig.

78. De vraag rijst of het Grondwettelijk Hof zich ook zeer ‘Europees’ opstelt nadat het Hof van Justitie heeft geantwoord op de prejudiciële vraag. Wanneer het Hof van Justitie antwoordt dat de secundaire Europese rechtsregel artikel 6, lid 2, van het EU-verdrag schendt, dan zal het Grondwettelijk Hof eveneens dienen te oordelen dat de wet die deze regel omzet of uitvoert, het analoge in de grondwet gewaarborgde grondrecht schendt. Wanneer het Hof van Justitie echter antwoordt dat de secundaire Europese rechtsregel artikel 6, lid 2, van het EU-verdrag niet schendt, dan rijst de vraag of het Grondwettelijk Hof nog ruimte heeft om een autonoom onderzoek te wijden aan de overeenstemming van de wet met het analoge in de grondwet gewaarborgde grondrecht. Dient het Hof dan niet principieel te stellen dat gelet op het oordeel van het Hof van Justitie en op de noodzaak om het secundair recht om te zetten of uit te voeren enerzijds en gelet op artikel 34 van de grondwet anderzijds, het niet nodig is een verder onderzoek te wijden aan de overeenstemming van de wet met de bepalingen van titel II van de grondwet? Of kan het Hof toch nog oordelen dat deze bepalingen het grondrecht meer beschermen dan de analoge Europese bepalingen?

79. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is vooralsnog te schaars om er wat dit betreft conclusies uit te trekken. In zijn arrest nr. 128/2007, van 10 oktober 2007, neemt het Hof zonder meer de uiterst summier gemotiveerde stelling van het Hof van Justitie over dat er een objectieve rechtvaardiging is om voor bepaalde strafbare feiten af te zien van het vereiste van dubbele strafbaarstelling en dat het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen staten, het discriminatieverbod bijgevolg niet schond.²¹⁶ Het Grondwettelijk Hof sloot zich daarbij aan en stelde dat die motivering *mutatis mutandis* ook geldt ten aanzien van de wet die het kaderbesluit uitvoert.²¹⁷ In zijn arrest nr. 10/2008, van 23 januari 2008 beperkte het Hof zich er echter niet toe zonder meer het Hof van Justitie te beamen. In

214. Om die reden heeft het Grondwettelijk Hof in het verleden nagelaten een prejudiciële vraag te stellen over de overeenstemming van een richtlijn met het discriminatieverbod, aangezien ‘de wijze waarop de wetgever gebruik maakt van een mogelijkheid waarin is voorzien in een richtlijn, verantwoord dient te zijn in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet’. (zie bijv. GWH, nr. 74/2007, 10 mei 2007, overw. B.10) Om die reden had het Hof evenmin de prejudiciële vraag dienen te stellen over de overeenstemming van het kaderbesluit over het Europees aanhoudingsbevel. (zie de conclusie van advocaat-generaal Colmer, Jur., 2007, I-03633, §§ 89-95). Uit het arrest van het Hof van Justitie van 3 mei 2007, Advocaten voor de wereld, C-303/05, Jur. 2007, I-03633, punt 51-53, blijkt dat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag over de overeenstemming van het kaderbesluit met het wettigheidsbeginsel in strafzaken (art. 7 EVRM) evenmin had dienen te stellen. Het kaderbesluit schafte weliswaar de toetsing van de dubbele strafbaarheid af voor een bepaalde categorie van strafbare feiten, doch liet het aan de lidstaten over deze te omschrijven en toepasselijke straffen vast te stellen.

215. Aangezien het Hof zich beschouwt als een rechtscollege in de zin van artikel 234, derde lid zou het in beginsel wel verplicht zijn de vraag te stellen over het secundair gemeenschapsrecht, zelfs al is het van oordeel dat dit het grondrecht niet schendt. Zie echter supra voetnoot nr. 61.

216. HvJ, 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, punt 58.

217. GWH, nr. 128/2007, 10 oktober 2007, overw. B.16.

deze zaak lag de vraag voor of de wet die advocaten verplicht om de stafhouder op de hoogte te brengen wanneer zij feiten vaststellen waarvan zij weten of vermoeden dat ze te maken hebben met het witwassen van geld, niet op onverantwoorde wijze afbreuk doet aan het beroepsgeheim van de advocaat. Omdat de wet de precieze omzetting was van de zgn. 'tweede witwasrichtlijn' stelde het Grondwettelijk Hof aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag of de richtlijn geen schending inhield van het recht op een eerlijk proces, zoals gewaarborgd bij artikel 6 van het EVRM. In zijn arrest van 26 juni 2007 antwoordde het Hof van Justitie dat artikel 6 EVRM per definitie impliceert dat er een band is met een rechtsgeding. Aangezien de richtlijn alleen toepasselijk is wanneer de advocaat zijn cliënt bijstaat bij het voorbereiden of uitvoeren van bepaalde limitatief opgesomde transacties, die geen verband houden met een rechtsgeding en daarenboven de advocaten vrijstelt wanneer zij bijstand verlenen in verband met de verdediging of vertegenwoordiging in recht of bij de verlening van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, is artikel 6 van het EVRM, volgens het Hof van Justitie, niet geschonden.²¹⁸ In zijn arrest van 10/2008 stelde het Grondwettelijk Hof dat het bij het onderzoek van de middelen rekening houdt met het voormelde arrest. Het belet het Hof echter niet zelf nog een uitvoerig onderzoek te wijden aan de overeenstemming van de wet met de artikelen 10, 11 en 22 van de grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 van het EVRM. Het Hof stelt daarbij uitdrukkelijk dat het beroepsgeheim van de advocaat niet beperkt is tot de verdediging en de vertegenwoordiging in rechte van zijn cliënt.²¹⁹ Op het eerste zicht lijkt het Hof daarmee in te gaan tegen het arrest van het Hof van Justitie. Bij nader inzien is dit echter niet zo. Het Hof baseert zijn stelling immers niet op een andersluidende interpretatie van artikel 6 van het EVRM. Het stelt dat het beroepsgeheim van de advocaat 'een algemeen beginsel is dat verband houdt met de naleving van de fundamentele rechten'.²²⁰ Het Hof doet al evenmin afbreuk aan het Kaderbesluit. Het stelt immers dat dit voldoende ruimte laat voor dit ruim geïnterpreteerde beroepsgeheim, doordat het eveneens voorziet in een vrijstelling telkens de advocaat optreedt om 'de rechtspositie van zijn cliënt' te bepalen. Het Grondwettelijk Hof velde dus geen 'on-Europees arrest'.²²¹ Wellicht was het bijkomend onderzoek dat het Hof nog uitvoerde te wijten aan het feit dat de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie beperkt was gebleven tot de overeenstemming van de richtlijn met artikel 6 van het EVRM en niet betrekking had op de nochtans ook door de partijen in vraag gestelde overeenstemming met artikel 8 van het EVRM. Het Hof van Justitie diende zijn antwoord dan ook te beperken tot dit artikel 6 van het EVRM,²²² zodat er nog wel wat te toetsen overbleef.²²³ Maar misschien had het Hof ook nog een andere reden om niet zonder meer af te zien van een eigen toetsing.

218. HvJ, 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a., C-305/05, r.o. 32-37.

219. GWH, 10/2008, 23 januari 2008, overw. B/9.3.

220. *Ibidem*, overw. B.7.10.

221. Van een 'on-Europees'-arrest zou er o.i. slechts sprake zijn wanneer het Hof de wet ongrondwettig zou verklaren en aldus verhinderen dat het kaderbesluit wordt uitgevoerd, alhoewel die door het Hof van Justitie in overeenstemming met artikel 6, lid 2, van het EU-verdrag werd bevonden.

222. Zie HvJ, 26 juni 2007, Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a., C-305/05, punt 18 en 19.

223. In arrest nr. 102/2008, van 10 juli 2008 heeft het Hof een verzoek om alsnog aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen over de overeenstemming van de richtlijn met artikel 8 van het EVRM, afgewezen, omdat de bestreden wettelijke bepaling geen nieuwe hypothese invoert waarin de meldingsplicht zou kunnen gelden. (overw. B.8.).

80. Doordat het enerzijds bereid is prejudiciële vragen te stellen over de overeenstemming van het secundair recht met de door de EU na te leven grondrechten en anderzijds, in het licht van het antwoord van het Hof van Justitie, de omzettingwet toch nog te toetsen aan de grondwet, samengelezen met de analoge bepalingen uit de verdragen, lijkt het Grondwettelijk Hof een originele en pragmatische oplossing te hebben gevonden, die zowel vanuit het oogpunt van het EVRM, als vanuit het oogpunt van de grondwet, en misschien zelfs vanuit het oogpunt van het EU-recht, kan worden verantwoord. Wat het EVRM betreft, weten we sinds het arrest in de zaak *Matthews t. het Verenigd Koninkrijk*²²⁴ dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat het EVRM een overdracht van bevoegdheden aan internationale instellingen niet uitsluit op voorwaarde dat de rechten gewaarborgd blijven en dat de lidstaten daarvoor verantwoordelijk blijven. Uit het arrest in de zaak *Bosphorus t. Ierland* blijkt daarenboven dat in zoverre een lidstaat een verplichting onder het gemeenschapsrecht tenuitvoerlegt²²⁵ en dit een weerslag heeft op een in het EVRM gewaarborgd grondrecht, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bereid is uit te gaan van een vermoeden dat het EVRM niet geschonden is, 'zolang' de Europese Unie de mensenrechten beschermt op een wijze die gelijkwaardig is aan deze waarin het EVRM zelf voorziet. Het Hof voegde er echter aan toe dat dit vermoeden kan worden weerlegd 'if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient'.²²⁶ Dit arrest maakt duidelijk dat de verplichting om het gemeenschapsrecht na te leven, geen vrijbrief oplevert voor een staat om het EVRM niet te eerbiedigen. Dat niet het Hof van Luxemburg, maar het Hof van Straatsburg het laatste woord spreekt inzake de overeenstemming met het EVRM, is daarbij uiteraard niet onbelangrijk. In beginsel volstaat het dan ook niet dat een richtlijn of een 'derde pijler'-besluit de 'Luxemburg-test' heeft doorstaan, opdat de wet ook de 'Straatsburg-test' zou doorstaan.²²⁷ J. Wouters en D. Van Eeckhoutte schrijven terecht dat de Belgische hoven en rechtbanken, de Raad van State en het Grondwettelijk Hof zich door het *Bosphorus*-arrest zullen moeten laten leiden, indien er sprake is van een conflict tussen een grond-

224. EHRM, 18 februari 1999, *Matthews t. VK*, § 32. 'The Court observes that acts of the EC as such cannot be challenged before the Court because the EC is not a Contracting Party. The Convention does not exclude the transfer of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be "secured". Member States' responsibility therefore continues even after such a transfer.' Zie G. Cohen-Jonathan en J.F.-Flassus, 'A propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume Uni*', RTDE, 1999, 637 e.v. Zie ook EHRM, 15 november 1996, *Cantoni t. Frankrijk*, § 30. en EHRM, (Gr. K.), 10 maart 2004, *Senator Lines GmbH t. 15 lidstaten van de EG*, n° 56672/00 (niet gepubliceerd) vermeld in F. Krenc, 'La décision "Senatore Lines" ou l'ajournement d'une question délicate', RTDH, 2005, 121.

225. In casu betrof het een inbeslagneming door Ierland van een vliegtuig, ter uitvoering van een Europese sanctiemaatregel tegen Servië en Montenegro.

226. EHRM, 30 juni 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi t. Ierland*, § 156. Zie kritisch over het aldus partieel verzaken door het Hof aan zijn taak de grondrechten te beschermen M. Melchior, 'L'arrêt *Bosphorus c. Irlande* de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005: un arrêt étrange au sujet de la relation entre droit communautaire et droit de la Convention européenne des droits de l'homme', *Rev. Fac. Dr. Liège*, 2006, 255.

227. Zie hierover J. Rideau en J.F. Renucci, 'Dualité de la protection juridictionnel européenne des droits fondamentaux atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme', *Justices*, 1997, 95 e.v.

recht of mensenrecht enerzijds en het EU-recht anderzijds.²²⁸ Ook wat de grondwet betreft, kan de houding van het Hof worden verantwoord. Dat het Grondwettelijk Hof zelf nog toetst aan de artikelen in titel II van de Grondwet en zich niet verschuilt achter het ‘Luxemburga locuta, causa finita est’, kan immers zeer verhelderend zijn. Zo de grondwettelijke waarborgen niet zijn geschonden, is er geen reden waarom het Grondwettelijk Hof dat niet uitdrukkelijk zou bevestigen, i.p.v. het aan ‘Europa’ te wijten dat het daarover geen uitsluitsel kan geven. Zo de grondwettelijke waarborgen wel zijn geschonden, kan het Hof zich principieel uitspreken over de vraag of deze schending door artikel 34 van de Grondwet wordt gedekt. Het Hof zal dan dienen uit te maken of het dit artikel beschouwt als een ‘blanco cheque’ ter dekking van elke ‘ongrondwettigheid’ begaan in de uitvoering van het EU-recht, dan wel of het toch nog, zoals andere constitutionele hoven,²²⁹ een slag om de arm houdt. Tenslotte zou de houding van het Grondwettelijk Hof misschien zelfs in het licht van het EU-recht kunnen worden verantwoord, indien althans de hiervoor besproken tweede interpretatie van artikel 53 van het Handvest het zou halen.²³⁰

81. Nationale rechters – en meer bepaald de grondwettelijke hoven – zijn niet zonder meer bereid te ‘abdiceren’ wanneer wetten in het geding zijn die ‘in het kader van het gemeenschapsrecht’ werden uitgevaardigd.²³¹ Hun behoedzaamheid afdoen als een achterhaalde nationale, anticommunautaire reflex, zou misplaatst zijn. In landen als Duitsland, Italië en Oostenrijk hebben de grondwettelijke hoven immers de historische opdracht gekregen om de waarden van de democratie en de grondrechten te beschermen. Hetzelfde gebeurde na de val van de Berlijnse muur in de nieuwe democratieën in de voormalige Oostbloklanden. Men kan het die constitutionele rechters echt niet kwalijk nemen dat ze de grondrechten ernstig nemen. ‘Taking rights seriously.’ Doordat de bescherming van de grondrechten op Europees vlak steeds sterker wordt uitgebouwd, neemt ook de argwaan van de nationale rechters af, zodat het voorbehoud dat zij maken in hoge mate principieel en symbolisch wordt. Toch is daarmee de problematiek van de samenloop van grondrechten t.a.v. de steeds talrijker wetten die ‘in het kader van het gemeenschapsrecht’ worden uitgevaardigd niet van de baan. De vraag rijst of het Hof van Justitie nog ruimte zal laten voor nationale constitutionele accenten inzake de bescherming van grondrechten, zowel op procedureel – centrale of diffuse toetsing – als op materieel vlak. Zal het Hof erin slagen de nationale constituties een plaats te geven in de Europese constitutie of is de constitutionele rijkdom van het Avondland gedoemd te verdwijnen? De toekomst zal het uitwijzen ...

228. J. Wouters en D. Van Eeckhoutte, ‘Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde: een overzicht van bronnen en instrumenten’, in J. Wouters en D. Van Eeckhoutte (eds.) *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 78.

229. Zie supra nr. 75.

230. Zie supra nr. 71.

231. M. Claes, *The National Court’s mandate in the European Constitution*, o.c., 594 e.v.