

De meerwaarde van een grondwettelijke catalogus van grondrechten in een gelaagd systeem van grondrechtenbescherming

Sarah Lambrecht

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. P. Popelier

Inleiding

De migratie van constitutionele ideeën is aan het uitgroeien tot één van de voornaamste kenmerken van de hedendaagse constitutionele praktijk. Dit manifesteert zich in verschillende stadia van de levenscyclus van moderne grondwetten en vindt niet enkel plaats tussen nationale jurisdicties, maar ook tussen het nationale, supranationale en internationale niveau.¹

Deze praktijk is alomtegenwoordig op het vlak van grondrechtenbescherming. Dit wordt duidelijk als we kijken naar recente constitutionele ontwikkelingen op nationaal en regionaal niveau in Europa. In de eerste plaats bestaat de perceptie in de rechtsleer dat recente grondwettelijke hervormingen beïnvloed zijn door een gelijkaardig grondwettelijk model van grondrechtenbescherming.² Wetgevers baseren zich in de tweede plaats regelmatig op internationale of regionale mensenrechten om hun grondwet te moderniseren.³ Ten derde beïnvloeden de Straatsburgse mensenrechtenconcepten en interpretaties op zeer verregaande wijze de

¹ S. CHOUDRY, "Migration as a new metaphor in comparative constitutional law" in S. CHOUDRY (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, (1) 13.

² J. GOLDSWORTHY, "Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence" in S. CHOUDRY (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, (115) 116-119; L. WEINRIB, "The postwar paradigm and American exceptionalism" in S. CHOUDRY (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, (84) 89-98; R. NICKEL, "Transnational borrowing among judges. Towards a common core of European and global constitutional law?" in R. NICKEL (ed.), *Conflict of laws and laws of conflict in Europe and beyond: patterns of supranational and transnational juridification*, Oslo, Arena, 2009, (309) 314-316; G. ANDERSON, "Scottish public law in an age of constitutional globalisation" in A. MULLEN en T. MULLEN (eds.), *Public law in Scotland*, Edinburgh, Avizandum Publishing Ltd., 2006, (66) 70.

³ Zie bijvoorbeeld voor België: P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?" in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussels, Bruylant, 2011, (491) 496-499.

rechtspraak van grondwettelijke hoven.⁴ In de vierde plaats laat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) zijn uitspraken beïnvloeden door het gebrek aan of de aanwezigheid van een Europese consensus. Het Hof laat zich zo openlijk beïnvloeden door nationale praktijken van grondrechtenbescherming.⁵ Ten slotte is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU Handvest) - de meest recente en omvangrijke collectie van grondrechten in Europa⁶ - gebaseerd op bestaande grondrechtenconcepten van lidstaten.⁷

Deze ontwikkelingen leggen een zeer sterke dynamiek bloot tussen nationale en regionale grondrechtenbescherming in Europa, die meer en meer aanschouwd wordt als een dynamiek van wisselwerkingen binnen een netwerk van onderling afhankelijke systemen van rechtsbescherming, eerder dan als een hiërarchische verhouding.⁸ Dit leidt volgens bepaalde rechtsleer tot een harmonisatie van grondrechtenbescherming in Europa.⁹

De Belgische grondrechtenbescherming is sterk geëvolueerd onder invloed van deze ontwikkelingen. Zo heeft België nu een volwaardig Grondwettelijk Hof

⁴ G.F. FERRARI, "National Judges and supranational laws: on the effective application of EU law and ECHR" in G. MARTINICO en O. POLLICINO, *The national judicial treatment of the ECHR and EU law: a constitutional comparative perspective*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, (22) 24; N. KRISCH, "The open architecture of European human rights law", *Modern Law Review* 2008, 183-216; R. ARNOLD, *General Report: Are human rights universal and binding? Limits of universalism*, Washington D.C., International Academy of Comparative Law - The XVIIIth International Congress of Comparative Law, www.wcl.american.edu/events/2010congress/reports/index.cfm, 4, 11-12. Voor België zie bijvoorbeeld: P. MARTENS, "L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle", *CDPK* 2010, nr. 3, 43-52.

⁵ A. STONE SWEET, "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", *Faculty Scholarship Series* 2009, paper 71, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71, 6; J.A. CARRILLO SALCEDO, "The European Convention of Human Rights" in F. GÓMEZ ISA en K. DE FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Bilbao, University of Deusto, 2009, (631) 661-662.

⁶ D. CHALMERS, G. DAVIES and G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 239.

⁷ Dit Handvest bevestigt de rechten die met name voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities en internationale verplichtingen van de lidstaten, uit het EU Verdrag en de communautaire verdragen, uit het EVRM, uit de door de Gemeenschap en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) en van het EHRM. Zie: Ontwerp-handvest van de grondrechten van de Europese Unie – toelichtingen bij de volledige tekst van het handvest, Charter 4437/00 Conventie 49, 11 oktober 2000.

⁸ P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?" (491) 492; H. DUMONT, "Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle" in X., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2007, (477) 486-487; A. PEETERS, "The merits of global constitutionalism", *Ind. J. Global Legal Stud.* 2009 (397) 406 and A. HAMMAN and H.R. FABRI, "Transnational networks and constitutionalism", *I-CON* 2008, (481) 501.

⁹ Zie bijvoorbeeld: J.-P. COSTA, "La Cour européenne des droits de l'homme au service de la construction européenne" in X., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant - LGDJ, 2007, (299) 303; O. DORD, "Systèmes juridique nationaux et cours européenne : de l'affrontement à la complémentarité ?", *Pouvoirs* 2001, (5) 12.

dat wetten toetst aan de Grondwet. Ten tweede zijn bijna alle recente uitbreidingen van de grondrechtencatalogus van de Belgische Grondwet (gedeeltelijk) geïnspireerd op internationale en regionale mensenrechten.¹⁰ Ten derde wordt de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof zeer sterk beïnvloed door de mensenrechtenconcepten en interpretaties die het EHRM hanteert.¹¹ Dit gebeurt zelfs op zo'n verregaande wijze dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), zoals geïnterpreteerd door het EHRM, als een 'schaduw grondwet' wordt aangemerkt.¹² Ten vierde kan het bestaan volgens het EHRM van een 'Europese consensus' verstrekkende gevolgen hebben voor de invulling van de grondrechtenbescherming in België.¹³ Tot slot werd het EU Handvest reeds gebruikt door de werkgroep belast met het onderzoek van Titel II van de Grondwet als maatstaf om de grondrechtencatalogus te spiegelen aan de internationale grondrechtenbescherming, met als uiteindelijk doel de Grondwet te hervormen.¹⁴

Deze evoluties doen heel wat vragen rijzen over de grondrechtenbescherming in België en de meerwaarde van onze grondwettelijke grondrechtencatalogus. Het onderzoek is als volgt opgebouwd. Belangrijk is om eerst een algemeen kader te schetsen (titel II). In dit hoofdstuk zal in eerste instantie de invloed van het EVRM op de nationale grondrechtendynamiek in België uiteengezet worden. Hierbij wordt de focus gelegd op de totstandkoming van het Grondwettelijk Hof. Daaropvolgend zal worden onderzocht of de huidige grondrechtenbescherming aangezien moet worden als een netwerk, waarbij de

¹⁰ P. POPELIER, "Belgium. The supremacy dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice" in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Intersentia, 2011, (149) 149; P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?", (491) 496.

¹¹ Zie bijvoorbeeld een recent arrest van het Grondwettelijk Hof over de betwisting van huwelijks vaderschap, waar het Hof artikel 22 GW koppelt aan artikel 8 EVRM en daarbij verwijst naar diverse arresten van het EHRM en de daar gehanteerde redenering volgt: Grondwettelijk Hof 3 februari 2011, nr. 20/201.

¹² G. MARTINICO, "National Judges and Supranational Law: goals and structure of the research" in G. MARTINICO en O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU law: a constitutional comparative perspective*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, (7) 14; H. KELLER en A. STONE SWEET, "Assessing the impact of the ECHR on national legal systems" in H. KELLER en A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 677-710, specifiek: 686. Al stellen H. KELLER en A. STONE SWEET hier wel ten onrechte dat België geen eigen rechterlijk afdwingbare 'Bill of Rights' heeft.

¹³ Zie bijvoorbeeld: EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, M.S.S./België en Griekenland, nr. 251. Hier hecht het EHRM groot belang aan de consensus op internationaal en Europees niveau met betrekking tot de noodzaak om speciale bescherming te bieden aan asielzoekers. Het belang van de internationale en Europese verplichtingen voor het vaststellen van een schending van artikel 3 EVRM wordt nog verder benadrukt in de *concurring opinion* van rechter ROZAKIS.

¹⁴ Zie: Verslag over de bij de Grondwet gewaarborgde grondrechten getoetst aan de internationale instrumenten ter bescherming van de grondrechten, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51K2867/001.

traditionele focus op monisme versus dualisme en hiërarchie naar de achtergrond verschuift.

Vervolgens zal worden onderzocht welke fundamentele gevolgen deze ontwikkelingen hebben voor onze grondwettelijke catalogus. Welke meerwaarde kan onze grondwettelijke catalogus van grondrechten nog bieden met de ratificatie van zoveel diverse grondrechtencatalogi en de steeds verdergaande evolutieve en dynamische interpretatie van het EVRM door het EHRM? Zeker gezien het Grondwettelijk Hof analoge grondrechten beschouwt als een samenhangend geheel en via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet internationale grondrechten op indirecte wijze constitutionaliseert (titel III). De gevolgen van deze ontwikkelingen voor de Belgische taalregeling (afdeling C) en het Belgisch beperkingssysteem (afdeling D) worden in het bijzonder onderzocht.

1. Grondrechtenbescherming in een multilevel context

Om de huidige grondrechtenbescherming te kunnen zien als een dynamisch netwerk, is het vooreerst noodzakelijk de ontwikkeling van dit netwerk te beschrijven. Hierbij staan twee evoluties centraal. Enerzijds, de evolutie in de Belgische rechtsorde naar het dominerend grondwettelijk model van grondrechtenbescherming. Anderzijds, de gezaghebbende, evolutieve en dynamische interpretatie van de rechten gewaarborgd in het EVRM in de rechtspraak van het EHRM (afdeling A). Daarna worden twee verschillende modellen van grondrechtenbescherming geanalyseerd (afdeling B).

1.1. DE NATIONALE DYNAMIEK VAN GRONDRECHTENBESCHERMING OVERSCHADUWD DOOR DE DYNAMISCHE EN EVOLUTIEVE RECHTSPRAAK VAN HET EHRM?

Volgens J. ROBERT is geleidelijk aan een web van internationale systemen tot grondrechtenbescherming gewoven, samengesteld uit verscheidene sub-webben. Hij aanziet de wereldwijde, regionale en nationale sub-webben als drie snijdende cirkels van grondrechtenbescherming.¹⁵ Het bestaan van een dergelijk web veronderstelt echter nog geen dynamisch netwerk van grondrechtenbescherming. Hiervoor zijn immers niet enkel allerlei grondrechtencatalogi vereist, maar ook een nationale dynamiek van grondrechtenbescherming. Niet alleen de nationale (grond)wetgever, maar ook een Grondwettelijk Hof dat wetten toetst aan de Grondwet kunnen hierbij een centrale rol spelen.

¹⁵ J. ROBERT, "Constitutional and international protection of human rights: competing of complementary systems?", *H.R.L.J.* 1994, (1) 2.

1.1.1. Nederland: toetsingsverbod als belemmering voor een nationale dynamiek van grondrechtenbescherming?

Wat echter als de grondwet, zoals in Nederland, de rechter verbiedt wetten te toetsen aan de Grondwet? In een analyse van de meerwaarde van de grondwettelijke bescherming van grondrechten ten opzichte van het EVRM stellen A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA vast dat een aantal grondwettelijke meerwaardes geboden door het klassiek beperkingssysteem, met name het formeel legaliteitsbeginsel en het censuurverbod, niet mogen verhullen “dat er maar in beperkte mate een grondrechtendynamiek van nationale origine bestaat.”¹⁶ A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA zien twee oorzaken voor de ontstentenis in de Nederlandse jurisprudentie van de Grondwet als “sprankelend ‘*living instrument*’”. Enerzijds, door het verbod voor rechters om formele wetten te toetsen aan de Grondwet¹⁷ dat ervoor zorgt dat de wetgever vrij spel heeft bij de interpretatie van de Grondwet en, anderzijds, omdat rechters niet geneigd zijn de wetgever voor de voeten te lopen.¹⁸ Dit wordt nog versterkt doordat de Nederlandse wetgever tijdens de wetgevingsprocedure tegenwoordig vaak wel oog heeft voor het EVRM, maar de toetsing aan de Grondwet regelmatig verwaarloost.¹⁹ Bovendien kan de Nederlandse rechter formele wetten wel toetsen aan internationale grondrechten. De sterke ontwikkeling van de grondrechten uit het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: BUPO) zorgt er dan ook voor dat de rechter meer de neiging heeft om daaraan te gaan toetsen, waardoor de betekenis van de Nederlandse grondrechtencatalogus verder wordt uitgebreid.²⁰

Momenteel vormt het EVRM bijgevolg *de* standaard van het nationale systeem van grondrechtenbescherming in Nederland, ook al is dit supranationale systeem opgebouwd als een subsidiair beschermingsmechanisme. Nederlandse rechters zijn geneigd zich gebonden te voelen door de interpretatie gegeven

¹⁶ A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA, “Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM” in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (ed.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2008, (11) 72.

¹⁷ Zie artikel 120 Nederlandse Grondwet: “De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.”

¹⁸ A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA, “Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM”, (11) 72.

¹⁹ *Ibid.*, 28; T. BARKUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, A.L. DIMITROVA, J.H. GERARDS, H.M. GRIFFIOEN, M.M. GROOTHUIS, T. DE JONG, J.P. LOOF, H.M.Th.F. TEN NAPEL, B. STEUNENBERG en W.J.M. VOERMANS, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, 78; P. VAN DIJK, *Constitutional review in the Netherlands*, 2008, www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/NED_vanDijk2_E.pdf, 4.

²⁰ Conclusie uit vijftig interviews van ‘eerstelingsgebruikers’ van de Nederlandse Grondwet: T. BARKUYSEN, M.L. VAN EMMERIK, e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, 75-76, 78.

door het EHRM en vinden vaak dat ze zich niet in een positie bevinden om een hogere grondrechtbescherming te bieden op het nationale niveau. Dit wordt de ‘*mirror approach*’ genoemd, die ook terug te vinden is in de rechtspraak in het Verenigd Koninkrijk onder de ‘*no more, certainly no less*’ doctrine.²¹ De rechtspraak van het EHRM kan zo, paradoxaal genoeg, een *chilling* effect hebben op grondrechtenbescherming in Nederland.²²

Vele rechtsgeleerden zijn ervan overtuigd dat rechters op één of andere wijze de mogelijkheid moeten hebben om wetten aan de grondwet te toetsen om de autoriteit van de Grondwet of van de grondrechtencatalogus in het bijzonder te versterken.²³ Volgens A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA zou een opheffing van het toetsingsverbod de betekenis van de Nederlandse Grondwet doen groeien en zou de rechter een andere, soms ook verdergaande bescherming kunnen bieden dan op grond van het EVRM. De verschuiving naar een Grondwet als ‘*living instrument*’ kan echter ook spanningen veroorzaken tussen de Grondwet en het EVRM. Desondanks zijn zij van oordeel dat “een eigen doctrine op het gebied van de bescherming van grondrechten de Nederlandse rechter zelfbewuster zal maken en dat hij deswege ook eerder een dialoog zou kunnen aangaan met het Hof in Straatsburg.”²⁴

Nederland²⁵ kan stilaan beschouwd worden als een unicum. Van de 191 staten van de Verenigde naties zijn er nog maar vijf die geen enkel systeem van rechterlijke constitutionele toetsing van wetten hebben.²⁶ R. NICKEL merkt dan

²¹ Daarnaast is volgens F. KLUG ook de ‘*dynamic approach*’ en de ‘*municipal approach*’ terug te vinden in de rechtspraak over de HRA in de UK, zie: F. KLUG, “Follow or lead? The Human Rights Act and the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review* 2010, (621) 624-629.

²² M. CLAES en G. J. LEENKNEGT, “The Netherlands. A case of constitutional leapfrog. Fundamental rights protection under the Constitution, the ECHR and the EU Charter in the Netherlands” in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Intersentia, 2011, (287) 302.

²³ Ibid.(287) 290-291.

²⁴ A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA, “Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM”, (11) 73-74. Gelijkaardige mening: STAATSCOMMISSIE GRONDWET, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, [www.staatscommissiegrondwet.nl/userfiles/files/Rapport%20Staatscommissie%20Grondwet_lowres\(1\).pdf](http://www.staatscommissiegrondwet.nl/userfiles/files/Rapport%20Staatscommissie%20Grondwet_lowres(1).pdf), 43, 47-48.

²⁵ In Nederland verzette Thorbecke, de voorzitter van de staatscommissie tot herziening van de Grondwet, zich reeds in 1848 tegen een toetsingsverbod. Zijn standpunt werd gevolgd door de Staatscommissie Cals/Donner (1967-1971) en de Staatscommissie Proeve van een nieuwe Grondwet (1966), zie voor een korte geschiedenis van het toetsingsverbod: C.A.J.M. KORTMANN, *Constitutioneel Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 371-378; G. VAN DER SCHYFF, *Judicial review of legislation: a comparative study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht, Springer, 2010, 21-33. Momenteel is er bovendien in Nederland een initiatiefvoorstel voor diffuse constitutionele toetsing door de rechter hangende, zie: http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32334_initiatiefvoorstel_halsema.

²⁶ R. NICKEL, “Transnational borrowing among judges. Towards a common core of European and global constitutional law?” in R. NICKEL (ed.), *Conflict of laws and laws of conflict in Europe and 232*

ook terecht op dat grondrechten en rechterlijke toetsing essentiële elementen zijn van het moderne constitutionalisme.²⁷ De rechtsleer spreekt dan ook over ‘*the rise of world constitutionalism*’,²⁸ ‘*a liberal democratic model of constitutionalism*’,²⁹ en ‘*the New Constitutionalism*’³⁰ dat meer en meer wenselijk wordt geacht in de wereld³¹ en kan worden beschouwd als een overkoepelende politieke ideologie of staatstheorie zonder ernstige rivaal.³² De Europese grondwettelijke hoven zijn grotendeels tot stand gekomen onder invloed van drie impulsen: de gruwelijke ervaringen van de Tweede Wereldoorlog (Duitsland en Italië), de democratisering en constitutionalisering van Zuid-Europa in de jaren 70 en Centraal- en Oost-Europa in de jaren 90.³³

1.1.2. De evolutie in België naar een Grondwettelijk Hof als stimulans voor de nationale grondrechtendynamiek?

Ook in België is het (justitieel) grondwettelijke toetsingsverbod opgeheven en is er een Arbitragehof, nu Grondwettelijk Hof, opgericht. De vraag rijst dan ook of deze ontwikkeling voor een stimulans van de nationale grondrechtendynamiek en een versterking van de grondwettelijke grondrechtencatalogus kan zorgen, zoals door bepaalde rechtsgeleerden in Nederland wordt voorspeld. De unieke en graduele wijze waarop het Grondwettelijk Hof tot stand is gekomen, speelt hierbij evenwel een belangrijke rol.

a. De unieke en graduele totstandkoming van het Grondwettelijk Hof

De totstandkoming van het Belgisch Grondwettelijk Hof kan niet worden geplaatst binnen de drie impulsen in Europa. Zoals in andere oude

beyond: patterns of supranational and transnational juridification, Oslo, Arena, 2009, (309) 315; A. MAVCIC, *Comparative constitutional analysis*, 2010, www.concourts.net/tab/tab1.php?lng=en&stat1&prt=0&srt=0, zie ook de kaartweergave: <http://www.concourts.net/tab/maps.html>.

²⁷ R. NICKEL, “Transnational borrowing among judges. Towards a common core of European and global constitutional law?”, (309) 314.

²⁸ B. ACKERMAN, “The rise of world constitutionalism”, *Va.L.Rev.* 1997, 771-797 en *Faculty Scholarship Series* 1997, paper 129, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129.

²⁹ J. GOLDSWORTHY, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, (115) 116.

³⁰ R. HIRSCHL, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, 286p; A. STONE SWEET, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 37-38: de kenmerken kunnen volgens A. STONE SWEET als volgt worden samengevat: (1) publieke instellingen zijn gevestigd door een geschreven grondwet en verkrijgen hun gezag op exclusieve wijze ervan; (2) deze grondwet geeft ultieme macht aan het volk door middel van verkiezingen; (3) het aanwenden van publieke macht, inclusief wetgevende macht, is enkel wettig als het conform het grondwettelijk recht is; (4) het grondwettelijk recht omvat grondrechten en een rechterlijk systeem tot bescherming van die rechten.

³¹ J. GOLDSWORTHY, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, (115) 116.

³² A. STONE SWEET, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, 37.

³³ *Ibid.*, 40-41.

parlementaire democratieën, bestond er in België zeer veel wantrouwen ten aanzien van constitutionele toetsing door de rechter.³⁴ Het Europees model³⁵ met een gecentraliseerd toetsingssysteem leek bovendien het enige aanvaardbare voor de Belgische (grond)wetgever. Enkel dit systeem kon immers waarborgen dat de Grondwet werd getoetst door een Hof dat voor de helft uit gewezen parlementsleden bestond; een *sine qua non* voor de grote meerderheid van parlementsleden om hun vrees voor een ‘*gouvernement des juges*’ te overwinnen.³⁶

Reeds in 1849 stelde het Hof van Cassatie dat het de rechterlijke macht niet toekomt om de wet te toetsen aan de Grondwet,³⁷ ook al bevatte de Belgische Grondwet van 1831 geen uitdrukkelijke bepaling die toetsing aan de Grondwet uitdrukkelijk verbood.³⁸ Het is de federalisering van België³⁹ die de deur tot

³⁴ M. TROPER en O. PFERSMANN, “Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?”, (21) 21-22; A. STONE SWEET, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, 32-33, 35; M.H. DAVIS, “A government of judges: an historical re-view”, *American Journal of Comparative Law* 1987, 559-580; B. AGUILERA, “Law as a limit to power – The origins of the rule of law in the European legal tradition”, (13) 30-31. België en de vrees voor een ‘*gouvernement des juges*’: Driepartijencommissie voor de hervorming der instellingen verslag, *Parl.St.* Kamer 1964-65, 32-33: “Tegen de rechterlijke controle van de grondwettelijkheid der wetten wordt echter een groot bezwaar geopperd, nl. dat zij een regering van rechters in het leven roept”; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 81.

³⁵ Zie voor een onderscheid tussen het ‘Europese’ en ‘Amerikaanse’ model van constitutionele toetsing: A. STONE SWEET, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, 32; Z. CZESZEJKO-SOCHACKI, “The Origins of Constitutional Review in Poland”, *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* 1996, (15) 15-16; B. AGUILERA, “Law as a limit to power – The origins of the rule of law in the European legal tradition” in S. GALERA (ed.), *Judicial review: a comparative analysis inside the European legal system*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010, (13) 31; M. VERDUSSEN, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le juge constitutionnel” in J. VELU, R. ERGEC, M. VERDUSSEN, J. VAN COMPERNOLLE, J.-L. RENCHON, L. MULLER, J.-F. FLAUS, P. LAMBERT en T. AFSCHRIFT (eds.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne de droits de l’homme*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, (17) 18.

³⁶ P. VANDEN HEEDE en G. GOEDERTIER, “Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof”, *TBP* 2003, (458) 463.

³⁷ Cass. 23 juli 1849, *Pas.* 1849, I, 443. Dit was vaste rechtspraak, zie o.m.: 19 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 455; Cass. 13 mei 1935, *Pas.* 1935, I, 247; Cass. 18 oktober 1949, *Pas.* 1950, I, 90; Cass. 20 oktober 1966, *Pas.* 1967, I, 240. In de jaren zeventig velde het Hof van Cassatie evenwel ambigue arresten, zie o.m.: Cass. 3 mei 1974, *RW* 1974-75, 77; Cass. 25 juni 1974, *RW* 1974-75, 108-121; Cass. 6 september 1974, *Pas.* 1975, I, 15; Cass. 8 december 1976, *Pas.* 1977, I, 394.

³⁸ De grondwetgevers hadden immers volledig vertrouwen in de wetgevende kamers en konden zich wellicht niet indenken dat zij de Grondwet zouden schenden. Deze gedachtegang vloeide voort uit het toen heersende constitutionele model van parlementaire soevereiniteit. Zie: F. DUMON, “De toetsing van de wet aan de Grondwet”, *TBP* 1968, (131) 131-132, 136; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 36-38; Driepartijencommissie voor de hervorming der instellingen – Ontwerp-verslag, *Parl.St.* Kamer 1964-65, 32-33.

³⁹ Namelijk de nood aan een ‘onpartijdige derde’ in de regeling van de bevoegdheidsconflicten na de tweede staatshervorming. Al beheersten ook de verzwakking van het heersende “axioma van de ongebreidelde bevoegdheden van de wetgevende macht” en de doorbreking onschendbaarheid van de wet op het internationale (EVRM) en nationale niveau (Franco-Suisse – Le Ski arrest) het rechtsgeleerde debat over de wenselijkheid van rechtelijke toetsing van de Grondwet. Zie: F. DUMON, “De toetsing van de wet aan de Grondwet”, (131) 138. Er ontstond een crisis in het vertrouwen in de wetgever: J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 51-53; R. LEYSEN en J. SMETS, *Toetsing van de wet aan de grondwet in België*, I, 18-19.

rechterlijke toetsing van de Grondwet in 1984 eerst op een kier heeft gezet⁴⁰, en vervolgens in 1988 wagenwijd open.⁴¹ Het Hof oordeelde immers dat “de grondwettelijke regel van niet-discriminatie van toepassing [is] ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend.”⁴²

Ook al stelde toenmalig eerste minister P. MARTENS vast dat “de wijze waarop het Arbitragehof zich in de afgelopen jaren van zijn taak heeft gekwetend, ongetwijfeld het wantrouwen jegens een rechterlijke toetsing [heeft] doen tanen en de vrees voor een ‘*Gouvernement des juges*’ doen afnemen”⁴³, toch was “het politieke debat over de wenselijkheid van een volwaardig Grondwettelijk Hof in dit land nog niet [...] beslecht.”⁴⁴ Het was dan ook nodig om een tweede ‘testfase’ in te lassen vooraleer kon worden overgegaan tot de oprichting van een volwaardig Grondwettelijk Hof.⁴⁵ Pas vijftien jaar later gaf de bijzondere wetgever expliciet het mandaat aan het Hof om rechtstreeks toetsen aan alle rechten en vrijheden die in Titel II van de Grondwet zijn opgenomen.⁴⁶ Toenmalige voorzitters van het Hof, M.

⁴⁰ Oprichting van het Arbitragehof. De constitutionele toetsing bleef evenwel beperkt tot de bevoegdheidsverdelende regels en in de parlementaire voorbereiding werd benadrukt dat het Arbitragehof géén Grondwettelijk Hof was. Verslag van het ontwerp en voorstellen van verklaring tot herziening van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 1987-88, nr. 647/2, 25; Verslag van het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1981-82, nr. 246/2, 5-7, 28-29, 46-51, 54-56

⁴¹ Uitbreiding van de bevoegdheden van het Arbitragehof omwille van de overheveling van de onderwijsbevoegdheid naar de Gemeenschappen en de afschaffing van het dubbelmandaat: het Hof kon voortaan ook toetsen aan de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet en de toegang tot het Hof werd opengesteld voor elke belanghebbende. Door de ‘onrechtstreekse toetsing’ via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kon het Hof uitgroeien tot een zo goed als volwaardig Grondwettelijk Hof. Zie: Voorstel van de Regering tot herziening van artikel 107ter van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 100-3/1, 1-2; Verslag namens de commissie voor de herziening van de grondwet en de hervorming van de instellingen betreffende het ontwerp van bijzondere wet op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 483/2, 1-4

⁴² Het Hof verwierp hiermee het standpunt van de Ministerraad die verdedigde dat “[artikel 11] van de Grondwet slechts discriminaties om ideologische en filosofische redenen zou verbieden.” Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, B.1.1.-B.1.3.

⁴³ Verslag, *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 483/2, 4.

⁴⁴ *Ibid.*, 6-7.

⁴⁵ Verslag, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 633/4, 15 (ONKELINX): “De wijze waarop het Hof die nieuwe bevoegdheid op het stuk van de toetsing van de grondwettigheid zal uitoefenen, wordt een test die er de wetgever wellicht toe zal brengen om dat toetsingsrecht van het Arbitragehof achteraf tot andere grondwettelijke bepalingen en met name tot die welke rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking hebben op het gebruik der talen in ons federale België uit te breiden”, 18-19 (staatssecretaris voor institutionele hervormingen): “Onderhavig wetsontwerp streeft een evenwichtig compromis na tussen de stelling die de oprichting van een Grondwettelijk Hof bepleit en de stelling die de onschendbaarheid van de wet benadrukt. Zulks verklaart waarom de bevoegdheden van het Hof aanzienlijk uitgebreid werden, zonder dat er evenwel een volwaardig Grondwettelijk Hof tot stand komt. Een behoedzame evolutie lijkt ter zake gewenst.” Verslag, *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 483/2, 38 (commissielid): “Vooraleer die toetsingsbevoegdheid wordt uitgebreid tot andere bepalingen, zal men zich eerst een oordeel moeten vormen over de manier waarop het Arbitragehof zich van zijn nieuwe moeilijke taak zal hebben gekwetend.”

⁴⁶ Verslag van het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 7-9 (vice-eerste minister J. VANDE LANOTTE).

MELCHIOR en A. ARTS, stelden dat deze bevoegdheidsuitbreiding kon worden beschouwd als “een erkenning van zijn geslaagde integratie in het constitutionele en rechterlijke systeem in België”⁴⁷ en “een vorm van erkenning en waardering ten aanzien van een relatief jonge instelling”⁴⁸ In 2007 is de benaming ‘Arbitragehof’ tot slot gewijzigd in ‘Grondwettelijk Hof’ en dus aangepast aan zijn werkelijke functie.

b. De schaduw van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM

Deze unieke en graduele totstandkoming van een Grondwettelijk Hof vormde de ideale bodem voor een sterke invloed van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.

Ten eerste bestond in België reeds een diffuus systeem van grondrechtenbescherming waar de wet werd getoetst door de rechter aan internationale grondrechten. Met de graduele totstandkoming van het Grondwettelijk Hof werd hieraan een centraal systeem van grondrechtenbescherming toegevoegd, waarbij de wet wordt getoetst aan de Grondwet.⁴⁹ Hierdoor wordt het toetsen van de wet aan grondrechten op een onnatuurlijke wijze uit elkaar getrokken tussen enerzijds de grondwettelijke grondrechten, en anderzijds de internationale grondrechten. Het Grondwettelijk Hof heeft vanaf het begin getracht hieraan tegemoet te komen door de grondwettelijke grondrechten te verbinden met internationale grondrechten. Enerzijds constitutionaliseert het Hof internationale grondrechten door middel van het discriminatieverbod vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.⁵⁰ De meest gebruikte techniek is het aanvoeren van een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet *juncto* een bepaling uit een internationaal mensenrechtenverdrag. Soms stelt het Hof ook vast dat de ongelijke behandeling in een wet onevenredig zware gevolgen heeft,

⁴⁷ Verslag, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 169.

⁴⁸ *Ibid.*, 173.

⁴⁹ Dit heeft in België grote spanningen veroorzaakt tussen de rechterlijke macht en het Grondwettelijk hof, zie bijvoorbeeld n.a.v. Vlaams-blok Cassatiearrest: F. MEERSSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet” (noot onder Cass. 9 november 2004), *TBP* 2005, 48-53. Hieraan is (gedeeltelijk) tegemoet gekomen door de nieuwe regeling in artikel 26, §4 Bijz. W. Grondwettelijk Hof. Deze nieuwe regeling is een compromis dat voortvloeide uit het symposium op 21 oktober 2005 over de verhouding tussen de drie hoogste rechtscolleges, zie: J. VELAERS, “Verslag-Velaers. De toetsing van wetten, decreten en ordonnances aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten” in A. ARTS, I. VEROUGSTRATE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2005, 99-123. Voor een kritische evaluatie, zie: P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet”, *RW* 2009-10, 50-62.

⁵⁰ Arbitragehof 23 mei 1990, B.11.3.; Arbitragehof 26/90 14 juli 1990, 6.B.1.; Arbitragehof 4 juli 1991, nr. 20/91, B.3.; Arbitragehof 18 februari 1993, nr. 14/93, B.2.7.; Arbitragehof 29 juni 1994, nr. 51/94, B.5.2.; Arbitragehof 3 december 1998, nr. 122/98, B.5.; Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/203, B.2.; Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.10. Zie ook: J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *TBP* 2005, (297) 300.

doordat het de fundamentele rechten en vrijheden van burgers schendt.⁵¹ Anderzijds past het Hof een verzoenende lezing toe tussen de grondwettelijke grondrechten en analoge internationale grondrechten. Zij vormen een onlosmakelijk geheel, ongeacht het ontstaansproces van het grondwettelijk grondrecht.⁵² De grondrechten vervat in het EVRM, zoals ingevuld in de rechtspraak van het EHRM, nemen zowel bij de constitutionalisering van internationale grondrechten als bij de verzoenende lezing een dominante plaats in.⁵³ Zo ontstaat er een belangrijke aansluiting tussen de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het EHRM. Regelmatig verwijst het Grondwettelijk Hof naar arresten van het EHRM en past het indien nodig zelfs zijn rechtspraak aan.⁵⁴ Deze justitiële politiek is bij te vallen, aangezien ze voor een grotere rechtszekerheid zorgt in het complexe en gelaagde netwerk van grondrechtenbescherming.⁵⁵ Het Hof vermeed zo grotendeels om in tegenspraak te komen met het EHRM en de gewone hoven en rechtbanken die de wetten al toetsten aan het EVRM.⁵⁶

Daarnaast is de graduele totstandkoming van het Grondwettelijk Hof niet gepaard gegaan met een structurele *update* van de grondrechtencatalogus en het formele beperkingssysteem. De verbinding van grondwettelijke met internationale grondrechten zorgt dan ook voor die noodzakelijke modernisering.

Bovendien zorgde de constitutionalisering van internationale grondrechten sinds 1988 voor een aanzienlijke indirecte bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof. Op die manier versterkte het Hof uiteraard zijn positie als schakel in de Belgische grondrechtenbescherming.

Ten vierde is het Grondwettelijk Hof een jonge instelling. Het verwondert dan ook niet dat het Hof inspiratie gaat halen bij een gevestigde autoriteit op het vlak van grondrechtenbescherming. Zeker aangezien de rechtspraak van het

⁵¹ Arbitragehof 30 september 1999, nr. 102/99, B.18; zie ook: J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", (297) 300-301.

⁵² Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.3.; Arbitragehof 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.4.2.; Arbitragehof 1 maart 2006, nr. 27/2006, B.2.3.; Grondwettelijk Hof 10 april 2008, nr.61/2008, B.3.3.; Grondwettelijk Hof 5 mei 2009, nr. 79/2009, B.4.3.; Grondwettelijk Hof 25 februari 2010, nr. 17/2010, B.8.2.; Grondwettelijk Hof 10 februari 2011, nr. 23/2011, B.4.1.

⁵³ Gelijkaardig: J. VELAERS, "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (ed.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2008, (81) 101; P. POPELIER, "Belgium. The supremacy dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice" in C. VAN DE HEYNING, P. POPELIER en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Intersentia, 2011, (149) 155.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: Arbitragehof 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.3.2.

⁵⁵ Gelijkaardig: M. VERDUSSEN, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge constitutionnel", (17) 59.

⁵⁶ Gelijkaardig in Frankrijk met de *Conseil Constitutionnel*: X., "Constitutional court judges' roundtable: Comparative constitutionalism in practice", *Int. Jnl. of Constitutional Law* 2005, (543) 551 (O. DUTHELLET DE LAMOTHE; Member Conseil constitutionnel, France).

EHRM al een belangrijke rol speelde in de rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken.⁵⁷ De rechtspraak van het EHRM biedt niet enkel een grote bron van inspiratie, maar net zoals andere nationale grondwettelijk hoven, verwijst het Hof naar het EVRM om zijn eigen constitutionele oplossingen te legitimeren en kracht bij te zetten door te argumenten te gebruiken van een zeer gerespecteerde instelling.⁵⁸ Het belang hiervan valt niet te onderschatten, aangezien de politieke wereld lange tijd zeer wantrouwig stond ten aanzien van constitutionele toetsing van wetten en dus het Grondwettelijk Hof voor de lastige taak stond om het vertrouwen langzaam op te bouwen.⁵⁹ Tot slot zijn partijen geneigd om het EVRM op te werpen om een mogelijk beroep bij het EHRM veilig te stellen.⁶⁰ Door hierop in te gaan, verkleint het Grondwettelijk Hof eventuele veroordelingen door het EHRM. Rechters zijn op de meest stelselmatige wijze onderworpen aan het directe toezicht van het EHRM. Het verbaast dan ook niet dat in vele staten de hoven de leiding hebben genomen in het incorporeren van het EVRM en hun rechtspraak harmoniseren met die van het EHRM.⁶¹

Het Hof is dus erg gevoelig voor de rechtspraak van het EHRM, waardoor een belangrijke aansluiting ontstaat van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het EHRM.⁶² C. COURTOY stelde zelfs namens het (toenmalig) Arbitragehof dat “de oplossingen waartoe het Arbitragehof al dan niet op basis van de arresten van het Europees Hof komt, nooit af[wijken] van die van het Hof te

⁵⁷ Gelijkaardig: P. POPELIER, “Belgium. The supremacy dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, (149) 155. Volgens C. MCCRUDDEN vormt “*filling the vacuum of temporary absence of (preferred) indigenous jurisprudence*” één van de factoren voor het gebruik van “*comparative Human Rights Law*”, zie: C. MCCRUDDEN, “A Common Law of human rights?: Transnational judicial conversations on constitutional rights”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, (499) 523-524. A *contrario* bij een gevestigde instelling als het Duitse Grondwettelijk Hof: “*With a long-standing tradition for very rigorous rights protection, the Federal Constitutional Court in the Data Retention did not need explicitly to advert to the ECHR-even to shore up their argument-in order to strike down the law in issue*”, zie: E. BJORGE, “National supreme courts and the development of ECHR rights”, *Int. Jnl. of Constitutional Law* 2011, (5) 29.

⁵⁸ R. ARNOLD, *General Report: Are human rights universal and binding? Limits of universalism*, 10. Zie bijvoorbeeld t.a.v. Centraal en Oost Europese landen: “*CEE constitutional courts very frequently refer to the judgments of the ECtHR in their decisions. [...] it enhances its own legitimacy in the eyes of public opinion and political actors. [...] the references to the judgments of the ECtHR serve as an argument to support the domestic judgment.*” in W. SADURSKI, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review* 2009, (397) 442.

⁵⁹ Zie *supra* nr. 0 en 0.

⁶⁰ P. POPELIER, “Belgium. The supremacy dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, (149) 156.

⁶¹ H. KELLER en A. STONE SWEET, “Assessing the impact of the ECHR on national legal systems”, (677) 687-688.

⁶² Volgens P. MARTENS heeft de positie van het Grondwettelijk Hof ten aanzien van het EHRM een evolutie doorgemaakt, geleidelijk gaande van autonomie tot navolging, o.i.v. de uitbreiding van haar bevoegdheden en de evolutie in de Straatsburgse rechtspraak, P. MARTENS, “L’influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur la Cour constitutionnelle”, (43) 44.

Straatsburg.⁶³ M. VERDUSSEN acht de grondwettelijke rechter dan ook een ‘*pièce de maîtresse*’ in het beschermingssysteem van het EVRM.⁶⁴

De schaduw van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM strekt zich uiteraard niet enkel uit over België.⁶⁵ Zo besluiten H. KELLER en A. STONE SWEET na een analyse van de impact van het EVRM op achttien nationale rechtsordes in Europa, dat nationale systemen in toenemende mate poreus zijn aan de invloed van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.⁶⁶ Ook al wisselt de intensiteit van de invloed op nationale rechtssystemen van de rechtspraak van het EHRM sterk, toch heeft elke Europese staat die de auteurs bestudeerden,⁶⁷ het EVRM op één of andere manier geïncorporeerd.⁶⁸

Het gebrek aan formele regels die de inter-rechterlijke interactie regelen, heeft ervoor gezorgd dat nationale hoven zelf hun verhouding met Straatsburg hebben moeten bepalen.⁶⁹ In tegenstelling tot andere staten, die nadruk leggen op hun ‘nationale autonomie’, heeft België zich evenwel gevoegd naar de rechtspraak van het EHRM.⁷⁰ Zo stelde J. THEUNIS namens het (toenmalig)

⁶³ C. COURTOY, *Verslag namens het Arbitragehof van België. De betrekking tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, ter zake, van het optreden van de Europese rechtscolleges*, Brussel, XIIde Conferentie van Europese Grondwettelijke Hoven, 2002, www.confcoconsteu.org/reports/, 96.

⁶⁴ M. VERDUSSEN, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le juge constitutionnel”, (17) 61.

⁶⁵ M. MELCHIOR besluit dat hoewel een 21 grondwettelijk hoven - een grote meerderheid - zichzelf niet gebonden achten door de uitspraken van het EHRM, een zelfs grotere meerderheid de overheersende invloed van de rechtspraak van het EHRM voelen bij het invullen van de grondrechten gewaarborgd door nationaal recht en de toegelaten beperkingen: M. MELCHIOR, *General report: the relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European Courts*, Brussel, XIIde Conferentie van Europese Grondwettelijke Hoven, 2002, www.confcoconsteu.org/reports/, 48.

⁶⁶ H. KELLER en A. STONE SWEET, “Assessing the impact of the ECHR on national legal systems”, (677) 677.

⁶⁷ Ierland, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Duitsland, Zweden, Noorwegen, Nederland, België, Oostenrijk, Zwitserland, Spanje, Italië, Griekenland, Turkije, Polen, Slowakije, Rusland en Oekraïne.

⁶⁸ H. KELLER en A. STONE SWEET, “Assessing the impact of the ECHR on national legal systems”, (677) 677-683. Ze stellen dan ook dat: “*The domestication of the ECHR constitutes the most important, overarching narrative of this volume. Convention rights are domesticated through their incorporation into national legal orders.*” (zie *ibid.*, (677) 682). Gelijkaardig m.b.t. de verschillende verhoudingen tussen het EVRM en nationaal recht: G. MARTINICO, “National Judges and Supranational Law: goals and structure of the research”, (7) 12-14.

⁶⁹ H. KELLER en A. STONE SWEET, “Assessing the impact of the ECHR on national legal systems”, (677) 705; G. MARTINICO, “National Judges and Supranational Law: goals and structure of the research”, (7) 17. Zie bijvoorbeeld m.b.t. de verhouding van het Bundesverfassungsgericht en het EHRM n.a.v. de Von Hannover zaak en de Görgülü zaak: R. NICKEL, “Transnational borrowing among judges. Towards a common core of European and global constitutional law?”, (309) 337-338; F. HOFFMEISTER, “Germany: status of European Convention on Human Rights in domestic law” (noot onder BVerfG 14 oktober 2004, Görgülü), *I-Con* 2006, 722-731.

⁷⁰ H. KELLER en A. STONE SWEET, “Assessing the impact of the ECHR on national legal systems”, 705. Zie evenwel het vroegere ‘conflict’ tussen het Hof van Cassatie en het EHRM: C. COURTOY, *Verslag namens het Arbitragehof van België. De betrekking tussen de grondwettelijke hoven en de*

Arbitragehof dat het Hof zichzelf gebonden acht door arresten van het EHRM, of meer precies door de bepalingen van het EVRM zoals ze geïnterpreteerd worden door het EHRM.⁷¹ Hoewel *de iure* het EHRM geen primauteit heeft op het Grondwettelijk Hof,⁷² fungeert het EHRM *de facto* als ‘*Supreme Court*’ inzake grondrechtenbescherming in België.⁷³

c. Een discretionaire ruimte voor een nationale grondrechtendynamiek

Het EHRM laat evenwel ruimte voor een nationale grondrechtendynamiek via de marge van appreciatie die het biedt aan de lidstaten, die al of niet kan worden ingevuld door het Grondwettelijk Hof. Het EHRM werpt hier verscheidene redenen voor op. In de eerste plaats is de appreciatiemarge een gevolg van de subsidiaire aard van het EVRM beschermingssysteem. Daarnaast acht het Hof de nationale instanties beter geplaatst om de proportionaliteitstest uit te voeren. Tot slot schept de appreciatiemarge de nodige ruimte voor diversiteit binnen de Europese rechtsorde.⁷⁴ De burger heeft er alle belang bij dat de nationale (grondwettelijke) rechter niet dezelfde subsidiaire grondrechtenbescherming overneemt. Hier kan

andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, ter zake, van het optreden van de Europese rechtscolleges, 95-96.

⁷¹ J. THEUNIS, *Report: the influence of the ECHR on national constitutional jurisprudence: the example of the Belgian Constitutional Court*, Kyiv, European Commission for Democracy through Law - International Conference on the influence of the ECHR Case-Law on national constitutional jurisprudence, 2005, [www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-JU\(2005\)057prov-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-JU(2005)057prov-e.pdf), 13.

Het Hof van Cassatie is daarentegen van mening dat het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het EHRM, voorrang heeft op de Grondwet, zoals geïnterpreteerd door het Grondwettelijk Hof. Cass. 9 november 2004, *CDPK* 2005, 597, noot A. VANDAELE, *TBP* 2005, 43, noot F. MEERSSCHAUT; Cass. 16 november 2004, AR P040644N en AR P041127N, *CDPK* 2005, 610, noot A. VANDALE, *RW* 2005-06, 388, noot P. POPELIER.

⁷² Zie bijvoorbeeld: M. VERDUSSEN, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le juge constitutionnel”, (17) 60.

⁷³ Zie ook: P. MARTENS, “L’influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur la Cour constitutionnelle”, 43-52. “*Au début de son existence, la Cour constitutionnelle a hésité à s’arrimer à la Convention européenne et à la lecture qu’en faisait son interprète strasbourgeois. Cette hésitation se manifeste dans la manière de citer la jurisprudence de Strasbourg : à l’origine, la citation est rare, prudente et elle semble indiquer que cette jurisprudence est une source d’inspiration que la Cour peut utiliser sans toutefois y être contrainte. Deux arrêts [Ruiz-Mateos 23 juni 1993 en Pressos Companiera Naviera S.A. e.a. 20 november 1995] de la Cour européenne ont convaincu la Cour belge d’accentuer sa fidélité envers elle. [...] Désormais, le juge constitutionnel sait que, sous prétexte d’engager la responsabilité de son Etat, lequel a reconnu la compétence de la Cour européenne pour être l’interprète authentique de la Convention (article 32 de celle-ci), il a le devoir de respecter l’autorité de la chose qu’elle a jugée, avec pour seule liberté d’aller plus loin qu’elle dans la concrétisation des droits et libertés.*” (zie *ibid.*, (43) 51-52)

⁷⁴ C. VAN DE HEYNING, “No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights.” in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Intersentia, 2011, (65) 84-85; J.-P. COSTA, “On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *European Constitutional Law Review* 2011, (173) 179-180.

verwezen worden naar de rechtspraak van de House of Lords⁷⁵ waar het *mirror* principe (*'no more, but certainly no less'*)⁷⁶ geldt ten aanzien van het EVRM, tenzij het EHRM een appreciatiemarge biedt. Dan komt het toe aan de nationale autoriteiten, inclusief de rechters, om een eigen invulling te geven.⁷⁷ De ratio van de Europese rechter is namelijk onbestaande bij de nationale rechter. Die moet immers op de hoogte zijn van de nationale specificiteit en gevoeligheden. De marge die het EHRM aan de nationale autoriteiten laat, moet dan ook worden ingevuld door de nationale rechter, uiteraard met het nodige respect voor de nationale constitutionele verhoudingen ten aanzien van de wetgever en het bestuur. Zo kan de nationale grondrechtenbescherming een meerwaarde bieden ten aanzien van de Europese en kan de nationale (grondwettelijke) rechter een eigen nationale grondrechtendynamiek uitbouwen. Het invullen van die ruimte beklemtoont niet alleen de grondrechtelijke eigenheid van ons land, maar versterkt ook de positie van het Grondwettelijk Hof als 'grondrechtenbeschermer'.

Daarnaast kan het Grondwettelijk Hof een nationale grondrechtendynamiek verder uitbouwen door de EVRM grondrechten in samenhang met de grondwettelijke grondrechten ook evolutief te interpreteren en op bepaalde punten verder te gaan dan het EHRM. Op die manier bouwt het Hof mee aan een sterkere Europese standaard, bovendien wapent het Hof zich zo voor eventuele veroordeling van het Hof.⁷⁸ Een belangrijke, kenmerkende waarde van het Europees beschermingssysteem is immers het vaststellen en het periodiek her-evalueren van de grenzen van een 'Europese consensus' van mensenrechten in het licht van evoluerende sociale normen.⁷⁹

Paradoxaal, is het niet onbelangrijk voor de nationale grondrechtendynamiek dat het Grondwettelijk Hof het EVRM en de rechtspraak van het EHRM betreft bij een grondwettelijke toetsing. Het EHRM stelde immers in een aantal zaken dat wanneer hoogste nationale rechtscolleges op een uitgebreide en overtuigende wijze de exacte aard van de betwiste beperking op grond van de relevante rechtspraak van het EHRM hebben geanalyseerd, het Hof grondige redenen moet hebben om het oneens te zijn met de bereikte conclusie

⁷⁵ Vervangen in oktober 2009 door een Supreme Court.

⁷⁶ Zie *supra* nr. 0.

⁷⁷ E. BJORGE, "National supreme courts and the development of ECHR rights", 15-20.

⁷⁸ Het Hof zou hiermee het pad verlaten van de in de UK toegepaste '*mirror approach*' en zich ook toeleggen op de '*evolutive*' of '*dynamic approach*'. Dit wordt bijvoorbeeld door de Franse hoogste rechtscolleges toegepast, zie: *ibid.* 23-25.

⁷⁹ R. HARMSSEN, "The transformation of the ECHR legal order and the post-enlargement challenges facing the European Court of Human Rights" in G. MARTINICO en O. POLLICINO (eds.), *The national judicial treatment of the ECHR and EU law: a comparative constitutional perspective*, Brussel, Europa Law Publishing, 2010, (27) 33-34. Gelijkaardig: A., STONE SWEET, "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court", 13, waarbij A. STONE SWEET de rol van het EHRM in onze pluralistische orde als multidimensionaal omschrijft. Eén van de functies van het Hof is om in zijn '*oracular guise*' de standaard van grondrechtenbescherming, in de marges, te verbeteren, zelfs t.a.v. de staten een vrij goed traject van naleving van het EVRM hebben.

en deze te vervangen met zijn eigen opvattingen.⁸⁰ In *A t. Verenigd Koninkrijk* stelde het Hof zelfs dat het enkel gerechtvaardigd was om tot een tegenovergestelde conclusie te komen als het hoogste nationaal hof artikel 15 EVRM of de rechtspraak van het Hof verkeerd geïnterpreteerd of toegepast had of een conclusie bereikte die manifest onredelijk was.⁸¹ Deze rechtspraak is echter nog recent en het valt dus af te wachten of het EHRM een volstrekt nieuwe houding heeft aangenomen ten aanzien van nationale hoven. Al toont dit wel dat het EHRM een coöperatieve houding heeft ten aanzien van de hoogste nationale hoven die rekening houden met het EVRM wanneer ze nationale wetgeving onder de loep nemen.⁸² Zo stelt de voormalige voorzitter van het EHRM, J.-P. COSTA, dat het EHRM zich normaal terughoudend opstelt in een zaak die al door een hoogste nationaal hof is beslist.⁸³ Zoals reeds beklemtoond, is het Grondwettelijk Hof zeer gevoelig voor de rechtspraak van het EHRM, bovendien hanteert het Hof een uitgebreide motivering bij het interpreteren van grondrechten. Het Hof bevindt zich dan ook in de ideale positie om gebruik te maken van de grote appreciatiemarge die wordt geboden aan de redenering van een hoogste nationaal hof om zijn eigen nationale accenten en klemtonen te leggen en zo een nationale grondrechtendynamiek uit te bouwen.

Ondanks het feit dat het EVRM een grote rol speelt in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, staat de bescherming van de Grondwet centraal bij de toetsing door het Grondwettelijk Hof. Die Grondwet biedt bijkomende waarborgen, die door het Grondwettelijk Hof worden geïnterpreteerd en toegepast. Op die manier geeft het Hof een invulling aan de grondwettelijke catalogus van grondrechten en creëert het een nationale dynamiek van grondrechtenbescherming. Deze invulling staat echter vaak in nauwe verbinding met die van het EVRM door het Straatsburgs Hof. Zo wordt het klassiek Belgisch beperkingssysteem⁸⁴ en het absoluut briefgeheim nationaalrechtelijk ingevuld zonder de EHRM rechtspraak uit het oog te

⁸⁰ EHRM 10 mei 2001, *Z t. Verenigd Koninkrijk* (m.b.t. artikel 6 EVRM); EHRM, *Roche t. Verenigd Koninkrijk* 19 oktober 2005 (m.b.t. artikel 6 EVRM); EHRM 19 februari 2009, *A t. Verenigd Koninkrijk* (m.b.t. artikel 15 EVRM); EHRM 20 juli 2010, *Ciorap t. Moldavië* (mb.t. artikel 3 EVRM). Zie ook: C. VAN DE HEYNING, "No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights.", (65) 92-93.

⁸¹ EHRM 19 februari 2009, *A t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 174. Al benadrukte het Hof wel dat de omstandigheden ongewoon waren. Enkel wanneer het een hoogste nationaal hof betrof dat de bescherming van het EVRM had betrokken en waar het een afweging maakte tussen belangen en een EVRM recht, is een dergelijke marge van toepassing. Het betrof hier trouwens een zaak waar het hoogste nationale hof (*House of Lords*) een reeds een strijdigheid had vastgesteld met het EVRM, maar enkel de bevoegdheid had om een *declaration of incompatibility* te vellen. Bijgevolg stond de procedure voor het EHRM nog open. Gelijkaardig: EHRM 20 juli 2010, *Ciorap t. Moldavië*, nr. 22 (mb.t. artikel 3 EVRM).

⁸² C. VAN DE HEYNING, "No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights.", (65) 93-94.

⁸³ J.-P. COSTA, "On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments", (173) 182.

⁸⁴ Zie *infra* nr. 0-0.

verliezen. Dit kan soms een grote impact hebben op een grondwettelijk grondrecht, zoals de afzwakking van absoluut briefgeheim vervat in artikel 29 van de Grondwet.⁸⁵

De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om een wet te vernietigen zou op zich kunnen bijdragen tot een versteviging van de nationale dynamiek van grondrechtenbescherming. Deze bevoegdheid zou immers als een stimulans kunnen dienen voor de wetgever om de controle van de juridische kwaliteit ernstiger te nemen, vanuit de gedachte ‘voorkomen is beter dan genezen’.⁸⁶ Bovendien kan het Grondwettelijk Hof via de evenredigheidstest vervat in het gelijkheidsbeginsel, de wetgever houden aan een aantal beginselen van behoorlijke regelgeving.⁸⁷ Niet onbelangrijk in een partijpolitiek systeem zoals in België.

Toch blijkt duidelijk dat bij de prejudiciële vragen, maar ook bij vernietigingsberoepen, dat een constitutionele toetsing op zich niet voldoende is om de grondwettigheid van wetgeving te vrijwaren.⁸⁸ Ook al is de doorstroming van informatie van het Grondwettelijk Hof naar de wetgever verbeterd, toch moet de wetgever ook daadwerkelijk inspelen op de arresten van het Grondwettelijk Hof, wat vaak niet gebeurt.⁸⁹ Deze (momenteel mank lopende) dynamiek tussen de wetgever en het Grondwettelijk Hof is nochtans essentieel opdat het Hof zijn functie in het ‘netwerk van grondrechtenbescherming’ optimaal kan uitoefenen.

1.2. EEN PLURALISTISCH MODEL VERSUS EEN HIËRARCHISCH MODEL VAN GRONDRECHTENBESCHERMING

Allerlei ontwikkelingen leggen een zeer sterke dynamiek bloot tussen nationale en regionale grondrechtenbescherming in Europa.⁹⁰ De vraag rijst dan ook of de grondrechtenbescherming in Europa, maar ook in België, het best kan worden gekaderd in het klassieke hiërarchisch model dan wel of een pluralistisch model meer gepast is.⁹¹

⁸⁵ Zie *infra* nr. 0-0.

⁸⁶ P. POPELIER, “Constitutionele toetsing van wetgeving in België”, (264) 283.

⁸⁷ P. POPELIER, “Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten” in X. (ed.), *Liber amicorum Michel Melchior - Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l’homme*, Louvain-la-Neuve, Arthemis, 2010, 173-198.

⁸⁸ P. POPELIER, “Constitutionele toetsing van wetgeving in België”, (264) 283.

⁸⁹ A. GORIS, K. MUYLLE en M. VAN DER HULST, “Twintig jaar Arbitragehof v. wetgever: van wantrouwen naar dialoog” in A. ALEN (ed.), *20 jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, (48) 50-54.

⁹⁰ Zie *supra* Inleiding.

⁹¹ N. KRISCH, “The open architecture of European human rights law”, (183) 183- 185. N. KRISCH verbindt hier het ‘constitutionaliseren’ van het EHRM en het ‘constitutioneel model’ met de klassieke hiërarchische analyse. A. STONE SWEET stelt evenwel terecht dat pluralisme niet noodzakelijk tegengesteld is aan constitutionalisme. Ik spreek dan ook van een ‘hiërarchisch model’ in plaats van de meer geladen formulering ‘constitutioneel model’, zie: A. STONE SWEET, “Constitutionalism, Legal Pluralism and International Regimes”, *Indiana Journal of Global Legal*

Het hiërarchisch model geeft de klassieke analyse van de evolutie van het Europese mensenrechtenregime weer. Dit model benadrukt dat het EHRM gedurende verschillende decennia geëvolueerd is van een internationaal hof naar een Hof dat begint te lijken op een supranationaal grondwettelijk hof⁹² met een immer sterke verankering in de nationale rechtssystemen van de lidstaten en een algemene aanvaarding van zijn gezag als ‘ultieme arbiter’ van mensenrechtengeschillen in Europa. Dit model valt onder het klassieke denkpatroon gekenmerkt in hiërarchische termen, waarbij de dichotomie tussen het nationale en internationale niveau wordt opgevat in termen van ‘monisme’ of ‘dualisme’. Ofwel worden de internationale en nationale orde beschouwd als twee verschillende ordes (dualisme), ofwel maken beiden deel uit van een geïntegreerd geheel, keurig georganiseerd volgens de hiërarchische regels waarbij de internationale regel voorrang heeft op de nationale (monisme).⁹³

Zeker met betrekking tot grondrechtenbescherming is dit model niet houdbaar. Grondrechten gewaarborgd in het EVRM vinden vaak hun tegenhanger in de grondrechtenbepalingen in de Grondwet. Het is dan ook zeer artificieel en weinig met de realiteit overeenstemmend om deze fundamentele grondrechten op te splitsen in twee hiërarchische lagen, waarbij de ene laag zich hoger op de piramide bevindt dan de andere en bijgevolg voorrang zou verdienen.⁹⁴ Bovendien biedt dit model geen maximale grondrechtenbescherming voor de burger. Beide hebben ze immers dezelfde finaliteit: grondrechtenbescherming bieden aan de burger.

Zoals D. VAN EECKHOUTTE het gevat omschrijft: “Het toekennen van onvoorwaardelijke voorrang aan een bepaald fundamenteel recht of beginsel boven een ander, louter omwille van de formele bron waarin die (al dan niet

Studies 2009, (621) 621, specifiek m.b.t. het EHRM: 639-645; A. Stone Sweet, “On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”, 10-13.

⁹² Zie bijvoorbeeld: A., STONE SWEET, “On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”, 14p.; J.F. FLAUS, “La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnel?” in J.F. FLAUS en M. DE SALVIA, *La Convention européenne des droits de l’homme développements récents et nouveaux*, Brussel, Bruylant, 1997, 69-98; S. GREER, *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*, 165-192: waarbij volgens S. GREER het EHRM een ‘abstracte constitutionele identiteit’ biedt en hij de ‘constitutional mission’ van het EHRM benadrukt; L. WILDHABER, “Essay: the European Court of Human Rights: the past, the present, the future”, *Am. U. Int’l L. Rev.* 2006-07, (521) 528-527: “Functionally speaking the European Court of Human Rights is becoming a European quasi-Constitutional Court.”

⁹³ N. KRISCH, “The open architecture of European human rights law”, (183) 184.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: J. VELAERS, “Verslag-Velaers. De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten”, (99) 117-120: de werkgroep in het Verslag-Velaers verwerpt een puur formeel-juridisch perspectief ten aanzien van grondrechten, uitgaande van de verscheidenheid van rechtsnormen en rechtscolleges, waarbij een strikte scheiding mogelijk zou zijn tussen diffuse toetsing aan de grondrechten in de internationale verdragen enerzijds en de centrale toetsing van de grondrechten in de Grondwet anderzijds.

toevallig) uitdrukking vindt, is gewoonweg niet hard te maken. Het afwegen van fundamentele waarden en belangen onderling moet gebeuren aan de hand van hun inherente normatieve roeping in de concrete context van het geding. Dat vindt (impliciet) bevestiging in zowel de Europese als Belgische rechtspraak.⁹⁵ D. VAN EECKHOUTTE besluit dan ook terecht dat algemene rechterlijke uitspraken, zoals de veelbesproken arresten van het Hof van Cassatie van 9 en 16 november 2004,⁹⁶ over de principiële voorrang van een verdrag met rechtstreekse werking op de grondwet, genuanceerd moeten worden.⁹⁷ Zeker indien het een mensenrechtenverdrag betreft. Deze uitspraken kaderden in een gespannen periode in de uitlijning van de bevoegdheidsverdeling tussen het Grondwettelijk Hof en de rechtelijke macht.⁹⁸ Sinds de gewijzigde bevoegdheidsverdeling⁹⁹ is het dan ook moeilijk om het belang van deze uitspraken in de huidige context in te schatten.

Een pluralistisch model van grondrechtenbescherming is dan ook wenselijker. In een dergelijk model wordt de nadruk gelegd op de dynamiek van wisselwerkingen binnen een netwerk van onderling afhankelijke rechtsbeschermingssystemen.¹⁰⁰ Geen van de internationale mensenrechteninstrumenten of nationale grondwettelijke grondrechten heeft volgens dit model een *a priori* primauteit op basis van een piramide structuur, maar beide rechtsbeschermingssystemen beïnvloeden en versterken elkaar onderling. Van de formele scheiding van grondrechten in het hiërarchisch model blijft in de praktijk, zowel in België als in Europa, bovendien weinig over.¹⁰¹ Zo is het EHRM uitgegroeid tot een zeer gezaghebbend Hof en worden zijn uitspraken in grote mate nageleefd door de lidstaten en geciteerd door de meeste nationale hoven. Grondwettelijke Hoven kunnen hun eigen

⁹⁵ D. VAN EECKHOUTTE, "Internationaal recht boven Grondwet: een betrekkelijke hiërarchie", *Juristenkrant* 2008, (12) 12: waarbij hij verwijst naar de gekende praktijk van Grondwettelijk Hof waarbij het internationale grondrechten verbindt met grondwettelijke grondrechten.

⁹⁶ Cass. 9 november 2004, *CDPK* 2005, 597, noot A. VANDAELE, *TBP* 2005, 43, noot F. MEERSSCHAUT; Cass. 16 november 2004, AR P040644N en AR P041127N, *CDPK* 2005, 610, noot A. VANDALE, *RW* 2005-06, 388, noot P. POPELIER.

⁹⁷ D. VAN EECKHOUTTE, "Internationaal recht boven Grondwet: een betrekkelijke hiërarchie", (12) 13.

⁹⁸ Zie *supra*, nr. 20; *ibid.*, (12) 13. Zie ook: J. VELAERS, "Verslag-Velaers. De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten", (99) 115-116, 119, volgens de werkgroep, achtte het Hof van Cassatie deze rechtspraak noodzakelijk "vanuit een bekommernis om geen prejudiciële vragen te stellen die het niet dienstig vindt [...]" en deze rechtspraak kan worden gelezen als een afwijzing van het in voetnoot 94 besproken model.

⁹⁹ Zie *infra* nr. 0.

¹⁰⁰ Zie H. DUMONT, "Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle" in X., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2007, (477) 486-7.

¹⁰¹ Zie *supra* nr. 0-0; J. ROBERT, "Constitutional and international protection of human rights: competing of complementary systems?", (1) 8; H. KELLER en A. STONE SWEET, "Assessing the impact of the ECHR on national legal systems", 677-712; P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?", 491-532.

grondwettelijke oplossingen ondersteunen en verder legitimeren door argumenten te gebruiken van een zeer gezaghebbende Europese instelling.¹⁰² De (steeds) hechtere band tussen het nationale en Europese niveau van mensenrechtenbescherming kan echter moeilijk hiërarchisch worden uitgelegd, maar eerder heterarchisch. Zo citeren de meeste Grondwettelijke Hoven regelmatig het EHRM en volgen ze grotendeels de uitspraken van het Hof, maar zijn ze niet geneigd om zich volstrekt te binden aan het EHRM. Uit het onderzoek van N. KRISCH blijkt dat de hoogste nationale hoven van Duitsland, Oostenrijk, Spanje en Frankrijk zelf limieten stellen en een constitutionele kern beschermen tegen Europese inmenging.¹⁰³ E. BJORGE komt tot een gelijkaardige conclusie met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk en Duitsland.¹⁰⁴ De vraag rijst dan ook voor de toekomst of het Grondwettelijk Hof het EHRM *de facto* als *Supreme Court* zal blijven beschouwen ongeacht welke uitspraak het Hof velt, dan wel een uitspraak die de kern van onze constitutionele identiteit raakt, toch naast zich neer zou durven leggen.¹⁰⁵ Dat hoeft niet *in se* negatief te zijn voor onze grondrechtenbescherming. Dergelijke conflicten zijn immers zeer zeldzaam en brengen meestal net een sterke maatschappelijke grondrechtendialoog met zich mee.¹⁰⁶

2. De grondwettelijke catalogus van grondrechten en zijn (potentiële) meerwaarde

In dit hoofdstuk zal de meerwaarde van de grondwettelijke catalogus worden onderzocht. Eerst wordt de Belgische grondwettelijke catalogus samen met de verklaring van herziening van de Grondwet overlopen (afdeling A). Daarna worden de mogelijke voordelen van een grondwettelijke waarborg onderzocht (afdeling B). Tot slot wordt dieper ingegaan op twee specifiek Belgische grondwettelijke waarborgen, met name de taalrechten (afdeling C) en het grondwettelijk beperkingssysteem (afdeling D).

2.1. INLEIDING: DE BELGISCHE GRONDWETTELIJKE CATALOGUS VAN GRONDRECHTEN

2.1.1. De huidige catalogus

De Belgische grondwettelijke catalogus van grondrechten telt 25 artikelen. De meest recente Europese grondrechtencatalogus, het EU Handvest, telt het

¹⁰² Zie R. ARNOLD, *General Report: Are human rights universal and binding? Limits of universalism*, 10.

¹⁰³ N. KRISCH, "The open architecture of European human rights law", 183-216.

¹⁰⁴ E. BJORGE, "National supreme courts and the development of ECHR rights", 5-31.

¹⁰⁵ Zie *infra*, 2.2.6. Bescherming van constitutionele identiteit: nationaal specifieke grondrechten, nr. 0-0.

¹⁰⁶ N. KRISCH, "The open architecture of European human rights law", (183) 215-216.

dubbel aantal artikelen¹⁰⁷ en vier transversale bepalingen. Zestien van de grondwettelijke bepalingen zijn ongewijzigd gebleven sinds 1831 en zijn gezien de tijdsgeest voornamelijk liberale grondrechten, met name: artikel 12 (individuele vrijheid),¹⁰⁸ 13 (niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent), 14 (legaliteitsbeginsel in strafzaken), 15 (onschendbaarheid van de woning), 16 (eigendomsrecht), 17 (straf van verbeurdverklaring der goederen kan niet worden ingevoerd), 18 (afschaffing van de burgerlijke dood), 19 (vrijheid van erediens en meningsuiting), 20 (verbod tot dwang inzake erediens), 21 (verhouding Kerk-Staat),¹⁰⁹ 25 (persvrijheid),¹¹⁰ 26 (vrijheid van vergadering), 27 (recht van vereniging), 28 (verzoekschriftenrecht),¹¹¹ 29 (onschendbaarheid van het briefgeheim)¹¹² en 30 (taalvrijheid).

Sinds de jaren '70 heeft de grondwetgever initiatief genomen om de Grondwet te actualiseren. Dat is evenwel op een vrij pointillistische manier gebeurd.¹¹³ Negen bepalingen vullen de oorspronkelijke grondrechtencatalogus aan, met name: artikel 10, laatste lid en 11*bis* (gelijkheid man en vrouw - 2002), 11 (verbod van discriminatie en bescherming van ideologische en filosofische minderheden - 1970), 14*bis* (afschaffing doodstraf - 2004), 22 (recht op privé en gezinsleven - 1994), 22*bis* (rechten van het kind - 2000 en 2008), 23 (recht op een menswaardig leven en economische, sociale en culturele rechten - 1994), 24 (rechten inzake onderwijs - 1988 (§1) en 1992 (§2-5)), 32 (openbaarheid van bestuur - 1993).

¹⁰⁷ Het EU Handvest waarborgt bovendien meer dan vijftig grondrechten, zo zijn bepaalde grondrechten die wij ontkoppeld hebben, samengevoegd in het EU Handvest; bijvoorbeeld artikel 12 EU Handvest waarborgt de vrijheid van vergadering en vereniging, in onze Grondwet gewaarborgd door artikel 26 en 27.

¹⁰⁸ In de verklaring tot herziening van de Grondwet (*BS* 7 mei 2010) bestaat de mogelijkheid om artikel 12 te herzien om de rechtspraak van het EHRM in verband met de bijstand door een advocaat vanaf het eerste verhoor na te leven. Momenteel zijn er twee voorstellen tot herziening van artikel 12, derde lid Grondwet hangende, zie: *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-672 en nr. 5-724.

¹⁰⁹ Artikel 21, eerste lid Grondwet is voor herziening vatbaar (volgens de toenmalige regering om de bescherming van de bedienaren der erediens uit te breiden tot de afgevaardigden van de door de wet erkende organisaties die morele diensten verlenen op basis van een niet-confessionele levensbeschouwing, bedoeld in artikel 181, §2, *Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1777/1, 3).

¹¹⁰ Artikel 25 Grondwet is voor herziening vatbaar om een lid toe te voegen teneinde de waarborgen van de drukpers uit te breiden tot de andere informatiemiddelen. Dit artikel is al sinds 1954 opgenomen om het aan te passen aan alle beschikbare media voor private communicatie, zie ook: K. RIMANQUE, *De grondwet: een scan, een diagnose en een prognose*, Antwerpen, Afscheidscollège UA, 2007, 18.

¹¹¹ Artikel 28 is voor herziening vatbaar verklaard (volgens de toenmalige regering om het te moderniseren, *Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1777-1, 1).

¹¹² Artikel 29 is voor herziening vatbaar verklaard (volgens de toenmalige regering om het uit te breiden tot de nieuwe vormen van communicatie en andere correspondentievormen, *Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1777-1, 2).

¹¹³ Zie M. VERDUSSEN, "Le pointillisme constitutionnel" in X. (ed.), *De Grondwet verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, 121-128.

2.1.2. Verklaring tot herziening van de Grondwet

De verklaring tot herziening van de Grondwet¹¹⁴ biedt de mogelijkheid om nieuwe artikelen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het EVRM,¹¹⁵ die personen met een handicap het genot van de rechten en vrijheden moet waarborgen en die het recht op veiligheid moet waarborgen. Daarnaast voorziet het in de mogelijkheid om verscheidene bepalingen van de Grondwet te moderniseren en uit te breiden, met name: artikel 10, tweede lid, tweede zinsdeel; artikel 12, derde lid; artikel 21, eerste lid; artikel 22; artikel 23; artikel 25; artikel 28 en artikel 29 van de Grondwet.

De juridische meerwaarde om EVRM bepalingen in te voegen, kan in twijfel worden getrokken¹¹⁶ aangezien deze rechten, zoals geïnterpreteerd door het EHRM, worden gewaarborgd door de gewone rechter en onrechtstreeks worden geconstitutionaliseerd door het Grondwettelijk Hof via de verzoenende lezing van het Hof en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹¹⁷ Zeker omdat volgens het Hof “de schending van een grondrecht overigens *ipso facto* een schending in[houdt] van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.”¹¹⁸ Een verdergaande grondrechtenbescherming bieden dan het EHRM is bovendien nu al mogelijk door het ontbreken van een appreciatiemarge op nationaal niveau.¹¹⁹ Een bepaling met ruimere bescherming dan de analoge bepaling in het EVRM zou een duidelijke juridische meerwaarde bieden, maar het is twijfelachtig of dat verzoenbaar is met de verklaring tot herziening. Ook kan worden betwijfeld of het argument, dat de Grondwet voor rechtspractici nog altijd veel toegankelijker is dan het EVRM, nog steeds geldt.¹²⁰

Desondanks bestaan er ook argumenten voor een incorporatie van grondrechten die reeds in het EVRM zijn opgenomen. De soms artificiële omweg via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet die het Grondwettelijk Hof maakt, zou zo vermeden kunnen worden. Daarnaast zou de verduidelijking van

¹¹⁴ BS 7 mei 2010.

¹¹⁵ Deze bepaling is al opgenomen in de verklaring tot herziening van de Grondwet sinds 1991.

¹¹⁶ Zie J. VELAERS, “De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel”, (81) 95-96: “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.”

¹¹⁷ Gelijkaardig: J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, (297) 300.

¹¹⁸ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.3; Arbitragehof 20 oktober 2004, nr. 162/2004, nr. B.2.3.; Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, B.2.2.; Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 16/2005, B.2.3.; Arbitragehof 1 juni 2005, nr. 101/2005, B.2.3.

¹¹⁹ Zie *supra*, nr.0. Het EHRM kent deze appreciatiemarge niet alleen toe aan de nationale wetgever, maar ook aan de nationale rechter, zie: ECRM 7 december 1976, Handyside t. Verenigd Koninkrijk, nr. 48; ECRM 19 februari 2009, A t. Verenigd Koninkrijk, nr. 174.

¹²⁰ Zie voor dit argument: E. BREMS, “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht”, *TBP* 1995, (619) 626.

de grondwetgever dat het Grondwettelijk Hof bevoegd is om rechtstreeks te toetsen aan het geïncorporeerde grondrecht, eventuele onduidelijkheden over het al dan niet verplicht zijn tot het stellen van prejudiciële vragen kunnen verhelpen.¹²¹ De prioriteitsregel om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, vervat in artikel 26, §4, eerste lid van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof,¹²² geldt immers in geval van samenloop van grondrechten. De grondrechtenbescherming wordt zo toegewezen aan het Grondwettelijk Hof, die een meer uitgewerkte en onderbouwde toetsing doorvoert dan het Hof van Cassatie. Dit biedt dan weer een beter verweer wanneer een beroep wordt ingesteld bij het EHRM.¹²³ In de derde plaats kan de incorporatie van een EVRM grondrecht zorgen voor de nodige modernisering van onze Grondwet en biedt het de mogelijkheid voor de Belgische grondwetgever om het belang van dat grondrecht voor de Belgische samenleving en rechtsorde te onderstrepen. Dit wordt in de volgende afdeling verder uitgewerkt.

2.2. DE MOGELIJKE VOORDELEN VAN EEN GRONDWETTELIJKE WAARBORG

2.2.1. *Symbolische waarde*

K. RIMANQUE omschreef de Grondwet treffend als “de identiteitskaart van een staat, gekoppeld aan een curriculum met brokstukken van het verhaal van zijn geschiedenis.”¹²⁴ Van een Grondwet mag men dan ook verwachten, zoals J. VELAERS stelt, “dat die de grondrechten van de burgers waarborgt en daarbij gelijke tred houdt met de eigentijdse aspiraties, behoeften en verwachtingen.

¹²¹ Zie hieromtrent: J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscollages bij samenloop van grondrechten”, *TBP* 2010, (387) 392-398.

¹²² “Wanneer voor een rechtscollage 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 bepaling van Europees of internationaal recht, stelt het rechtscollage eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet.”

¹²³ Zie EHRM 19 oktober 2005, Roche t. Verenigd Koninkrijk, nr. 120: “Where [...] the superior national courts have analysed in a comprehensive and convincing manner the precise nature of the impugned restriction, on the basis of the relevant Convention case-law and principles drawn therefrom, this Court would need strong reasons to differ from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law (see *Z and Others*, cited above, § 101) and by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law.” Zie ook: M. ARDEN, “Is the Convention ours?”, *Seminar to mark the official opening of the judicial year European Court of Human Rights*,

http://www.globalgovernancewatch.org/doclib/20100310_LJA_Speech_at_2010_Opening.pdf
laatst geraadpleegd 17/11/2011, 4.

¹²⁴ K. RIMANQUE, “Duistere, overbodige, misleidende en onevenwichtige bepalingen in de Grondwet” in X. (ed.), *De Grondwet verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (71) 72.

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.¹²⁵ De symbolische waarde van een modernisering van de grondwettelijke catalogus van grondrechten mag niet onderschat worden. Het is belangrijk dat onze Grondwet niet enkel een curriculum met brokstukken van het verhaal van zijn geschiedenis weerspiegelt, maar ook kan worden beschouwd als de identiteitskaart van de Belgische staat.

Uiteraard is het niet wenselijk om alle grondrechten uit alle internationale verdragen te constitutionaliseren. De grondwetgever zal moeten beslissen welke grondrechten volgens hem een fundamentele plaats in de Belgische rechtsorde verdienen en aan welke internationale grondrechten hij eventueel bijkomende waarborgen wil stellen. Het opnemen van bepalingen uit internationale verdragen in de Grondwet kan een belangrijke symbolische waarde hebben, zowel op nationaal als internationaal vlak. Zo versterkt het de positie van het recht op het internationale en Europese forum.¹²⁶ Daarnaast geeft het een duidelijk signaal van het essentieel belang van het geïncorporeerd grondrecht voor de Belgische grondwetgever.¹²⁷ Indien dit evenwel niet gepaard gaat met een maatschappelijk debat, rijst al gauw de vraag waarom het recht op privacy (art. 8 EVRM) een grondwettelijke bescherming verdient (art. 22 GW) en bijvoorbeeld het recht op leven (art. 2 EVRM), het recht op een behoorlijke rechtsbedeling (art. 6 EVRM) en het recht om te huwen en een gezin te stichten (art. 12 EVRM) niet.¹²⁸

2.2.2. Versterking van het 'monopolie' van grondrechtenbescherming door het Grondwettelijk Hof

Het compromis vervat in artikel 26, §4 van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, voert een rangorde in de toetsing in. De rechter dient prioriteit te geven aan de grondwettigheidscontrole, tenzij hij één van de uitzonderingsgronden kan invoeren. De bijzondere wetgever wilde immers dat het Grondwettelijk Hof een primordiale rol zou blijven spelen bij de toetsing van de wet aan de grondrechten, zonder evenwel afbreuk te doen aan het beginsel dat hoven en rechtbanken wetten, decreten en ordonnanties kunnen

¹²⁵ J. VELAERS, "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", (81) 96. Volgens E. BREMS daarentegen heeft het toevoegen van rechten in de Grondwet enkel zin als hiermee bepaalde internationaalrechtelijke lacunes worden opgevuld en zo een grotere bescherming wordt geboden door de Grondwet, zie: E. BREMS, "Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la constitution belge?", *Rev. Trim. Dr. H.* 2007, (351) 382-383.

¹²⁶ Zie ook *infra*, nr. 0.

¹²⁷ Zie J. VELAERS, "De noodzaak om titel II van de Grondwet te herzien" in X. (ed.), *De Grondwet verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (111) 113, 120.

¹²⁸ Zie E. BREMS, "De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht", (619) 626-627; J. VELAERS, "De noodzaak om titel II van de Grondwet te herzien", (111) 113.

toetsen aan de verdragen.¹²⁹ Het inkapselen van nieuwe rechten in Titel II van de Grondwet versterkt dan ook het ‘monopolie’ van grondrechtenbescherming door het Grondwettelijk Hof.

De evolutie in België van een verbod op constitutionele toetsing naar het dominerend model van grondrechtenbescherming is een unieke weg van verscheidene ‘testfasen’ geweest.¹³⁰ Het Grondwettelijk Hof heeft langzaam maar zeker vertrouwen opgebouwd ten aanzien van een (grond)wetgever vol vrees voor een ‘*gouvernement des juges*’. De unieke waarborgen en voordelen van het Grondwettelijk Hof die een gewone rechter niet biedt, hebben daar in grote mate toe bijgedragen. Zo oordelen zeven, vaak zelfs twaalf, rechters over een zaak. Het Hof is samengesteld uit gemengde zetels bestaande uit zowel oud-parlementsleden en juristen, als Nederlandstalige en Franstalige rechters. Net zoals het EHRM, biedt het Hof ruime mogelijkheden voor derden om tussen te komen.¹³¹

Daarnaast heeft de grote receptiviteit van het Grondwettelijk Hof voor de andere belangrijke schakels in het netwerk van grondrechtenbescherming, inzonderheid het EHRM, ook bijgedragen tot het groeiende vertrouwen van de politieke wereld in het Hof. De uitgebreide motiveringen door het Hof, gebaseerd op een toetsing aan grondwettelijke rechten én de analoge rechten opgenomen in het EVRM, bieden ook een belangrijke waarborg ten aanzien van het EHRM. Het EHRM zal die immers niet zomaar naast zich neer kunnen leggen. De versterking van het ‘monopolie’ van grondrechtenbescherming door het Grondwettelijk Hof, zorgt dan ook voor een sterkere waarborg ten aanzien van het beschermingssysteem van het EVRM.¹³²

Ten slotte zit het Grondwettelijk Hof in de perfecte positie om een internationaal grondrechtelijke ‘dialogoog’ en interactie aan te gaan met andere (Europese) Grondwettelijke Hoven, het EHRM en het HvJ EU.¹³³ Al

¹²⁹ Toelichting, *Parl.St.* Senaat B.Z. 2007, nr. 4-12/1, 4.

¹³⁰ Zie *supra*, nr. 0-0.

¹³¹ Zie ook: J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten”, (387) 391.

¹³² Zie *supra*, nr. 0-0.

¹³³ Zo is het Hof lid van de Conferentie van Europese Grondwettelijke Hoven dat driejaarlijks wordt georganiseerd. Het grote lidmaatschap (34 landen) en het driejaarlijkse karakter maakt het naar alle waarschijnlijkheid niet het ideale forum om een intense dialoog te voeren, zie: G. BUQUICCHIO en S. DÜRR, “Judicial Cross-Fertilisation: co-operation between Constitutional Courts as a means of promoting Democracy, the Protection of Human Rights and the Rule of Law” in X. (ed.), *Liber amicorum Michel Melchior - Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme*, Louvain-la-Neuve, Arthemis, 2010, (311) 320-321.

Daarnaast bezoeken grondwettelijke hoven, HvJ EU en EHRM elkaar regelmatig, wat de mogelijkheid biedt om in alle vertrouwelijkheid een dialoog aan te gaan en eventuele conflicten of spanningen over bepaalde arresten en interpretaties van grondrechten aan te kaarten, zie: R. NICKEL, “Transnational borrowing among judges. Towards a common core of European and global constitutional law?”, (309) 325-326.

bekritiseert S. SOTTIAUX het Hof omdat het net te weinig (expliciete) aandacht heeft voor interpretaties van andere Grondwettelijke Hoven.¹³⁴

2.2.3. Bijdrage aan het vormen van een Europese consensus en de internationalisering van een grondrecht

De dynamiek in het netwerk van grondrechtenbescherming werkt niet enkel van ‘boven’ naar ‘onderen’ toe. Het nationale niveau van grondrechtenbescherming beïnvloedt ook het Europese en internationale niveau van grondrechtenbescherming.¹³⁵ Zo laat het EHRM zijn rechtspraak beïnvloeden door de grondrechtenpraktijken van de nationale staten.¹³⁶ Het EHRM zal immers een engere appreciatiemarge toekennen als het oordeelt dat er een Europese consensus aanwezig is.¹³⁷ Het opnemen van een grondrecht in de Grondwet zorgt ook voor een versterking van het grondrecht op het internationale forum.¹³⁸

Zo kan bijvoorbeeld het recht van toegang tot bestuursdocumenten, gewaarborgd in artikel 32 van de Grondwet, een meerwaarde vormen in de ontwikkeling van een Europese consensus in de rechtspraak van het EHRM en de internationalisering van het grondrecht. Sinds de jaren tachtig werden initiatieven genomen om het principe van de openbaarheid van bestuur op te nemen in de Grondwet, ter verbetering van de relatie tussen bestuur en bestuursdocumenten en om de slagkracht, de doorzichtigheid en het democratisch gehalte van onze instellingen te verhogen.¹³⁹ In 1993 werd het recht van toegang tot bestuursdocumenten opgenomen in de Grondwet. De Belgische Grondwet draagt zo bij, samen met andere nationale Grondwetten die een gelijkaardige waarborg bieden,¹⁴⁰ tot een evolutieve interpretatie van artikel 10 EVRM door het EHRM.

¹³⁴ S. SOTTIAUX, “Arbitragehof moet vaker over de grens kijken”, *Juristenkrant* 17 januari 2007, nr. 141, 2-3.

¹³⁵ Zie bijvoorbeeld: P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, “Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?”, (491) 494-495.

¹³⁶ J. GERARDS, “Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, *NJCM Bulletin* 2006, (93) 116.

¹³⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: deel 1. algemene beginselen*, 217-219.

¹³⁸ E. BREMS, “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht”, (619) 626.

¹³⁹ *Ibid.*, (619) 619.

¹⁴⁰ Zweden is het land met de oudste (1766) grondwettelijke waarborg van het recht van toegang tot bestuursdocumenten (*Freedom of the Press Act*, hfdst. 2, art. 1). Finland (art. 12) en Noorwegen (art. 100) hebben bijvoorbeeld recentelijk het recht van toegang tot overheidsdocumenten in hun Grondwet opgenomen. Daarnaast bevatten ook de meeste nieuwe Grondwetten van overgangsstaten in Centraal en Oost-Europa dit recht. Zie voor een bespreking per land: D. BANISAR, *Freedom of Information Around the World 2006: A Global Survey of Access*, 2006, www.freedominfo.org, 168p. Het is bovendien ook opgenomen in art. 42 EU Handvest.

Toen het recht van toegang tot bestuursdocumenten in de Grondwet werd opgenomen, erkende het Straatsburgse Hof enkel het recht van toegang tot bestuursdocumenten die persoonlijke informatie bevatten op grond van artikel 8 EVRM.¹⁴¹ Sindsdien heeft de rechtspraak van het EHRM een hele evolutie doorgemaakt. In de zaak *Társaság a Szabadságjogokért t. Hongarije* stelt het Hof dat hoewel het moeilijk is om uit artikel 10 EVRM een algemeen recht van toegang tot bestuursdocumenten af te leiden, het Hof toch recentelijk geëvolueerd is naar een ruimere interpretatie van de term ‘*freedom to receive information*’ en daardoor naar een erkenning van het recht van toegang tot informatie.¹⁴² Aangezien het Hof geen verklaring geeft voor zijn evolutieve interpretatie, is het moeilijk in te schatten in hoeverre de grondwettelijke waarborgen hebben bijgedragen tot deze evolutie in de rechtspraak van het Hof.

In 2009 is de *Council of Europe Convention on Access to Official Documents* voor ondertekening opgesteld. Dit is het eerste bindende internationaal mensenrechteninstrument dat een algemeen recht van toegang tot bestuursdocumenten waarborgt. Het zijn voornamelijk de landen, inclusief België, waar al een dergelijke grondwettelijke waarborg wordt geboden die het verdrag reeds hebben ondertekend.¹⁴³ Zo draagt een grondwettelijke waarborg ook op indirecte wijze bij tot de internationalisering van een grondrecht. Hierbij is het belangrijk te benadrukken dat voor het EHRM een ratificatie van dit verdrag door de gedaagde staat niet vereist is om dit verdrag te betrekken bij de interpretatie van het EVRM of om te besluiten tot een verenging van de appreciatiemarge door het bestaan van een Europese *common ground*. Het is voldoende voor het Hof dat het verdrag wijst op een progressieve evolutie in de normen en principes toegepast in het internationaal recht of in het nationaal recht van de meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa en dat het toont, in dit specifiek domein, dat er een *common ground* is in moderne maatschappijen.¹⁴⁴ Via deze interpretatiemethode kan het EHRM dus voor een versnelling van de internationalisering van een grondrecht zorgen.

¹⁴¹ E. BREMS, “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht”, (619) 623.

¹⁴² EHRM 19 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért t. Hungary*. Zie ook: W. HINS en D. VOORHOOF, “Access to State-held information as a fundamental right under the European Convention on Human Rights”, *ECLR* 2007, 114-126.

¹⁴³ Zie: <http://conventions.coe.int/>, elf landen hebben het Verdrag tot nu toe ondertekend.

¹⁴⁴ EHRM 12 november 2008, nr. 34503/97, *Demir en Baykara/Turkije*, nr. 67-86 (zie hier ook de verwijzingen naar andere rechtspraak). Voor een kritische evaluatie, zie: H. SENDEN, “Het gebruik van niet-geratificeerde internationale instrumenten voor de interpretatie van het EVRM” (noot onder EHRM 12 november 2008, *Demir en Baykara/Turkije*), *NJCM Bulletin* 2009, 421-427.

2.2.4. *Meerwaarde bij samenloop van grondrechten en van 'geconstitutionaliseerde' internationale grondrechten door grondwettigheidstoetsing*

Door minder marginaal te toetsen dan de Europese rechter kan de grondwettelijke rechter ervoor zorgen dat de Grondwet een meerwaarde behoudt bij samenloop van grondrechten en wanneer hij internationale grondrechten constitutionaliseert via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁴⁵ De appreciatiemarge geboden door het EHRM geldt immers ook ten aanzien van de nationale rechter.¹⁴⁶ Dit wordt bijvoorbeeld duidelijk bij de toetsing van het Hof aan artikel 27 BUPO, wat nader wordt bekeken in de afdeling C.

Daarnaast, zoals hierboven reeds benadrukt, kan de sterkere ontwikkeling van het toetsen van grondrechten in arresten van het Grondwettelijk Hof er voor zorgen dat de nationale grondrechtenafweging eerder aanvaard zal worden door het EHRM.¹⁴⁷ Het belang hiervan, zeker ten aanzien van nationaal gevoelige situaties, wordt verder uitgewerkt in afdeling C.

2.2.5. *Het bieden van bijkomende waarborgen en beperkingsvoorwaarden*

Grondwettelijke grondrechten bieden een juridische meerwaarde ten aanzien van hun internationale tegenhanger, wanneer zij bijkomende waarborgen en beperkingsvoorwaarden stellen. De burger moet immers aanspraak kunnen maken op de ruimst mogelijke bescherming. Specifiek aan het beperkingssysteem van de Belgische Grondwet, dat gekenmerkt wordt door rechtspolitieke inzichten van het begin van de negentiende eeuw, is het vereiste optreden van de wetgever en het verbod van preventieve maatregelen. Dit wordt verder uitgewerkt in afdeling D. Daarnaast biedt de Belgische Grondwet ook een aantal extra waarborgen ten aanzien van internationale mensenrechtenverdragen. Artikel 16 van de Grondwet stelt bijvoorbeeld preciezere waarborgen in geval van onteigening. Ook de vrijheid van onderwijs (art. 24 GW) en de vrijheid van eredienst (art. 19, 20 en 21 GW) bieden bijkomende waarborgen.

Toch kan het noodzakelijk zijn om een op het eerste gezicht 'sterkere bescherming' in de Grondwet te relativeren. Wanneer bijvoorbeeld een negatieve verplichting voor de Staat in conflict komt met een positieve verplichting, kan de 'maximalisatieclausule' niet zomaar worden toegepast. Een dergelijk conflict kwam tot uiting in het arrest nr. 202/2004 van het Grondwettelijk Hof betreffende het absoluut karakter in de Grondwet van het briefgeheim (art. 29 GW).

¹⁴⁵ Zie *supra*, nr. 0-0. Zie ook: J. VELAERS, "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", (81) 110.

¹⁴⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: deel 1. algemene beginselen*, 206.

¹⁴⁷ Zie *supra*, nr. 0.

Het Hof werd in deze zaak geconfronteerd met een beroep tot nietigverklaring van de artikelen 46ter en 88*sexies* Sv. die betrekking hebben op het onderscheppen, het openen en het kennismaken van post (ingevoegd door de BOM-wet). De verzoekers argumenteerden dat geen enkele uitzondering mogelijk was op het recht op briefgeheim. De Ministerraad benadrukte in hoofdorde dat deze bepalingen enkel de inbeslagname van de post door de procureur des Konings en niet de opening ervan mogelijk maakte, en dus artikel 29 van de Grondwet niet zouden kunnen schenden.¹⁴⁸ In ondergeschikte orde was de Ministerraad van mening dat het recht op het briefgeheim niet als een absoluut recht kan worden beschouwd, aangezien artikel 29 van de Grondwet uitdrukkelijk erin voorziet dat de wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het briefgeheim.¹⁴⁹

Het Hof gooide het over een andere boeg en benaderde het gebrek aan een beperkingssysteem vanuit een ruimer grondrechtelijk kader. Zo stelde het Hof: “Hoewel het briefgeheim, bij de aanneming van de Grondwet, nog als absoluut kon worden opgevat, kunnen thans, om de draagwijdte ervan te bepalen, andere grondwetsbepalingen alsmede internationale verdragen niet buiten beschouwing worden gelaten.”¹⁵⁰ Het Hof besloot dan ook: “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

¹⁴⁸ Hiermee beroept de Ministerraad zich op een eeuwenoude interpretatie van de onschendbaarheid van het grondrecht. Zo was de meerderheid in de rechtsleer van mening dat de grondwetgever enkel de onschendbaarheid van het briefgeheim wilde beschermen ten aanzien van de uitvoerende macht. De bevoegdheid van de onderzoeksrechter om brieven te openen, vormde dan ook geen schending van het briefgeheim. Meerderheidsopvatting: E. HANSSENS, *Du secret des lettres*, 109-119, nrs. 109-116; *Pand.b.*, LVIII, v^o *Lettre Missive*, nrs. 60-70, vnl. 64; P. ERRERA, *Traité de droit public belge: droit constitutionnel, droit administratif*, Parijs, Giard et Brière, 1918, nr. 47; G. DOR en A. BRAAS, “La Constitution” in L. HENNEBICQ, J. WATHELET en G. CISELET (eds.) *Les Nouvelles: corpus juris Belgici. Lois Politiques et administratives*, Brussel, Edmon Picard – Ferdinand Larquier, II, 1935, (13), nr. 341; Minderheidsopvatting (het briefgeheim gold onverkort t.a.v. elke macht): J. DES CRESSONIERES, “L’inviolabilité du secret des lettres et les articles 87 et 88 du Code d’instruction criminelle”, *BJ* 1889, nr. 81; E. VERHAEGEN, “Sur l’article 22 de la Constitution”, *BJ* 1856, nr. 865; Verslag omtrent de herziening van artikel 22 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 1966-67, 7.

De Raad van State, afdeling wetgeving, verwees in 1990 zelfs nog naar deze eeuwenoude discussie om te besluiten dat de voorwaarde om aan postambtenaren het recht toe te kennen om verdachte brieven te openen, was dat deze als medewerkers van de rechterlijke macht konden worden beschouwd, zie: J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, 213.

¹⁴⁹ Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, A.8.1.- A.8.4. Met dit laatste argument volgt de Ministerraad het standpunt van J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, zie: J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 463-464. Hun standpunt kan m.i. niet worden verzoend worden met de het doel van de grondwetgever. Uit de debatten van het Nationaal Congres is immers af te leiden dat deze bepaling tot doel had de complete bestraffing van het grondrecht in het eerste lid te verzekeren en zo te zorgen dat het niet inhoudsloos bleef, zie E. HANSSENS, *Du secret des lettres*, Brussel, Bruylant, 1890, 110-115, nrs. 111-112; in dezelfde zin: A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 541-542.

¹⁵⁰ Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, B.12.2.

grondrechten te waarborgen. De wetgever, die ertoe gehouden is onder meer de vrijheid van de persoon (art. 12, eerste lid GW), het recht op leven (art. 2 EVRM) en het eigendomsrecht (art. 16 GW en art. 1 Eerste Protocol EVRM) 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 nagestreefde wettige doel.”¹⁵¹

Hoewel het briefgeheim, bij aanneming van de Grondwet, nog als absoluut kon worden opgevat volgens het Hof, dringt zich nu een evolutieve en systematische interpretatie op. In een dynamisch netwerk van grondrechten, die zowel negatieve als positieve verplichtingen opleggen aan de overheid, kan een absoluut afweerrecht, zoals artikel 29 van de Grondwet, enkel gelden in zoverre het niet (noodzakelijk) in de weg staat voor de eerbiediging van positieve verplichtingen door de overheid.¹⁵² In 1999 benadrukte K. RIMANQUE nog de noodzaak artikel 29 van de Grondwet te herzien “om een einde te stellen aan de ongrondwettigheid van de bestaande beperkingen.”¹⁵³ De evolutieve en systematische interpretatie door het Hof zorgt evenwel voor een noodzakelijke, maar verregaande *update* van het artikel, zonder tekstuele herziening.

De systematische interpretatie van het Hof leidt evenwel niet tot een volledige gelijkshakeling van een, volgens de grondwetgever, prioritair recht met de andere grondrechten. De wetgever heeft immers een bijzondere verantwoordingsplicht om aan te tonen hoe een inbreuk op het briefgeheim noodzakelijk is om de positieve verplichtingen van andere grondrechten te waarborgen.¹⁵⁴ Het Grondwettelijk Hof heeft zich nog niet opnieuw moeten uitspreken over artikel 29 van de Grondwet.¹⁵⁵

2.2.6. *Bescherming van constitutionele identiteit: nationaal specifieke grondrechten*

Zoals hoger vermeld, blijkt uit het onderzoek van N. KRISCH en E. BJORGE dat de hoogste nationale hoven van Duitsland, Oostenrijk, Spanje, Verenigd

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Zie ook: P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, “Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?”, (491) 509-510.

¹⁵³ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 74.

¹⁵⁴ Zie ook: J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *TBP* 2005, (297) 315, J. VELAERS stelt terecht: “De argumentatie van het Hof is overtuigend, al kan men erbij opmerken dat de verantwoording op grond van de internationale verdragen, slecht in aanmerking komt in de mate dat de positieve verplichtingen die deze inhouden alleen kunnen worden nagekomen door de schending van de briefwisseling, wat in deze zeker kan worden voorgehouden.”

¹⁵⁵ Arbitragehof 7 juni 2006, nr. 91/2006: in dit arrest werd artikel 29 van de Grondwet wel terloops aangehaald door de verzoekers, maar enkel in zoverre het een aspect regelt van het recht op eerbiediging van het privéleven (A.18.2.).

Koninkrijk en Frankrijk zelf limieten stellen en een constitutionele kern beschermen tegen Europese inmenging.¹⁵⁶ Tot nu toe heeft het Belgisch Grondwettelijk Hof dit nog niet gedaan. Dit niettegenstaande de soms zeer ingrijpende rechtspraak van het EHRM op ons rechtssysteem. Zo heeft bijvoorbeeld de Salduz-rechtspraak¹⁵⁷ recentelijk voor een omwenteling gezorgd van het strafrechtlandschap.¹⁵⁸ Ondanks de kritiek op dit arrest,¹⁵⁹ lijkt het onwaarschijnlijk dat het Grondwettelijk Hof het EHRM niet zou volgen wanneer bijvoorbeeld de wet tot aanpassing van de wetgeving aan het Salduz-arrest¹⁶⁰ zou worden voorgelegd aan het Hof. Het Grondwettelijk Hof acht zich immers gebonden door de bepalingen van het EVRM zoals ze geïnterpreteerd worden door het EHRM.¹⁶¹

Toch is het niet ondenkbaar dat ook het Belgisch Grondwettelijk Hof een constitutionele kern, specifiek aan België, zou beschermen tegen Europese inmenging. Zo kan het de Belgische constitutionele identiteit waarborgen. Hoewel de specifieke inhoud van zo'n constitutionele identiteit voor veel betwisting vatbaar is, vormen taalrechten m.i. een Belgische nationale specificiteit bij uitstek. De taalrechten die worden gewaarborgd in België, zijn het resultaat van een zeer lang en moeizaam politiek proces en verscheidene 'compromis à la Belge'. Bovendien staan taalrechten nog steeds centraal bij communautaire onderhandelingen. Desondanks kan worden vastgesteld dat de problematiek rond rechten van minderheden met betrekking tot taal in België steeds meer internationaliseert.¹⁶²

Tot nu toe heeft het EHRM een vrij ruime marge van appreciatie geboden aan de Belgische taalregeling.¹⁶³ De vraag rijst evenwel of dit zal blijven duren.

¹⁵⁶ Zie *supra*, nr. 0.

¹⁵⁷ Deze EHRM rechtspraak is begonnen met het Salduz arrest: EHRM 27 november 2008, Salduz/Turkije. Sindsdien blijven de arresten van het EVHM over het recht op bijstand van een advocaat tijdens politieverhoren toestromen. Vooral Turkije werd terechtgewezen. Van belang voor België is evenwel dat ook Frankrijk (met een parallel systeem) is veroordeeld: EHRM 14 oktober 2010, Brusco/Frankrijk, zie: T. DECAIGNY en P. DE HERT, "EHRM doorkruist Salduzdiscussie Senaatscommissie Justitie", *Juristenkrant* 27 oktober 2010, (1) 1.

¹⁵⁸ G. VERMEULEN en L. VAN PUYENBROECK, "Mensenrechtenhof schudt strafrechtlandschap doorheen", *Juristenkrant* 24 december 2008, (1) 1. Deze rechtspraak is tot op heden trouwens het onderwerp geweest van ontelbare artikels in de *Juristenkrant*.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: F. SCHUERMANS, "Cassatie tempert Salduz-commotie", *Juristenkrant* 14 april 2010, (3) 3; K. VAN CAUWENBERGHE, "Salduz: een gordiaanse knoop", *Juristenkrant* 10 maart 2010, (12) 12; X., "Van Thielen uit kritiek op Salduz-wet", *De Standaard* 31 maart 2011; X., "Westvoorstel advocaat bij eerste verhoor zal zorgen voor straffeloosheid", *De Standaard* 2 februari 2011.

¹⁶⁰ Wet van 13 augustus 2011 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *BS* 5 september 2011.

¹⁶¹ J. THEUNIS, *Report: the influence of the ECHR on national constitutional jurisprudence: the example of the Belgian Constitutional Court*, 13.

¹⁶² J.-C. SCHOLSEM, "Quel avenir pour la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales en Belgique?", *CDPK* 2006, (577) 579.

¹⁶³ In de Belgische taalzaak heeft het EHRM de 'marge van appreciatie' theorie voor het eerst impliciet toegepast naar aanleiding van een klacht wegens vermeende ongelijke behandeling

Voornamelijk kan het Kaderverdrag tot bescherming van nationale minderheden een doorslaggevende invloed uitoefenen op de marge van appreciatie gehanteerd door het EHRM. Dit wordt hierna uitgewerkt. Vooraleer dit te onderzoeken, is het verhelderend om kort in te gaan op de grondwettelijke waarborgen met betrekking tot taal.

2.3. NATIONALE SPECIFICITEIT: TAALREGELING

Bij het bekijken van taalkwesties vanuit een mensenrechtenperspectief, staan twee rechten centraal: de vrijheid van taalgebruik en het verbod van discriminatie op grond van taal.¹⁶⁴ Artikel 30 van de Grondwet waarborgt de vrijheid van taalgebruik: “Het gebruik van de in België gesproken talen is vrij; het kan niet worden geregeld dan door de wet en alleen voor handelingen van het openbaar gezag en voor gerechtszaken.” Dit artikel is evenwel impliciet herzien door de artikelen 129, §1 en 130, §1, eerste lid, 5° van de Grondwet.¹⁶⁵ Deze artikelen breiden de aangelegenheden waarvoor een wettelijke regeling van het gebruik der talen mogelijk is, uit naar de bestuurszaken, onderwijs in de door de overheid opgerichte, gesubsidieerde of erkende instellingen en de sociale betrekking tussen de werkgevers en hun personeel, alsmede de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen (kort gesteld: het bedrijfsleven).

Artikel 30 van de Grondwet erkent de vrijheid van taalgebruik als recht van ieder individu (niet enkel taalminderheden) en heeft geen equivalent in een internationaal verdrag. Het EVRM erkent enkel expliciet de taalrechten van arrestanten¹⁶⁶ en van beschuldigen in strafzaken.¹⁶⁷ Evenwel vloeit de vrijheid van taalgebruik volgens het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties (hierna: VN Comité) en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: ECRM) voort uit de vrijheid van meningsuiting.

2.3.1. Vrijheid van taalgebruik in de private sfeer

Artikel 30 van de Grondwet deelt het taalgebruik op in een private en een publieke sfeer. Alles wat buiten de opgesomde aangelegenheden in de

tussen Frans- en Nederlandstaligen met betrekking tot de onderwijstaal in scholen, zie: EHRM 23 juli 1968, Belgische taalzaak, nr. 5 en 10. Zie ook: EHRM 2 maart 1987, nr. 9267/81, Mathieu-Mohin en Clerfayt/België, nr. 52-53, 57.

¹⁶⁴ E. BREMS, “Vlaamse taalvereisten getoetst aan internationale mensenrechtenverdragen” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Taaleisen juridisch getoetst*, Mechelen, Kluwer, 2009, (1) 2.

¹⁶⁵ J. CLEMENT, “De taalvrijheid in de Grondwet. Ontwaakt de schone slaapster?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Taaleisen juridisch getoetst*, Mechelen, Kluwer, 2009, (17) 22-24.

¹⁶⁶ Artikel 5, §2 EVRM: “Iedere gearresteerde moet onverwijld en in een taal, welke hij verstaat, op de hoogte worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen welke tegen hem zijn ingebracht.”

¹⁶⁷ Artikel 6, §3, a) EVRM: “Eenieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, heeft ten minste de volgende rechten: onverwijld, in een taal welke hij verstaat, en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging.”

Grondwet valt, behoort tot de private sfeer. Geen enkele regeling van het taalgebruik is hier toegelaten. Artikel 30 van de Grondwet waarborgt dan ook een absolute vrijheid in de private sfeer en kan worden beschouwd als een absoluut afweerrecht ten aanzien van overheidsinmenging.¹⁶⁸

Sommige rechtsleer zoekt de grondslag voor taalvrijheid in de private sfeer in andere bepalingen van de Grondwet, zoals de individuele vrijheid (art. 12, eerste lid GW), de vrijheid van meningsuiting (art. 19 GW) en de persvrijheid (art. 25 GW).¹⁶⁹ J. CLEMENT beklemtoont evenwel dat voor zover deze interpretatie impliceert dat de taalvrijheid in de private sfeer aan beperkingen kan worden onderworpen, ze de eigenheid van artikel 30 van de Grondwet miskent.¹⁷⁰

In zoverre deze redenering wordt gevolgd, biedt de Grondwet (op papier) een juridische meerwaarde ten aanzien van de internationale mensenrechteninstrumenten. Zo heeft de ECRM uit het artikel 10 van het EVRM afgeleid dat particulieren binnen hun vrijheid van meningsuiting de taal kunnen kiezen waarin zij hun mening uiten.¹⁷¹ Artikel 10, §2 van het EVRM laat evenwel beperkingen toe op de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd in artikel 10, §1. Al kan uit de rechtspraak van Commissie worden afgeleid dat Staten het vrij gebruik van talen in de private sfeer niet mogen verhinderen.¹⁷² Eenzelfde conclusie kan worden getrokken uit de interpretatie van het VN Comité betreffende artikel 19 BUPO. In de zaak McIntyre t. Canada oordeelde het Comité dat een verbod in Québec op het gebruik van het Engels op commerciële uithangborden een schending was van de vrijheid van meningsuiting.¹⁷³

¹⁶⁸ J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten: het Belgisch model: een constitutionele zoektocht naar de oorsprong van het territorialiteitsbeginsel en de minderheidsrechten in de bestuurstaalwetgeving*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 746; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 589.

¹⁶⁹ J. VELAERS, *Het gebruik van de talen (art. 4, 30, 129 en 130 G.W.)*, Brugge, die Keure, 2001, 50; J. VELAERS en M. ADAMS, "Taalrechten taalvrijheden en taaldwang in de multiculturele samenleving" in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, (169) 175; J. DELFOSSE, *L'emploi des langues dans les assemblées communales: le cas des communes périphériques*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1982, 20.

¹⁷⁰ J. CLEMENT, "De taalvrijheid in de Grondwet. Ontwaakt de schone slaapster?", (17) 19.

¹⁷¹ ECRM 26 juli 1963, nr. 1474/62, Inwoners van Sint-Pieters Leeuw/België; ECRM 26 juli 1963, nr. 1769/63; zie: F. DE VARENNES, *Language, minorities and human rights*, Den Haag, Nijhoff, 1996, 42.

¹⁷² J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten: het Belgisch model: een constitutionele zoektocht naar de oorsprong van het territorialiteitsbeginsel en de minderheidsrechten in de bestuurstaalwetgeving*, 722.

¹⁷³ VN Comité voor de Rechten van de Mens 31 maart 1993, nr. 359/1989 en nr. 385/1989, Ballantyne, Davidson en McIntyre/Canada.

2.3.2. Vrijheid van taalgebruik in de publieke sfeer

Volgens artikel 30 van de Grondwet mag het taalgebruik wel worden geregeld voor de publieke sfeer, met name voor handelingen van het openbaar gezag en de gerechtszaken. Sedert de staatshervorming in 1970 kunnen de Vlaamse en de Franse Gemeenschap het taalgebruik regelen voor bestuurszaken, het onderwijs en het bedrijfsleven op grond van artikel 129 van de Grondwet. De Duitstalige gemeenschap heeft enkel de bevoegdheid tot regelen van het taalgebruik voor het onderwijs. Hierdoor is de mogelijkheid om taalgebruik te regelen in de publieke sfeer sterk verruimd. De bevoegdheid om het taalgebruik te regelen in het vrije onderwijs en het bedrijfsleven, heeft deze privaatrechtelijke domeinen qua regeling van taalgebruik in de publieke sfeer gebracht.¹⁷⁴

Volgens het Grondwettelijk Hof omvat de term ‘regelen’ in artikel 129 van de Grondwet zowel het opleggen van het gebruik van een bepaalde taal, als het verbod van het gebruik van een bepaalde taal, als het verbod het gebruik van een bepaalde taal te verbieden.¹⁷⁵ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER nemen aan dat dit ook geldt voor de artikelen 30 en 130 van de Grondwet.¹⁷⁶ Bij deze regeling moet de wetgever rekening houden met de taalverscheidenheid die verankerd is in artikel 4 van de Grondwet, dat vier taalgebieden vastlegt.¹⁷⁷ Artikel 4 van de Grondwet vormt dan ook de grondwettelijke waarborg van de voorrang van de taal van het eentalige gebied of van het tweetalige karakter van het gebied.¹⁷⁸

Hieruit blijkt een collectiefrechtelijke benadering. Vlamingen en Franstaligen hebben recht op gebruik van de eigen taal in bestuurszaken en in het onderwijs, dat verbonden is aan het grondgebied. Vlamingen kunnen zichzelf besturen via het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap. Deze groepsrechten worden evenwel door individuen uitgeoefend. Zo heeft een Vlaming recht om op de Antwerpse stadsdienst in het Nederlands te worden verder geholpen. Wanneer hij evenwel naar Luik verhuist, verliest hij het groepsrecht – dat verbonden is aan het taalgebied – om in het Nederlands te worden bediend door de stadsdienst. Deze groepsrechten worden ook uitgedrukt door de taalpariteit in de Ministerraad en de hoogste rechtscolleges.¹⁷⁹ Door middel van het territorialiteitsbeginsel, uitgedrukt in artikel 4 van de Grondwet,¹⁸⁰ worden de taalrechten in de publieke sfeer van de verschillende taalgroepen in België beschermd. Volgens J.A. LAPONCE en J. CLEMENT komt het

¹⁷⁴ A. ALEN in een interview, zie: R. BONE en I. MORIAU, “Taaleisen op de rooster: interview met Stefan Sottiaux en André Alen”, *Juristenkrant* 29 april 2009, (6) 6.

¹⁷⁵ Arbitragehof 26 maart 1986, nr. 17, 3.B.4.b.

¹⁷⁶ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 592.

¹⁷⁷ Arbitragehof 21 juni 2006, nr. 101/2006, B.10; Grondwettelijk Hof 16 september 2010, nr. 98/2010, B.4.1.

¹⁷⁸ Arbitragehof 26 maart 1986, nr. 17, 3.B.6.

¹⁷⁹ E. BREMS, “Vlaamse taalvereisten getoetst aan internationale mensenrechtenverdragen”, (1) 6.

¹⁸⁰ A. ALEN en R. ERGEC, “Het territorialiteitsbeginsel in de Belgische en de Europese rechtspraak. Een poging tot synthese”, *RW* 1998-99, (417) 417.

territorialiteitsbeginsel neer op het creëren van een taalkundige *security area*, waarbinnen een taalgroep haar taal en cultuur ten volle kan ontwikkelen.¹⁸¹

Het EVRM bevat geen uitdrukkelijke bepaling over de vrijheid van taalgebruik, bovendien omvat de vrijheid van meningsuiting niet het recht om de taal van zijn keuze te gebruiken in bestuurszaken¹⁸² of om als verkozenen de taal van zijn keuze te gebruiken om te spreken en te stemmen in een assemblee, zoals een gemeenteraad.¹⁸³ Artikel 14 EVRM biedt evenwel een belangrijke bescherming. Dit artikel bepaalt dat discriminatie op grond van taal in het genot van de rechten en vrijheden gewaarborgd in het EVRM verboden is.

Het is op grond van artikel 14 EVRM dat het EHRM de verenigbaarheid van de Belgische taalwetgeving en meer bepaald de hoeksteen ervan, het territorialiteitsbeginsel, met het EVRM heeft beoordeeld.¹⁸⁴ In twee arresten heeft het Straatsburgse Hof het territorialiteitsbeginsel, op enkele details na, in overeenstemming bevonden met het EVRM. Het streven naar taaleenheid, of volgens J. CLEMENT een taalkundige *security area*, lijkt volgens het Hof legitiem. Deze arresten bieden evenwel geen garantie dat het territorialiteitsbeginsel in al zijn toepassingen overeind zal blijven onder invloed van nieuwe ontwikkelingen in het internationaal recht.

2.3.3. *Internationale minderheidsrechten: een ondermijning van de Belgische grondwettelijke specificiteit inzake collectieve taalrechten ?*

Op internationaal niveau kon geen consensus gevonden worden voor collectieve minderheidsrechten uit vrees voor onafhankelijkheidsaanspraken. Minderheidsrechten zijn op dit niveau dan ook enkel beschermd als individuele rechten, behalve voor inheemse volkeren. Over het verschil tussen individuele rechten en groepsrechten inzake taal stelt E. BREMS het volgende. “Enerzijds moet men de tweedeling individuele rechten/groepsrechten niet als een te sterke dichotomie zien. Individuele rechten kunnen op legitieme wijze beperkt worden omwille van de bescherming van collectieve belangen. En collectieve rechten mogen de rechten van individuen (zowel binnen de eigen groep als daarbuiten) niet te zeer beperken. Maar anderzijds krijg je vanuit verschillende vertrekpunten ook verschillende dynamieken, waardoor het onvermijdelijk is dat er tussen het Belgische of Vlaamse discours enerzijds en

¹⁸¹ Zie J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten: het Belgisch model: een constitutionele zoektocht naar de oorsprong van het territorialiteitsbeginsel en de minderheidsrechten in de bestuurstaalwetgeving*, 815-816.

¹⁸² ECRM 15 juli 1965, nr. 2333/64, inwoners van Sint-Pieters-Leeuw/België; ECRM 1 oktober 1965, nr. 2145/64, X/België (het gebruik van talen door de bestendige deputatie in een belastingszaak); ECRM 13 juli 1970, nr. 4137/69, X/Ierland (m.b.t. de taal waarin een formulier voor sociale tegemoetkoming was gesteld).

¹⁸³ ECRM 17 mei 1985, nr. 10650/83, Clerfayt, Legros, e.a./België.

¹⁸⁴ EHRM 23 juli 1968, Belgische taalzaak; EHRM 2 maart 1987, nr. 9267/81, Mathieu-Mohin en Clerfayt/België; zie ook: ECRM 8 september 1997, nr. 27120/95, Clerfayt e.a./België.

het internationale mensenrechtendiscours anderzijds misverstanden en botsingen optreden.”¹⁸⁵

E. BREMS concludeert terecht dat “ook al sluit België zich niet aan bij een aantal verdragen die uitgebreid ingaan op individuele taalrechten van leden van minderheidsgroepen, dan nog zijn die botsingen niet te vermijden omwille van het grote aantal andere rechtenbepalingen, zoals non-discriminatie en vrijheid van meningsuiting, die op dit domein van toepassing zijn.”¹⁸⁶ Zolang dergelijke ‘botsingen’ enkel op het niveau van niet-bindende toezichtssystemen plaatsvinden, zal hun invloed waarschijnlijk beperkt blijven. Indien zo’n ‘botsingen’ hun uitwerking zouden vinden in een arrest van het EHRM, kunnen de gevolgen voor de Belgische taalregeling daarentegen veel ernstiger zijn.

a. Artikel 27 BUPO

Artikel 27 BUPO waarborgt de bescherming van (taal)minderheden en heeft directe werking in België. Dit artikel bepaalt: “In Staten waar zich etnische, godsdienstige of linguïstische minderheden bevinden, mag aan personen, die tot die minderheden behoren niet het recht worden ontzegd, in gemeenschap met de andere leden van hun groep, hun eigen cultuur te beleven, hun eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen, of zich van hun eigen taal te bedienen.”

Het BUPO werd door België ondertekend in 1968, maar pas goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981.¹⁸⁷ De vrees bestond immers dat het verdrag zou worden aangegrepen om het territorialiteitsbeginsel in het gedrang te brengen.¹⁸⁸ In tegenstelling tot Frankrijk¹⁸⁹ formuleerde de Belgische regering evenwel geen voorbehoud of verklaring bij artikel 27 BUPO. Regionale linguïstische minderheden, zoals Engelstaligen in Quebec, vallen volgens het Comité voor de Rechten van de Mens¹⁹⁰ evenwel niet onder de beschermingsfeer van artikel 27 BUPO.

Het artikel 27 BUPO werd drie keer aangegrepen voor het Grondwettelijk Hof om taalwetgeving gehuldigd in het territorialiteitsbeginsel via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet aan een grondwettigheidsonderzoek te onderwerpen.¹⁹¹ Het Grondwettelijk Hof besloot in geen van de gevallen dat er op

¹⁸⁵ E. BREMS, “Vlaamse taalvereisten getoetst aan internationale mensenrechtenverdragen”, (1) 7.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *BS* 6 juli 1983.

¹⁸⁸ J. THEUNIS, *De bescherming van minderheden in het internationaal en nationaal recht: recente ontwikkelingen*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 70-71.

¹⁸⁹ “In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned.”

¹⁹⁰ VN Comité voor de Rechten van de Mens 31 maart 1993, nr. 359/1989 en nr. 385/1989, Ballantyne, Davidson en McIntyre/Canada.

¹⁹¹ Arbitragehof 22 december 1994, nr. 90/94; Arbitragehof 10 maart 1998, nr. 26/98; Arbitragehof 24 juni 2003, nr. 88/2003.

discriminerende wijze afbreuk werd gedaan aan de rechten vervat in artikel 27 BUPO.

Een enkele keer werd artikel 27 BUPO aangegrepen door de Franstalige Gemeenschap om een bestreden begrotingsbepaling, die de Franse Gemeenschapsregering machtigde tot het verlenen van steun voor de Franstalige verenigingen van de randgemeenten, te kunnen rechtvaardigen als een bepaling ter verzekering en bevordering van de culturele ontplooiing van de Franstalige minderheden in het Nederlandse taalgebied. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat dit geen maatregel was ter bevordering van de cultuur door de Franse Gemeenschap, maar daarentegen een maatregel was ter bescherming van de in die gemeenten gevestigde Franstalige minderheid, wat niet binnen de bevoegdheid van de Franstalige Gemeenschap viel. Het komt volgens het Hof elke wetgever toe, binnen de eigen bevoegdheidssfeer, de bescherming van minderheden te verzekeren onder meer ter naleving van artikel 27 BUPO.¹⁹² Zo werd deze uitzondering op het territorialiteitsbeginsel ‘ter bescherming van de taalminderheden’ vernietigd door het Hof.

In het eerste arrest dat het Grondwettelijk Hof velde over artikel 27 BUPO, sloeg het Hof de definiëring van minderheden over. Het besloot dat de door de verzoekers bedoelde minderheden, met name Franstaligen in het administratief arrondissement Halle-Vilvoorde en de Nederlandstaligen in het arrondissement Brussel-Hoofdstad, in het licht van de waarborgen verleend door artikel 27 BUPO niet ongelijk werden behandeld op het vlak van kiesrecht voor de Gemeenschapsraden.¹⁹³ Uit dit arrest kunnen dan ook moeilijk gevolgen getrokken worden met betrekking tot het begrip ‘minderheden’.

Daarnaast gaf het Hof impliciet een zeer ruim materieel toepassingsgebied aan artikel 27 BUPO. Op het internationaal niveau wordt aanvaard dat uit artikel 27 BUPO geen recht voortvloeit om de minderheidstaal te gebruiken ten aanzien van bestuursinstellingen.¹⁹⁴ Toch neemt het Grondwettelijk Hof aan dat een beperking op het gebruik van de minderheidstaal door Franstalige overheidsmandatarissen bij de eedaflegging in het Vlaamse Gewest, een (niet kennelijk onredelijke) beperking is van het recht om met de andere leden van zijn groep zich van de eigen taal te bedienen, gewaarborgd door artikel 27 BUPO.¹⁹⁵

Het tweede arrest betrof het taalgebruik van de burgemeester en schepenen in de gemeenteraad van de randgemeente Linkebeek. Artikel 23 van de Wet Taalgebruik Bestuurszaken verbood de burgemeester en schepenen een agendapunt van de gemeenteraadszitting in te leiden of toe te lichten in een andere taal dan het Nederlands of in een andere taal te antwoorden op

¹⁹² Arbitragehof 3 oktober 1996, nr. 54/96.

¹⁹³ Arbitragehof 22 december 1994, nr. 90/94, B.4.14.

¹⁹⁴ J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten: het Belgisch model: een constitutionele zoektocht naar de oorsprong van het territorialiteitsbeginsel en de minderheidsrechten in de bestuurstaalwetgeving*, 729.

¹⁹⁵ Arbitragehof 22 december 1994, nr. 90/94, B.4.22.-24.

interventies van gemeenteraadsleden. Deze bepaling deed volgens de gemeente Linkebeek op discriminatoire wijze afbreuk aan artikel 27 BUPO. Het Grondwettelijk Hof stelde evenwel dat artikel 27 BUPO geen betrekking heeft op het taalgebruik door administratieve overheden.¹⁹⁶ Volgens S. VAN DROOGHENBROEK en J. CLEMENT wijst dit arrest op een ommekeer in de rechtspraak, waarbij het Hof zich nu aansluit bij de internationaal aanvaarde interpretatie van het toepassingsgebied van artikel 27 BUPO.¹⁹⁷

Het Grondwettelijk Hof oordeelde in een derde arrest dat de decretale verplichting om 75% van het budget van de gemeentelijke openbare bibliotheek aan Nederlandstalige publicaties te besteden om voor subsidiëring door de Vlaamse Gemeenschap in aanmerking te komen, niet op discriminerende wijze afbreuk doet aan het recht van de Franstalige inwoners van de gemeente Sint-Genesius-Rode om in gemeenschap met de andere leden van hun groep hun eigen cultuur te beleven. Volgens het Hof wordt dit verantwoord doordat de gemeente Sint-Genesius-Rode in het Nederlandse taalgebied is gelegen. 75% kan bovendien niet worden beschouwd als onevenredig ten opzichte van het nagestreefde doel.¹⁹⁸

Belangrijk om te vermelden is dat het Hof in dit arrest uitdrukkelijk stelde dat artikel 14 EVRM en artikel 26 BUPO niets toevoegen aan het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁹⁹ Het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel worden dus op een volstrekt analoge wijze gewaarborgd in de grondwettelijke catalogus van grondrechten en in de verdragen.²⁰⁰ Door *in casu* geen Europese appreciatiemarge te bieden aan de wetgever, maar een afweging te maken in het licht van de nationale specificiteit en gevoeligheden, kan het Grondwettelijk Hof toetsend aan het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel een meerwaarde bieden ten aanzien van de Europese rechter en een eigen grondrechtendynamiek uitbouwen (zie afdeling III.B.4.).

Het Grondwettelijk Hof heeft niet veel moeite om artikel 27 BUPO te verzoenen met het territorialiteitsbeginsel. In de eerste plaats komt het volgens het Hof elke wetgever toe om (enkel) binnen de eigen bevoegdheidssfeer de bescherming van minderheden te verzekeren, onder meer ter naleving van artikel 27 BUPO. Daarnaast weegt het territorialiteitsbeginsel zwaar door bij de beoordeling of de bestreden bepaling op discriminatoire wijze afbreuk doet aan de rechten gewaarborgd in artikel 27 BUPO. De tekst van artikel 27 BUPO

¹⁹⁶ Arbitragehof 10 maart 1998, nr. 26/98.

¹⁹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK en O. DE SCHUTTER, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national. Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Brussel, Larcier, 1999, 572; J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten: het Belgisch model: een constitutionele zoektocht naar de oorsprong van het territorialiteitsbeginsel en de minderheidsrechten in de bestuurstaalwetgeving*, 731.

¹⁹⁸ Arbitragehof 24 juni 2003, nr. 88/2003.

¹⁹⁹ *Ibid.*, B.5.1.

²⁰⁰ Zie J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", (297) 304.

biedt bovendien voldoende ruimte voor een nationaal specifieke interpretatie. Het Grondwettelijk Hof heeft in geen van zijn arresten uitdrukkelijk de nationale linguïstieke minderheden in België omschreven. Het nader onderzoeken van het begrip ‘minderheid’ in artikel 27 BUPO is waarschijnlijk politiek gezien een te hachelijke onderneming. Toch slaagt het Grondwettelijk Hof erin om artikel 27 BUPO een nationale grondrechtendynamiek te geven.

b. Het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden

Naast artikel 27 BUPO, wordt ook het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden aangezien als een bedreiging van de Belgische taalwetgeving, die gebaseerd is op het territorialiteitsbeginsel. Het Kaderverdrag is het meest omvattende mensenrechteninstrument in zijn genre en bepaalt op algemene wijze minimumrechten waaraan de behandeling van nationale minderheden moeten voldoen. Het Kaderverdrag maakt deel uit van het pakket van maatregelen die moeten worden genomen om lid te worden van de Raad van Europa. België staat onder zware druk van de Raad van Europa om het Kaderverdrag te ratificeren. Zo bezochten D. COLUMBERG²⁰¹ in 1998 en L. NABHOLZ-HAIDEGGER²⁰² in 2002 België en nam de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa al twee resoluties aan waarin België wordt aangemaand het verdrag te ratificeren.²⁰³ Op dit moment hebben enkel Andorra, Frankrijk, Monaco en Turkije het Kaderverdrag niet ondertekend. België, Griekenland, IJsland en Luxemburg hebben het verdrag wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd.

De ondertekening van het Kaderverdrag gebeurde op 24 juli 2001 in het kader van de Lambermont-akkoorden waarbij de Franstalige christendemocraten hun steun toezegden in ruil voor de ondertekening van het Kaderverdrag. Een ratificatie van het Kaderverdrag staat evenwel nog niet voor de deur, aangezien er zelfs nog geen eensgezindheid is over het begrip ‘nationale minderheid’.²⁰⁴

Aan Vlaamse zijde vreest men de afbrokkeling van het territorialiteitsbeginsel. In de woorden van J. VELAERS: “Het beginsel ‘streektaal is bestuurstaal’ impliceert immers dat de anderstalige burger zich niet op minderheidsrechten beroept, doch integendeel zich aanpast en, als blijk van zijn integratiewil, zich in de publieke relaties bedient van de taal van het gebied. [...] De ongelijke behandeling wordt verantwoord als een middel dat een doelstelling van

²⁰¹ A. ALEN en P. PETERS, “Het Rapport Columberg namens de Raad van Europa en de Belgische taalwetgeving: een storm in een glas water”, *TBP* 1999, 387-393.

²⁰² J. WOUTERS en D. VAN ECKHOUTTE, *De Nabholz-resolutie van de Raad van Europa: Much Ado About Nothing?*, <https://www.law.kuleuven.be/ir/nl/onderzoek/opinies/JWenDVEminderheden.pdf>, 4p.

²⁰³ Resolutie 26 september 2002, nr. 1301; Resolutie 4 oktober 2006, nr. 1766.

²⁰⁴ Zie J. VELAERS, “Het Kaderverdrag tot bescherming van de nationale minderheden: een ‘non possumus’ voor Vlaanderen?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Taaleisen juridisch getoetst*, Mechelen, Kluwer, 2009, (103) 103.

algemeen belang dient: de homogeniteit van de taalgebieden, het historische compromis waarmee in België de zgn. taalstrijd werd beslecht.²⁰⁵ De ratificatie van het Kaderverdrag zou die verantwoording kunnen ondermijnen aangezien het Kaderverdrag opteert voor persoonsgebonden rechten en niet voor plaatsgebonden rechten. Zo stelt het Raadgevend Comité expliciet dat “*a strict application of the criteria of territoriality could undermine efforts to ensure the preservation of the language and identity of minorities.*”²⁰⁶ Het Kaderverdrag beoogt evenwel niet rechten toe te kennen die individueel afdwingbaar zijn. De meeste bepalingen hebben in beginsel geen rechtstreekse werking en zijn vooral programmatisch bedoeld.²⁰⁷ Het Grondwettelijk Hof heeft echter reeds erkend dat rechtstreekse werking geen vereiste is voor toetsing in het objectief contentieus.²⁰⁸ Zo stelde het Hof in arrest nr. 106/2003: “Het Hof, dat bevoegd is om te oordelen of een wettelijke norm de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, moet, wanneer het wordt ondervraagd over een schending van die bepalingen, in samenhang gelezen met een internationaal verdrag, niet nagaan of dat verdrag een rechtstreekse werking in de interne rechtsorde heeft, maar het moet oordelen of de wetgever niet op discriminerende wijze de internationale verbintenissen van België heeft miskend.”²⁰⁹ Deze bepalingen kunnen dus een weerslag hebben op de toepassing van het discriminatieverbod.

Het is immers denkbaar dat de Europese of de nationale rechter rekening houdt met het Kaderverdrag - dat de taalpluraliteit van minderheden wil beschermen - wanneer hij een bepaling toetst aan het discriminatieverbod. Zo zou het Vlaams decreet van 25 januari 1995 betreffende de radio-omroep en de televisie in samenhang met artikel 9 van het Kaderverdrag²¹⁰ als

²⁰⁵ *Ibid.*, (103) 105; zie ook: R. ERGEC, Y. LEJEUNE, L. NEYKEN, J.-C. SCHOLSEM, R. SENELLE, E. SUY en J. VELAERS, “Raamverdrag over de bescherming van de Nationale Minderheden (Raad van Europa)”, *CDPK* 1998, (491) 498, 500-501.

²⁰⁶ Advisory Committee, second opinion on Austria, 11 juni 2008, nr. 32.

²⁰⁷ Verklarend Rapport, nr. 11, 29; zie ook: J. VELAERS, “Het Kaderverdrag tot bescherming van de nationale minderheden: een ‘non possumus’ voor Vlaanderen?”, (103) 105-106; R. ERGEC, Y. LEJEUNE, L. NEYKEN, J.-C. SCHOLSEM, R. SENELLE, E. SUY en J. VELAERS, “Raamverdrag over de bescherming van de Nationale Minderheden (Raad van Europa)”, (491) 499-500.

²⁰⁸ Zie ook: J. WOUTERS en D. VANECKHOUTTE, *Doorwerking van internationaal recht voor Belgische hoven en rechtbanken*, 2005, <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP86n.pdf>, 52-55.

²⁰⁹ Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, B.4.2.

²¹⁰ Article 9: “(1) [...] The Parties shall ensure, within the framework of their legal systems, that persons belonging to a national minority are not discriminated against in their access to the media. (2) Paragraph 1 shall not prevent Parties from requiring the licensing, without discrimination and based on objective criteria, of sound radio and television broadcasting, or cinema enterprises. (3) The Parties shall not hinder the creation and the use of printed media by persons belonging to national minorities. In the legal framework of sound radio and television broadcasting, they shall ensure, as far as possible, and taking into account the provisions of paragraph 1, that persons belonging to national minorities are granted the possibility of creating and using their own media. (4) In the framework of their legal systems, the Parties shall adopt adequate measures in order to facilitate access to the media for persons belonging to national minorities and in order to promote tolerance and permit cultural pluralism.”

discriminerend kunnen worden bestempeld, aangezien het de erkenning van particuliere radio-omroepen en regionale tv-omroepen afhankelijk stelt van het uitzenden in de Nederlandse taal.²¹¹ Volgens de Raad van State, afdeling wetgeving, is de regelgeving omtrent het taalgebruik in culturele zaken evenwel nu al ongrondwettig. Het taalgebruik in culturele zaken is immers vrij. Noch op grond van artikel 30, noch op grond van artikel 129 van de Grondwet kan het taalgebruik van de pers of van de private radio en televisie worden geregeld.²¹²

Daarnaast waarborgt artikel 10 van het Kaderverdrag²¹³ het taalgebruik in private verhoudingen. Een discriminatie zou dan ook kunnen worden gezien in het verbod om een andere taal dan deze van het taalgebied te gebruiken in het bedrijfsleven.

Artikel 15²¹⁴ waarborgt het recht om deel te nemen aan overheidszaken. Het Raadgevend Comité heeft tot nu toe hieruit niet het recht voor vertegenwoordigers van minderheden afgeleid om in de eigen taal deel te nemen aan de beraadslagingen van de vergaderingen van verkozen volksvertegenwoordigers. Indien evenwel het Raadgevend Comité na verloop van tijd uit artikel 15 het recht afleidt om de minderheidstaal te gebruiken in lokale gemeenteraden en het EHRM deze interpretatie volgt, zou dit op gespannen voet staan met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (ten aanzien van de tussenkomsten van de burgemeesters en schepenen)²¹⁵ en de Raad van State^{216 217}.

De invloed van het Kaderverdrag is voelbaar in de rechtspraak van het EHRM. Reeds zeventien arresten vermelden het Kaderverdrag. Bij het maken en het verantwoorden van een onderscheid beschikken de Staten volgens het EHRM over een zekere appreciatiemarge, zeker bij nationaal specifieke situaties. Deze marge wordt evenwel kleiner als bij de beoordeling van de proportionaliteit een ‘Europese consensus’ lijkt te bestaan omtrent het ‘onaanvaardbaar

²¹¹ J. VELAERS, “Het Kaderverdrag tot bescherming van de nationale minderheden: een ‘non possumus’ voor Vlaanderen?”, (103) 126; R. ERGEC, Y. LEJEUNE, L. NEYKEN, J.-C. SCHOLSEM, R. SENELLE, E. SUY en J. VELAERS, “Raamverdrag over de bescherming van de Nationale Minderheden (Raad van Europa)”, (491) 499-501.

²¹² J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, 215.

²¹³ Article 10: “(1) The Parties undertake to recognise that every person belonging to a national minority has the right to use freely and without interference his or her minority language, in private and in public, orally and in writing.”

²¹⁴ Article 15: “The Parties shall create the conditions necessary for the effective participation of persons belonging to national minorities in cultural, social and economic life and in public affairs, in particular those affecting them.”

²¹⁵ Arbitragehof 10 maart 1998, nr. 26/98.

²¹⁶ RvS 23 maart 1999, nr. 79.431, Wezembeek Oppem/Vlaams Gewest.

²¹⁷ Zie J. VELAERS, “Het Kaderverdrag tot bescherming van de nationale minderheden: een ‘non possumus’ voor Vlaanderen?”, (103) 138; R. ERGEC, Y. LEJEUNE, L. NEYKEN, J.-C. SCHOLSEM, R. SENELLE, E. SUY en J. VELAERS, “Raamverdrag over de bescherming van de Nationale Minderheden (Raad van Europa)”, (491) 501.

karakter' van een bepaald onderscheid.²¹⁸ In Chapman t. VK stelde het Hof in 2001 dat er een opkomende internationale consensus tussen de lidstaten van de Raad van Europa bestaat over het erkennen van de speciale behoeften van minderheden en de verplichting om hun veiligheid, identiteit en levensstijl te beschermen. Niet alleen om de belangen van de minderheden zelf te beschermen, maar ook om de culturele diversiteit van de gehele samenleving te bewaren. Toch was het Hof nog niet overtuigd dat de consensus voldoende concreet was om er enige richtlijn uit af te leiden ten aanzien van de standaarden die lidstaten in een bepaalde situatie wenselijk achten.²¹⁹ Tot nu toe is het Hof hier nog niet op terug gekomen. Staten beschikken dus nog steeds over een vrij ruime marge van appreciatie ten aanzien van minderheidsrechten.

Sinds het arrest Chapman is het Kaderverdrag van kracht geworden in zeven lidstaten en is de adviespraktijk van het Raadgevend Comité op bepaalde punten verduidelijkt. Zoals de onverenigbaarheid van een strikte toepassing van het territorialiteitsbeginsel met het Kaderverdrag. Dit wordt duidelijk bij het nalezen van de opinies van het Comité over de Zwitserse taalregeling.

Zwitserland waarborgt het personaliteitsbeginsel wel op federaal niveau, maar op kantonaal en infrakantonaal niveau geldt het territorialiteitsbeginsel. Het Kanton Bern voorziet bijvoorbeeld erin dat de onderwijstaal in privéscholen die verplicht onderwijs aanbieden, bepaald wordt door het territorialiteitsbeginsel en dat enkel uitzonderlijk les mag worden gegeven in een andere taal. Het Raadgevend Comité acht deze beperkingen problematisch vanuit het oogpunt van artikel 13 van het Kaderverdrag²²⁰ voor zover ze het oprichten van privéscholen verhinderen die onderwijs geven in een minderheidstaal buiten haar traditionele vestiging.²²¹

Elke versoepeling van het territorialiteitsbeginsel in Zwitserland wordt door het Comité onthaald als een positieve ontwikkeling. Het Comité moedigt de Zwitserse overheden dan ook aan om het territorialiteitsbeginsel (verder) te relativeren en zo pragmatisch mogelijk toe te passen.²²²

²¹⁸ G. GOEDERTIER, "Artikel 14: Verbod van discriminatie" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (127) 169, 177.

²¹⁹ EHRM 18 januari 2001, nr. 27238/95, Chapman/Verenigd Koninkrijk, nr. 93-94.

²²⁰ *Article 13: 1. Within the framework of their education systems, the Parties shall recognise that persons belonging to a national minority have the right to set up and to manage their own private educational and training establishments. 2. The exercise of this right shall not entail any financial obligation for the Parties.*

²²¹ Advisory Committee, First opinion on Switzerland, 20 februari 2003, nr. 65-66.

²²² Advisory Committee, First opinion on Switzerland, 20 februari 2003, nr. 22; Advisory Committee, second opinion on Switzerland, 29 februari 2008, bijv. nr. 25 (onder de hoofding 'Present situation' en afdeling 'Positive developments'): "Domestic case-law and reported practice suggest that permissions to receive primary education in a minority language, which is not the official language of the municipality where the pupil resides, have been granted more easily in recent years. This indicates that even though Switzerland continues to attach great importance to the traditional territorial distribution of languages, the principle of territoriality is

Het gedachtegoed van persoonsgebonden minderhedenbescherming zal zich naar alle waarschijnlijkheid voortzetten in de rechtspraak van het EHRM. Ook al blijft het giswerk naar de ware impact van dit gedachtegoed op de Belgische taalwetgeving, toch is het niet ondenkbaar dat in de toekomst een strikte toepassing van het territorialiteitsbeginsel op Europees niveau niet meer zal aanvaard worden, zeker indien België het Kaderverdrag ratificeert.²²³ Al is het belangrijk te benadrukken dat een ratificatie van een internationaal verdrag door de gedaagde staat niet vereist is voor het EHRM om te besluiten tot een verenging van de marge van appreciatie door het bestaan van een Europese *common ground*. Het is voldoende voor het Hof dat de relevante internationale instrumenten wijzen op een progressieve evolutie in de normen en principes toegepast in het internationaal recht of in het nationaal recht van de meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa en dat ze tonen, in een specifiek domein, dat er een *common ground* is in moderne maatschappijen.²²⁴ *In casu* kan een dergelijke trend binnen de Raad van Europa moeilijk worden ontkend. De vraag rijst dan of het Grondwettelijk Hof een dergelijke evolutie mee zou volgen dan wel een bepaalde constitutionele kern zou afschermen van Europese invloed.

c. Besluit

De grote onvoorspelbaarheid van het Europees consensusmodel²²⁵ verhindert om met enige zekerheid voorspellingen te maken ten aanzien van de Belgische taalregeling.²²⁶ Waar wel zekerheid over bestaat, is dat *als* het EHRM een Europese consensus vaststelt, het slechts in uitzonderlijke gevallen de positie van een minderheidspartij beschermt.²²⁷ Dit valt te betreuren. Het behoort immers niet tot de taken van het Hof om uniformiteit voor te schrijven. Het Hof moet - binnen bepaalde grenzen - de culturele, ideologische en juridische diversiteit die Europa karakteriseert, respecteren.²²⁸ Dit impliceert uiteraard ook het respecteren van een unieke regeling in een land, ook al stemt die niet

being applied somewhat more pragmatically, at least on the language border in the cantons of Fribourg, Bern and Valais."

²²³ Zie in dezelfde zin: J. VELAERS, "Het Kaderverdrag tot bescherming van de nationale minderheden: een 'non possumus' voor Vlaanderen?", (103) 144-145.

²²⁴ EHRM 12 november 2008, nr. 34503/97, Demir en Baykara/Turkije, nr. 67-86 (zie hier ook de verwijzingen naar andere rechtspraak). Voor een kritische evaluatie, zie: H. SENDEN, "Het gebruik van niet-geratificeerde internationale instrumenten voor de interpretatie van het EVRM" (noot onder EHRM 12 november 2008, Demir en Baykara/Turkije), *NJCM Bulletin* 2009, 421-427.

²²⁵ Over de incoherentie en onvoorspelbaarheid: E. BJORGE, "National supreme courts and the development of ECHR rights", 9-13.

²²⁶ Zie ook: J. GERARDS, "Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens", (93) 112-121.

²²⁷ Zie: *Ibid.*, (93) 119. Waarbij J. GERARDS verwijst naar de zaak F t. Zwitserland (EHRM 18 december 1987, F/Zwitserland) waar het Hof rekening hield met het feit dat een culturele en historische situatie in een land een uitzonderingspositie kan rechtvaardigen. Recentere voorbeelden lijken er evenwel niet te zijn.

²²⁸ F. MATSCHER, "Methods of interpretation of the Convention", (63) 75.

overeen met een internationaalrechtelijke tendens of *common ground*. Zo stelde W. HALLSTEIN reeds in 1964: “*what we need is not a streamlined Europe; rather, the preservation of the marvellous richness and inexhaustible variety of our continent must remain a goal as important as that of integration.*”²²⁹ Hopelijk houdt het Hof deze gedachte in het achterhoofd bij een eventuele toekomstige beoordeling van de Belgische taalregeling.

De Belgische taalregeling verdient niet alleen een ruime marge van appreciatie omwille van haar uniciteit, maar ook omdat ze op het nationale niveau adequater kan worden getoetst. Het Grondwettelijk Hof biedt immers door zijn nationaal karakter en bijzondere waarborgen een beter mensenrechtelijk platform om de Belgische taalregeling te beoordelen. Rechters van het Grondwettelijk Hof voelen veel beter de nationale politieke geladenheid en complexiteit van de Belgische taalregeling aan, zeker aangezien de helft uit voormalige parlementsleden bestaat. Daarnaast zetelt het Hof in een tweetalige samenstelling wat voor een belangrijk communautair evenwicht zorgt. Volgens het subsidiariteitsbeginsel zijn de nationale wetgever en de nationale grondwettelijke rechter dan ook beter geplaatst om te beslissen om al dan niet de internationale evolutie tot het versoepelen van het territorialiteitsbeginsel (verder) te laten doorsijpelen. Hiervoor zal de nationale grondwettelijke rechter evenwel in een communautair gevoelig dossier uit de schaduw van de Europese rechter moeten (durven) treden. Dit hoeft niet noodzakelijkerwijs negatief uit te draaien. Zoals reeds hierboven beschreven, houdt het EHRM ernstig rekening met grondig gemotiveerde arresten van de hoogste rechterlijke hoven. Het Hof zal dan ook goede redenen moeten aanbrengen om hier tegenin te gaan.²³⁰ Indien het EHRM toch een arrest zou vellen dat onverenigbaar is met de Belgische taalregeling, zou het Grondwettelijk Hof dan ook een wijziging van een bepaalde interpretatie van EVRM rechten door het EHRM kunnen voorstellen, waardoor er een actieve coördinatie kan ontstaan tussen het EHRM en het Grondwettelijk Hof.²³¹

2.4. HET KLASSIEK BELGISCH BEPERKINGSSYSTEEM

Het klassiek Belgisch beperkingssysteem biedt enkele juridische meerwaardes ten opzichte van de internationale verdragen. Ten eerste, door het grote vertrouwen van de grondwetgever in de 19^{de} eeuw in de wetgever, kunnen vele grondrechten in de Grondwet enkel beperkt worden bij formele wet (afdeling 1.). Ten tweede, kunnen verscheidene grondwettelijke grondrechten niet beperkt worden door middel van preventieve maatregelen (afdeling 2.).

²²⁹ Zie *ibid.*, (63) 76. WALTER HALLSTEIN (°1901-1982) was één van de sleutelfiguren uit de Europese integratie na de Tweede Wereldoorlog. Hij was de eerste president van de Commissie van de Europese Economische Gemeenschap (1958-1967).

²³⁰ Zie *supra*, nr. 0.

²³¹ C. VAN DE HEYNING, “No place like home. Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights.”, (65) 95-96.

2.4.1. Beperking van grondrecht door een formele wet

Het beperkingssysteem van internationale mensenrechtenverdragen vereist geen formele wet. Volgens het beperkingssysteem van het EVRM moet een beperking of inmenging van het verdragsrecht ‘voorzien zijn bij wet’. Dit betekent dat een beperking een grondslag moet hebben in het nationale recht en de wet voldoende duidelijk, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn. De term ‘wet’ duidt volgens vaste rechtspraak van het EHRM dus op een materieel wetsbegrip.²³² In de Grondwet duidt de term ‘wet’ in de Grondwet daarentegen op een formele wet. De vereiste van een wet bij het beperken van een grondrecht zit vervat in verscheidene bepalingen van titel II van de Grondwet. Artikel 12 stelt bijvoorbeeld dat “niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.” Soortgelijke eisen komen ook voor in de artikelen 13, 14, 15, 16, 19, 22, 24, 26, 30 en 32 van de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof toetst volgens de verzoenende lezing zowel aan de materiële als de formele dimensie van het legaliteitsbeginsel. Artikel 53 EVRM bepaalt trouwens uitdrukkelijk dat bepalingen van het EVRM 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.²³³ Gelijkaardige bepalingen komen voor in andere internationale mensenrechtenverdragen.²³⁴

De grondwettelijke meerwaarde van het vereiste optreden van de formele wetgever bij het beperken van grondrechten komt goed tot uiting bij het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Door de grote maatschappelijke en rechtsbeschermende functie van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel,²³⁵ heeft het Hof hier een uitgebreide rechtspraak uitgewerkt waarbij de formele dimensie van het legaliteitsbeginsel sterk verbonden is met de materiële dimensie. Steunend op de rechtspraak van het EHRM, is het Hof in zijn rechtspraak geëvolueerd van een vrij strenge en klassieke houding ten aanzien van het legaliteitsbeginsel naar een meer soepele houding.

In enkele arresten heeft het Grondwettelijk Hof het formeel legaliteitsbeginsel op zich onderzocht.²³⁶ Aangezien het EHRM geen formele wet als

²³² EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk, nr. 29: “*Settled case-law of this kind cannot be disregarded. In relation art. 8-2 of the Convention and other similar clauses, the Court has always understood the term ‘law’ in its ‘substantive’ sense, not its ‘formal’ one; it has included both enactments of lower rank than statutes and unwritten law.*”

²³³ Arbitragehof 18 oktober 2006, nr. 151/2006, B.5.6.

²³⁴ Zie bijvoorbeeld: artikel 5 BUPO, artikel 5 IVESCR en artikel 32 ESH.

²³⁵ Voor de nodige nuancerings, zie: E. CLAES, “Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechtspraak van het Arbitragehof. Erosie van legaliteit?”, *TBP* 2006, (451) 451-455.

²³⁶ Arbitragehof 18 november 1998, nr. 114/98; Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004; Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 137/2005; Grondwettelijk Hof 19 december 2007, nr. 154/2007; Grondwettelijk Hof 22 april 2010, nr. 37/2010.

beperkingsvoorwaarde vereist,²³⁷ past het Hof hier zijn leer over de voorbehouden aangelegenheden toe. Volgens het Hof verbiedt de vereiste van het optreden van de wetgever niet delegaties die voldoen aan bepaalde voorwaarden. Een delegatie aan de uitvoerende macht is niet in strijd met het legaliteitsbeginsel, voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.²³⁸ Wat die essentiële elementen zijn, verschilt van materie tot materie. De essentiële elementen bij de delegatie van een grondrechtenbeperking zijn amper gepreciseerd.²³⁹ Bij het legaliteitsbeginsel in strafzaken preciseert het Grondwettelijk Hof evenwel dat de doelstelling die de wet nastreeft, de gedragingen en de aard van de straffen die de wet beoogt en de straffen die toepasbaar zijn, de essentiële bestanddelen van de strafbaarstelling zijn.²⁴⁰ Bij het bepalen van de voldoende nauwkeurigheid van de machtiging houdt het Hof rekening met de door de wetgever nagestreefde doelstelling.²⁴¹

Meestal verbindt het Grondwettelijk Hof de formele en materiële dimensie van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel waardoor het ten volle tot zijn recht komt. Het Hof leest de artikelen 12 en 14 van de Grondwet dan al dan niet in samenhang met artikel 7 EVRM en artikel 15 BUPO²⁴² en vult het

²³⁷ Zie m.b.t. artikel 7, §1 EVRM: EHRM 22 november 1995, S.W./Verenigd Koninkrijk, nr. 35; EHRM 22 november 1995, C.R./Verenigd Koninkrijk, nr. 33; EHRM 15 november 1996, Cantoni/Frankrijk, nr. 29; EHRM 8 juli 1999, Baskaya en Okcuoglu/Turkije, nr. 36: “*When speaking of ‘law’ Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term [...]*.”

Een strafrechtelijke bestraffing kan volgens het EHRM dus niet alleen op grond van een geschreven wetsbepaling geschieden, maar eveneens op basis van het ongeschreven recht, meer bepaald het gewoonterecht en de jurisprudentie. Zie: CROMHEECKE, M. en DHONT, F., “Artikel 7: Geen straf zonder wet” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (653) 668-669.

²³⁸ M.b.t. artikel 22 van de Grondwet: Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, B.6.2.-3 (m.b.t. de artikelen 12 en 22 van de Grondwet); Grondwettelijk Hof 26 juni 2008, nr. 95/2008, B.42; Grondwettelijk Hof 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1. M.b.t. de artikel 12 en 14 van de Grondwet: Arbitragehof 28 maart 2002, nr. 56/2002, B.9.6.; Arbitragehof 2 februari 2005, nr. 27/2005, B.4.; Arbitragehof 19 juli 2005, nr. 137/2005, B.5.; Arbitragehof 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.16; Grondwettelijk Hof 19 december 2007, nr. 154/2007, B.22.4.; Grondwettelijk Hof 22 april 2010, nr. 37/2010, B.5. en B.9.

²³⁹ Zie ook: J. VELAERS, “Wie moet de wet maken, volgens de Grondwet? Vragen bij de toenemende juridisering van de taakverdeling tussen parlement en regering” in P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet?*, Brugge, die Keure, 2006, (139) 144-145. J. VELAERS wijst hier m.b.t. de rechtspraak over de voorbehouden aangelegenheden op de verdere juridisering van de verhoudingen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht en stelt terecht de vraag of die juridisering wel de rechtszekerheid bevordert. Zeker gezien de (problematische) vaagheid van termen zoals ‘essentiële bepalingen’.

²⁴⁰ Arbitragehof 18 november 1998, nr. 114/98, B.5; Grondwettelijk Hof 19 december 2007, nr. 154/2007, B.22.6.

²⁴¹ Grondwettelijk Hof 26 juni 2008, nr. 95/2008, B.42; Grondwettelijk Hof 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.3.

²⁴² Zie bijvoorbeeld: Arbitragehof 20 oktober 2004, nr. 158/2004; Arbitragehof 18 april 2007, nr. 60/2007; Grondwettelijk Hof 14 oktober 2010, nr. 111/2010 (m.b.t. artikel 7 EVRM).

legaliteitsbeginsel tegenwoordig als volgt in: “[...] artikel 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet [waarborgen] aan elke burger dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld dan krachtens regels aangenomen door een *democratisch verkozen beraadslagende vergadering*. [...] Het eist dat de *wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar* worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de *rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid* wordt gelaten.²⁴³ Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet aan de *rechter een beoordelingsbevoegdheid* toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen. [...] Enkel bij het *onderzoek van een specifieke strafbepaling* is het mogelijk om, rekening houdend met de elementen eigen aan de misdrijven die zij wil bestraffen, te bepalen of de door de wetgever gehanteerde *algemene bewoordingen zo vaag* zijn dat ze het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel zouden schenden” (eigen cursivering).²⁴⁴

In zijn arrest nr. 92/2005 overloopt het Hof de rechtspraak van het EHRM ter bijsturing van zijn rechtspraak.²⁴⁵ Het Hof versoepelt met dit arrest zijn voorheen vrij strenge en klassieke houding ten aanzien van het legaliteitsbeginsel²⁴⁶ door voor het eerst uitdrukkelijk te bepalen dat het legaliteitsbeginsel verzoenbaar is met de strafwet die aan de rechter een

²⁴³ Zie evenwel: Arbitragehof 13 juli 2005, nr. 125/2005, B.7.4: “ook al laat het aan de rechter een *ruime beoordelingsbevoegdheid*, [het kent hem] *geen autonome bevoegdheid* inzake strafbaarstelling [toe] die inbreuk zou maken op de bevoegdheden van de wetgever” (eigen cursivering).

²⁴⁴ Arbitragehof 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.3.2.; Grondwettelijk Hof 19 december 2007, nr. 154/2007, B.23.4.-5.; Grondwettelijk Hof 27 mei 2010, nr. 62/2010, B.8.1.-3.; Grondwettelijk Hof 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.4.3.-5. (enkel art. 12 GW vermeld). Gelijkaardig: Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, B/43.6.; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.18.1.

²⁴⁵ Het Hof refereert hier naar EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis/Griekenland: het ‘beginarrest’ voor de ontwikkeling van artikel 7, §1 EVRM en EHRM 22 november 1995, S.W./Verenigd Koninkrijk; EHRM 15 november 1996, Cantoni/Frankrijk.

²⁴⁶ Zoals bijvoorbeeld: Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004 (onvoldoende nauwkeurig in het Verjaringsdecreet Ruimtelijke Ordening: ‘onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor de omwonenden’ en ‘ernstige inbreuk op de essentiële bouwvoorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg’); Arbitragehof 20 oktober 2004, nr. 158/2004 (onvoldoende nauwkeurig in de drugwet: ‘gebruikershoeveelheid’, ‘problematisch gebruik’ en ‘openbare overlast). Zie ook: J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *TBP* 2005, (297) 307-308; J. VELAERS bevestigt hier dat het Grondwettelijk Hof de lat vrij hoog legt; F. VANDER LAENEN en F. DHONT, “De vernietiging van artikel 16 van de Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de Drugwet van 24 februari 1921: kroniek van een aangekondigde vernietiging”, *T.Strafr.* 2005, (36) 39-40; Volgens F. VANDER LAENEN en F. DHONT is de vernietiging van de Drugwet gebaseerd op een klassieke en zeer strikte interpretatie van het legaliteitsbeginsel, waardoor het Hof voorbij ging aan de rechtspraak van het EHRM dat in de voorbije jaren een meer genuanceerd standpunt heeft aangenomen.

beoordelingsbevoegdheid toekent.²⁴⁷ Zo haalt het Hof bijvoorbeeld een passage van het arrest S.W. t. Verenigd Koninkrijk aan waarbij het EHRM de noodzakelijkheid van rechterlijke interpretatie benadrukt.²⁴⁸ Dit is een goed voorbeeld van de tendens die R. ARNOLD waarneemt waarbij grondwettelijke hoven hun eigen grondwettelijke oplossingen ondersteunen en verder legitimeren door argumenten te gebruiken van het gezaghebbende EHRM.²⁴⁹ Volgens E. CLAES erkent het Hof hiermee expliciet de open textuur van strafbaarstellingen en de nood aan flexibele strafwetgeving, wat reeds was doorgedrongen in de rechtspraak van het EHRM.²⁵⁰

2.4.2. *Verbod van preventieve maatregelen*

Het beperkingssysteem van de Belgische grondwettelijke catalogus van grondrechten wordt ook gekenmerkt door een verbod van preventieve maatregelen. Artikel 25 van de Grondwet bepaalt bijvoorbeeld: “De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd.” Gelijkwaardige bepalingen, al dan niet uitdrukkelijk, zijn terug te vinden in de artikelen 19, 24, §1, 26 en 27 van de Grondwet. Het beginsel ‘vrijheid in verantwoordelijkheid’ kenmerkt dan ook de Belgische Grondwet.²⁵¹ Op het Europees en internationaal niveau is er geen sprake van een principieel verbod van voorafgaande maatregelen. Hier staat het proportionaliteitsbeginsel centraal. Net zoals bij het legaliteitsbeginsel past het Hof cumulatief de ‘materiële’ en de ‘formele’ vereisten toe bij de toetsing. Zo heeft het Hof het verbod van preventieve maatregelen ten aanzien van de vrijheid van eredienst en van meningsuiting,²⁵² de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid²⁵³ en de vrijheid van vereniging²⁵⁴ erkend.

De negatieve verplichting voor de staat om geen preventieve maatregelen te nemen, kan evenwel in conflict treden met de positieve verplichting om bijvoorbeeld het recht op privacy te waarborgen. Volgens J. VELAERS moet de rechter op grond van het Belgisch ‘voorwaardelijk monisme’ dan voorrang

²⁴⁷ R. MEEUS, “De arresten nr. 36/2008 en nr. 82/2008 van het Grondwettelijk Hof: het moeilijke onderscheid tussen de grondwettige en ongrondwettige opentextuur van strafrechtelijk gesanctioneerde milieuzorgplichtbepalingen”, *Tijdschrift voor Milieurecht* 2008, (454) 466-472.

²⁴⁸ EHRM 22 november 1995, S.W./Verenigd Koninkrijk, nr. 36.

²⁴⁹ Zie R. ARNOLD, *General Report: Are human rights universal and binding? Limits of universalism*, 10. Zie ook *supra*, nr. 0.

²⁵⁰ E. CLAES, “Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechtspraak van het Arbitragehof. Erosie van legaliteit?”, (451) 457.

²⁵¹ J. VELAERS, “De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel”, (81) 96-97.

²⁵² Arbitragehof 21 maart 2000, nr. 31/2000, B.2.9.

²⁵³ Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 45/96, B.7.14.; Arbitragehof 21 januari 2004, nr. 9/2004, B.10; Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.7.5.; Grondwettelijk Hof 3 december 2009, nr. 195/2009, B.34.

²⁵⁴ Arbitragehof 7 december 1993, nr. 84/93, B.27.; Arbitragehof 21 maart 2000, nr. 31/2000, B.2.9.; Arbitragehof 14 mei 2003, nr. 60/2003, B.5.1.; Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.83.3.

geven aan de positieve verplichting gewaarborgd in het EVRM.²⁵⁵ Zoals ik reeds hierboven heb uiteengezet, is het m.i. zeer artificieel en weinig met de realiteit overeenstemmend om fundamentele grondrechten op te splitsen in twee hiërarchische lagen, waarbij de ene laag zich hoger op de piramide bevindt dan de andere en bijgevolg voorrang zou verdienen bij een conflict. Een pluralistisch model is dan ook meer gepast, waarbij noch grondrechten gewaarborgd in het EVRM, noch grondwettelijke grondrechten een *a priori* primauteit hebben op basis van een piramide structuur.²⁵⁶ Het Grondwettelijk Hof zal dan geval per geval moeten onderzoeken aan welke verplichting de voorkeur moet gegeven worden.

3. Besluit

Het opzet van dit onderzoek was om enerzijds de impact van voornamelijk het EVRM beschermingssysteem op de nationale grondrechtendynamiek bloot te leggen en anderzijds te onderzoeken welke gevolgen deze impact heeft voor de meerwaarde van de grondwettelijke catalogus van grondrechten.

Bij het onderzoeken van de ontwikkeling van een dynamisch netwerk van grondrechtenbescherming in België valt op dat de evolutie van de Belgische rechtsorde naar het dominerend model van grondrechtenbescherming hierbij een cruciale rol heeft gespeeld. In de eerste plaats heeft het Grondwettelijk Hof de Grondwet terug levendig gemaakt, waardoor de nationale grondrechtenbescherming een belangrijke rol kan spelen. Daarnaast is het Hof zeer receptief voor de rechtspraak van het EHRM. Bovendien biedt het Hof ook een unieke meerwaarde door grondrechten van verschillende lagen op een verzoenende wijze te interpreteren. Een ander cruciaal element voor de ontwikkeling van een dynamisch netwerk van grondrechtenbescherming was de evolutie van het EVRM van een minimumcatalogus tot een complex rechtssysteem opgebouwd door de gezaghebbende rechtspraak van het EHRM.²⁵⁷

Uit de analyse van het klassieke piramide model en het pluralistische model blijkt dat het klassieke piramide model niet wenselijk is ten aanzien van grondrechtenbescherming in een gelaagde context. Grondrechten gewaarborgd in de Grondwet vinden immers vaak hun tegenhanger in het EVRM of een ander internationaal verdrag. Het opsplitsen van deze grondrechten in

²⁵⁵ J. VELAERS, “De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel”, (81) 115-116, 118-120. Volgens J. VELAERS moet het cassatiearrest van 2 juni 2006 wellicht in dit licht worden begrepen, waarbij het 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, aanvaardde. Cassatie stelde hier - zeer summier - “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.”

²⁵⁶ Zie *supra*, nr. 0-0.

²⁵⁷ Zie *supra*, nr. 0-0.

verschillende hiërarchische lagen is niet alleen zeer artificieel, maar ook niet wenselijk. Een pluralistisch model van grondrechtenbescherming is dan ook meer gepast, omdat het net de nadruk legt op de dynamiek van wisselwerkingen binnen een netwerk van onderling afhankelijke rechtsbeschermingssystemen.²⁵⁸

De gevolgen van deze wisselwerking voor de meerwaarde van de Grondwet zijn niet gering. Zo rijst de vraag welke meerwaarde een grondwettelijke catalogus van grondrechten nog kan bieden, zeker nu het Grondwettelijk Hof grondrechten in de Grondwet interpreteert in functie van het internationaal recht en onder grote invloed staat van het EHRM. Desondanks kan uit het onderzoek worden afgeleid dat de meerwaarde van de grondwettelijke catalogus van grondrechten toch niet onderschat mag worden. Zo biedt een grondwettelijke waarborg een belangrijke symbolische waarde. Het inkapselen van grondrechten in Titel II van de Grondwet versterkt ook het ‘monopolie’ van grondrechtenbescherming door het Grondwettelijk Hof, dat een sterkere waarborg biedt ten aanzien van het beschermingssysteem van het EHRM. Het opnemen van een nieuw grondrecht kan ook bijdragen tot het vormen van een Europese consensus en de plaats van het grondrecht op het internationaal forum versterken. Daarnaast biedt het Hof ook enkele bijkomende waarborgen en beperkingsvoorwaarden. Tot slot zouden nationaal specifieke grondrechten een basis kunnen vormen bij het afschermen van een constitutionele identiteit van een te voortvarende Europese rechter.²⁵⁹

De meerwaarde van de Grondwet komt ook naar voor bij de Belgische taalregeling en het Belgisch beperkingssysteem. Zo wordt de specifiek Belgische taalregeling op grond van de Grondwet gewaarborgd door het Grondwettelijk Hof, al kan deze onder druk komen te staan door recente internationale ontwikkelingen en het consensusmodel van het EHRM. Het valt af te wachten hoe het Grondwettelijk Hof hier op zou reageren. Zou het Hof het aandurven om een constitutionele kern af te schermen van Europese invloed?²⁶⁰

Het Belgisch beperkingssysteem biedt daarnaast enkele belangrijke extra waarborgen die niet terug te vinden zijn op het Europese of internationale niveau. Enerzijds, kunnen verscheidene grondrechten in de Grondwet enkel beperkt worden bij formele wet. Bij het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel valt vooral de verbinding op tussen de formele en materiële dimensie waardoor het ten volle tot zijn recht komt. In zijn rechtspraak over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel valt ook de nauwe link op met de rechtspraak van het EHRM. Zo overloopt het Hof in zijn arrest nr. 92/2005 de toepasselijke rechtspraak van het EHRM om het bijsturen van zijn rechtspraak te

²⁵⁸ Zie *supra*, nr. 0-0; 0.

²⁵⁹ Zie *supra*, nr. 0; 0-0.

²⁶⁰ Zie *supra*, nr. 0-0.

ondersteunen en legitimeren. Een tendens die zich ook voordoet in andere Europese grondwettelijke hoven.²⁶¹

Anderzijds, kunnen vele grondwettelijke grondrechten niet beperkt worden door middel van preventieve maatregelen. Door dit verbod op preventieve maatregelen toe te passen, kan het beginsel ‘vrijheid in verantwoordelijkheid’ dat onze Grondwet kenmerkt, zich nog staand houden naast het proportionaliteitsbeginsel.²⁶²

²⁶¹ Zie *supra*, nr. 0; 0-0; 0-0.

²⁶² Zie *supra*, nr. 0-0.