

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef
Het beperken van grondrechten

Promotor :
Prof. dr. Peter SCHOLLEN

Copromotor :
Prof. dr. Gunter MAES

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek

Ruben Degeling
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten



Maastricht University

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Het beperken van grondrechten

Promotor :
Prof. dr. Peter SCHOLLEN

Copromotor :
Prof. dr. Gunter MAES

Ruben Degeling
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Deze tekst probeert weer te geven wat de onderlinge verhouding is tussen het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Grondwet op het gebied van grondrechten. De grote focus hierbij is het beperken van grondrechten, op welke manier dit gebeurt en waar de wetgever rekening moet mee houden wanneer hij grondrechten beperkt. De tekst start met een overzicht van de beperkingsmechanismes van de Grondwet en het Verdrag. Voor de Grondwet is er sprake van een vormelijk beperkingssysteem, terwijl voor het Verdrag een inhoudelijk beperkingssysteem geldt. De Grondwet vereist in de meeste gevallen een formele wet en verbiedt in beginsel preventieve maatregelen. Het Verdrag daarentegen heeft drie voorwaarden waarmee rekening gehouden moet worden, met name het voorzien zijn bij wet, een legitiem doel en het noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

In het derde deel worden deze beperkingsmechanismes naast elkaar gelegd en onderworpen aan een korte vergelijking. Er zijn echter niet zo heel veel gelijkenissen, maar wel een aantal verschillen die belangrijk zijn om in het achterhoofd te houden. Ook wordt hier de vraag behandeld of de wetgever de makkelijkste weg mag nemen om een beperking op te leggen. Mag hij kiezen welk beperkingsmechanisme hij volgt of moet hij rekening houden met een vaste volgorde? Er zal blijken dat de wetgever geen keuzemogelijkheid heeft, maar dat hij een vaste toets moet ondergaan vooraleer hij een beperking van een grondrecht kan opleggen aan de rechtsonderhorige.

In het laatste deel gaat de aandacht naar het Grondwettelijk Hof, wat toch de belangrijkste actor is in het toetsen aan grondrechten. Er zal een korte evolutie van de bevoegdheden weergegeven worden die in de loop van de jaren groeide tot wat de bevoegdheid nu is. De problemen die daarbij rezen, zoals het gevecht tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof wat betreft de toets aan grondrechten in de internationale verdragen met directe werking. Het Grondwettelijk Hof hanteerde hier namelijk een indirecte toets, terwijl eigenlijk het Hof van Cassatie en de andere gewone rechters de bevoegdheid hadden om onmiddellijk aan het verdrag te toetsen. Daarna wordt de oplossing voor dit gevecht besproken, alsook een kleine analyse van of dit alles een goede zaak is of niet.

Een duidelijk antwoord geven over wat nu de precieze verhouding is tussen de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, blijkt geen makkelijke opgave te zijn. Er zijn veel nuances waarmee rekening gehouden moet worden. Wat wel duidelijk is, is dat het Grondwettelijk Hof kiest voor de samenlezing van beide instrumenten in het geval van analoge grondrechten. Deze samenlezing zorgt ervoor dat de inhoudelijke voorwaarden van het Verdrag gekoppeld worden aan de vormelijke voorwaarden van de Grondwet, waarmee het Grondwettelijk Hof een optimale bescherming van de grondrechten beoogt. Deze samenlezing is een goede zaak voor de burger en andere rechtzoekenden, maar is eigenlijk geen echte toegewezen bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Echter is de burger de winnaar, want zijn grondrechten zijn mogelijk nog nooit zo goed beschermd als dat nu het geval is.

Dankwoord

Als eerste wil ik graag mijn promotor Prof. Dr. Peter Schollen bedanken voor zijn begeleiding, adviezen en bijsturingen. Ook wil ik mijn copromotor Prof. Dr. Gunter Maes bedanken voor zijn begeleiding en bijsturingen. Zonder hen zou het nooit gelukt zijn. Het was een zeer leerrijke periode.

Als tweede wil ik de Universiteit Hasselt en de Faculteit Rechten bedanken voor de kans die ze mij gegeven hebben om over dit onderwerp een onderzoek te doen. Het zijn vijf hele leuke jaren geweest op de Universiteit Hasselt en dit werk is toch wel een orgelpunt van deze periode.

Als derde wil ik graag mijn ouders bedanken, die mij de kans gegeven hebben om aan de universiteit te studeren. Ze zijn mij altijd onvoorwaardelijk blijven steunen en daar ben ik hen ontzettend dankbaar voor. Daarnaast wil ik ook de rest van de familie bedanken voor hun steun.

Als vierde heb ik een hele waslijst aan vrienden die ik moet bedanken. Als eerste Pieter-Jan, met wie ik samen de vijf jaren heb uitgezeten, voor zijn steun. Dan ook Jonas Voorter, voor de moed, vriendschap en steun van de voorbije jaren. Fabian Swennen mag zeker niet vergeten worden, voor zijn steun in donkere tijden. Ook Dries Bleys verdient een dankwoord, voor zijn humoristische noot die vaak nodig was om de stress en de spanning te breken. Ook bedankt aan Zakhar Paslavskyy voor het nalezen van dit werk. Vervolgens ook bedankt aan Brecht Schoefs, Julie Vangeel, Julie Stroobants, Laura Thewis en vele anderen voor de toffe sfeer van de voorbije twee jaar, die geholpen heeft om dit werk tot een goed einde te brengen. Daarna ook een bedankje aan Robert Pools, mijn oude schaakleraar, voor zijn vaak wijze raad, en aan Liesbeth Delvax voor haar steun.

Als laatste wil ik nog graag Kelly Cleenders van de Rechtsbibliotheek Limburg bedanken voor de hulp bij opzoekingen in de bibliotheek, alsook de steun die ze keer op keer gaf wanneer de bibliotheek binnenstapte.

Inhoudsopgave

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Samenvatting | i |
| Dankwoord | iii |
| Inhoudsopgave | v |
| Inleiding | 1 |
| Het beperken van grondrechten volgens de Belgische Grondwet | 5 |
| Inleiding | 5 |
| Preventieve maatregelen | 6 |
| Repressieve maatregelen | 7 |
| Regelende maatregelen | 8 |
| De dunne grens tussen de verschillende beperkingmogelijkheden | 8 |
| Analyse van de rechtspraak | 9 |
| Conclusie | 14 |
| Het beperken van grondrechten in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens | 15 |
| Algemeen | 15 |
| Beperkingsclausule | 16 |
| Bij wet voorzien of in overeenstemming met de wet | 16 |
| Het nastreven van een legitieme doelstelling | 19 |
| Noodzakelijk zijn in een democratische samenleving | 22 |
| Conclusie | 26 |
| Inherente of impliciete beperkingen | 26 |
| Vergelijking tussen beide beperkingssystemen | 29 |
| De rol van het Grondwettelijk Hof binnen de samenloop van grondrechten | 33 |
| Situering | 33 |
| De diffuse en centrale toetsing | 35 |
| Toetsing aan titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof | 37 |
| Oorlog tussen de rechters of de zogenaamde 'guerres des juges' | 42 |
| Artikel 26 paragraaf 4 van de bijzondere wet Grondwettelijk Hof | 44 |
| Het arrest Melki | 48 |
| Slotanalyse | 50 |
| Conclusie | 51 |
| Bibliografielijst | 53 |
| Wetgeving | 53 |
| Rechtspraak | 53 |
| Rechtsleer | 56 |
| Boeken | 56 |
| Bijdrage in tijdschriften | 57 |

Inleiding

1. Mensenrechten staan in de hedendaagse samenleving onder bijzonder grote druk. Er zijn verschillende problemen die men moet trachten op te lossen op een correcte manier, zonder te verzaken aan de verschillende mensenrechten. Hierbij denkt men er aan om meer en meer rechten in te perken met allerlei beschermingsgronden in het achterhoofd.

Na de aanslagen in Parijs kwam de Belgische regering met een plan waarmee ze terroristen makkelijker wil opsporen en de Staat wil behoeden voor mogelijk aanslagen. De huidige regeling, waarbij huiszoekingen enkel tussen 5 uur 's ochtends en 9 uur 's avonds mogen gedaan worden, was volgens de regering niet voldoende in de strijd tegen terreur. Dit wilde ze veranderen, zodat huiszoekingen bij terreurverdachten gedurende de hele dag en nacht kunnen plaatsvinden. Ook zou het afluisteren van zulke verdachten makkelijker gemaakt worden, maar zal er nog steeds een voorafgaande toestemming van de bevoegde onderzoeksrechter nodig zijn alvorens men mag overgaan tot deze huiszoekingen of afluisteringen. Na de aanslagen in Brussel is dit plan in een stroomversnelling gekomen: minister van Justitie Koen Geens heeft een wetsvoorstel klaar waarin men nachtelijke huiszoekingen bij terreurverdachten en telefoontaps in dossiers waarbij sprake is van illegale wapenhandel wil toelaten.¹ Deze maatregelen zullen hoogstwaarschijnlijk gerechtvaardigd worden omdat ze de veiligheid van de staat tot doel hebben en zullen ook proportioneel geacht worden om het beoogde doel te bereiken.

Artikel 15 van de Grondwet laat toe dat de modaliteiten van een huiszoeking door de wet geregeld kunnen worden, waardoor het artikel zelf al beperkingen toelaat op het beginsel dat de woning onschendbaar is. Dit is een eerste voorbeeld van een casus waarbij beperkingen van grondrechten spelen.

2. Verschillende Belgische politieke partijen kwamen begin februari 2016 in het nieuws omdat ze aan het nadenken waren over hoe men een rookverbod kan opleggen wanneer personen roken in een auto waarin ook kinderen zitten die jonger zijn dan zestien jaar. Open VLD diende hier ook een wetsvoorstel voor in.²

3. Ook op het internationale toneel zijn mensenrechten een actueel thema. Zo is er de mogelijke toetreding van Turkije tot de Europese Unie. Die laat tot op heden nog op zich wachten omdat de Turkse overheid het niet zo heel erg nauw neemt met de mensenrechten. Een vreemde situatie, aangezien Turkije toch partij is bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dit wil zeggen dat zij zich aan de mensenrechten vervat in dit Verdrag moet houden. Ook België is verdragspartij bij dit Verdrag, waardoor ook België zich moet houden aan de mensenrechten vervat in dit Verdrag.

4. België is dus onderhevig aan 2 belangrijke grondrechtencatalogen, met name die in de Belgische Grondwet en die van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Er zijn ook nog andere verdragen met grondrechten, die in het bestek van dit werk amper of niet besproken worden. De

¹ Wetsontwerp inzake aanvullende maatregelen ter bestrijding van terrorisme, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1727/1

² Wetsvoorstel (D. JANSSENS e.a.) tot wijziging van de wet van 22 december 2009 betreffende een algemene regeling voor rookvrije gesloten plaatsen toegankelijk voor het publiek en ter bescherming van werknemers tegen tabaksrook, teneinde een rookverbod in te voeren in gesloten personenvervoertuigen in de aanwezigheid van kinderen jonger dan 16 jaar, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1633/1.

hoofdonderzoeksvraag binnen deze thesis betreft: hoe verhouden de Belgische Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens zich ten opzichte van elkaar met betrekking tot het beperken van grondrechten? Moeten zij worden samengelezen of zijn het twee aparte instrumenten die zich hiërarchisch verhouden? Om tot deze hoofdvraag te komen, zullen verschillende deelvragen stuk voor stuk worden opgelost.

5. In het eerste hoofdstuk zal er stilgestaan worden bij het beperkingsmechanisme van de Belgische Grondwet: hoe werkt dit mechanisme, waaruit bestaat het en hoe wordt het toegepast? In het tweede hoofdstuk zal er stilgestaan worden bij het beperkingsmechanisme van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en zullen dezelfde vragen beantwoord worden als in het eerste hoofdstuk.

In het derde hoofdstuk zal er eerst een vergelijking gemaakt worden tussen de twee beperkingsmechanismen. Verder zal er worden stilgestaan bij een paar praktische vragen: heeft het parlement een keuze voor welk beperkingsmechanisme het kiest, en zo ja, welk mechanisme is de makkelijkste weg om een grondrecht te kunnen beperken?

In het vierde hoofdstuk zal stilgestaan worden bij de rol van het Grondwettelijk Hof³ binnen de discussie of er met een samenlezing gewerkt moet worden of een hiërarchische aanpak een betere aanpak is. In 2004 heeft het Grondwettelijk Hof voor het eerst zelf aan analoge verdragsbepalingen getoetst. Hier zal een analyse van gemaakt worden, alsook een eigen mening rond geformuleerd worden of deze aanpak de juiste is.

6. Doorheen de tekst zullen bepaalde voorbeelden als een rode draad gebruikt worden om te laten zien hoe de voornamelijk theoretische grondslagen in de praktijk omgezet kunnen worden. Deze voorbeelden zullen zich beperken tot de voorbeelden van de beide reeds aangehaalde wetsvoorstellen, die beide steunen op de beperking van het privéleven van de betrokken persoon. Ook zal het voorbeeld van een verboden betoging gebruikt worden om het speciale karakter van de vrijheid van vereniging in de open lucht aan te tonen.

7. De bronnen gebruikt voor dit werk zijn een combinatie van algemene staatsrechtelijke werken, aangevuld met specifieke materie betreffende het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en teksten over de verschillende wijzigingen aan de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, die ervoor zorgden dat het Grondwettelijk Hof meer en meer bevoegdheden kreeg. Veel van deze specifieke teksten zijn verworven door middel van de sneeuwbaaleffectmethode. Deze teksten worden aangevuld met rechtspraak van verschillende organen, zoals het Hof van Cassatie, de Raad van State, het Grondwettelijk Hof en natuurlijk het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Vooral dat laatste is belangrijk omdat de rechtspraak van het Europees Hof van belang is voor de definities van de verschillende begrippen en de interpretatie van de verschillende verdragsbepalingen. Er zal zowel oude als nieuwe rechtspraak gebruikt worden om de evolutie weer te geven, alsook te laten zien dat bepaalde begrippen de laatste jaren niet meer veranderen.

³ De term Grondwettelijk Hof wordt doorheen deze thesis gebruikt voor zowel het Arbitragehof als het Grondwettelijk Hof. Tot 7 mei 2007 heette het Grondwettelijk Hof namelijk nog Arbitragehof. Maar voor verwarring te voorkomen, zal dus de term Grondwettelijk Hof doorheen de hele masterthesis gebruikt worden.

Voor bovenstaande onderzoeksvragen is het belangrijk om te onthouden dat, vooraleer er tot de kern van het onderzoek gekomen kan worden, er eerst een situatieschets moet zijn van wat er momenteel voor handen is. Daarom is er het beschrijvende deel van de beide mechanismen, aangevuld met actuele voorbeelden. Binnen hoofdstuk 3 worden deze mechanismen dan aan elkaar gekoppeld en wordt er voor een vergelijkend onderdeel gekozen. In hoofdstuk 4 zal er met de informatie van de andere hoofdstukken gewerkt worden om de evolutie te bespreken die de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof doorgemaakt heeft. Zo zijn er meer bevoegdheden gegeven aan het Grondwettelijk Hof, die dan weer andere implicaties hebben met betrekking tot het leerstuk van hoe grondrechten beperkt kunnen worden en hoe de rechtsonderhorige deze beperkingen eventueel zou kunnen aanvechten bij het Grondwettelijk Hof. Dit hoofdstuk is cruciaal voor het oplossen van de hoofdvraag, aangezien het Grondwettelijk Hof de conflicten over beperkingen van grondrechten in België tracht op te lossen.

Het beperken van grondrechten volgens de Belgische Grondwet

Inleiding

8. Het eerste systeem in deze vergelijking betreft titel II van de Belgische Grondwet.⁴ De grondwetgever somde in 1831 de meeste grondrechten reeds op en regelde hoe de wetgever deze mogelijk kon beperken. Enkele grondrechten zijn later bijgevoegd: zo werden het recht op de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven (art. 22 GW.), het recht op een menswaardig leven (art. 23 GW.) en het raadplegen van bestuursdocumenten (art. 32 GW.) ingevoegd bij de herziening in 1994.⁵ De rechten van het kind (art. 22bis GW.) zijn ingevoerd in 2000. De grondrechtencatalogus van de Grondwet is dus 185 jaar oud en wordt tot op heden nog steeds gebruikt, met oude rechten die er al vanaf het begin in te vinden waren, alsook rechten die in de laatste 25 jaar zijn ingevoegd.⁶

9. De grondrechten uit deze titel zijn niet absoluut, dus zij mogen beperkt worden door de verschillende wetgevers in België. Dit kan enkel door of krachtens de wet.⁷ De modaliteiten van deze beperkingen in deze catalogus kwamen er na de periode van het ancien regime en de Verenigde Nederlanden. In het ancien regime werden de godsdienstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting niet gerespecteerd. Deze rechten werden beperkt om kritiek op de staat te vermijden. Ook wilde men in die tijd de staatsgodsdienst in ere houden, waardoor er ook geen godsdienstvrijheid was.⁸

In de Verenigde Nederlanden gebruikte Willem I beroepsrechters die een repressief beperkingssysteem gebruikten om politieke oppositiepers geen kans te geven. Veel leden van de zuidelijke oppositiepers werden veroordeeld door deze beroepsrechters voor hun kritiek op het beleid van Willem I. Wanneer deze oppositiepers een artikel schreef over de nood aan meer pers- of taalvrijheid, grepen deze beroepsrechters in met straffen.⁹

Omwille van deze ervaringen heeft het Nationaal Congres beslist om een formeel beperkingsmechanisme tot stand te laten komen dat in schril contrast staat met het preventief beperkingsmechanisme van het ancien regime en het repressieve mechanisme van Willem I.¹⁰ De grondwetgever heeft gekozen voor een mechanisme waarbij preventieve beperkingen in beginsel verboden zijn. Repressieve en regelende maatregelen zijn daarentegen wel nog mogelijk, maar moeten via een wet ingevoerd worden.¹¹

10. De vraag zal rijzen welke wet nodig is om een beperking op te leggen. Vaak zal dit door een federale wet moeten, maar in een aantal gevallen is ook een decreet mogelijk. Door de verschillende staatshervormingen en daaraan gekoppelde bevoegdheidsoverdrachten krijgen de

⁴ Artt. 8-32 GW.

⁵ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 70-78; 98-99.

⁶ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel Belge: Fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2014, 284.

⁷ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 273.

⁸ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 28; J. CORBET, *Censures: actes du colloque du 16 mai 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 15.

⁹ D. DE RUYSSCHER, *Rechtspreken en lekenparticipatie: noodzaak of traditie?*, Antwerpen, Maklu, 2013, 43-44; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 28.

¹⁰ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 28.

¹¹ A. ALEN, *Algemene inleiding tot het Belgische publiekrecht, boek I, de instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 280-282.

deelstaten meer en meer bevoegdheden, waardoor ook zij initiatief kunnen nemen om beperkingen op te leggen aan rechten die onder hun bevoegdheid vallen.¹² Denk hierbij bijvoorbeeld aan onderwijs, dat in 1988 een bevoegdheid van de Gemeenschappen werd door middel van de derde staats hervorming. Een federale wet zal bijvoorbeeld altijd nodig zijn wanneer het over "bestrafen" gaat, zoals bijvoorbeeld in artikel 19 van de Grondwet: "De vrijheid van eredienst, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestrafing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd". Het strafrecht is nog een federale materie, waardoor deze straf enkel door middel van een federale wet kan opgelegd worden.¹³

11. De grondwetgever koos voor een mechanisme waarin repressieve of regelende maatregelen konden voorkomen. Een preventieve maatregel was in beginsel verboden, buiten in artikel 26, lid 2 van de Grondwet. Een preventieve maatregel wilt vooraf iets verhinderen, terwijl een repressieve maatregel gebruikt wordt om de niet-naleving van een beperking te bestraffen. Een regelende maatregel is een speciale figuur, die modaliteiten wil aanbrengen voor bepaalde situaties (bijvoorbeeld het beschermen van de brandveiligheid). Hieronder wordt elke soort regel afzonderlijk besproken, waarna er overgegaan wordt naar een analyse van de rechtspraak.

Preventieve maatregelen

12. De grondwetgever van 1831 besliste om preventieve beperkingen in beginsel te verbieden. Dit is zichtbaar in verschillende artikels binnen titel II van de Grondwet.¹⁴ Er is echter een uitzondering op deze regel, met name artikel 26, lid 2 van de Grondwet. Deze laat wel een preventieve maatregel toe: voor bijeenkomsten in open lucht kan er een preventieve beperking worden opgelegd. Deze bijeenkomsten zijn namelijk verstoringen van de normale functie van een stadspark, straat of plein. Zo is er bijvoorbeeld een toepassing van een preventieve maatregel binnen artikel 3 van de wet van 2 maart 1954: deze wet creëert een zogenaamde "neutrale zone" die bijeenkomsten verbiedt rond het parlamentsgebouw en Koninklijk Paleis te Brussel.¹⁵ Dit verbod op bijeenkomsten binnen de neutrale zone is een duidelijk voorbeeld van een toegelaten preventieve maatregel. Een klassiek voorbeeld van een verboden preventieve maatregel is het niet toelaten van een publicatie van een tekst voor er toestemming gegeven is door de overheid.¹⁶

13. De Raad van State heeft in haar rechtspraak een definitie van het begrip preventieve maatregel aangereikt. Hij kan worden omschreven als een maatregel die "bepaalde voorwaarden of formaliteiten oplegt waaraan moet zijn voldaan vooraleer het desbetreffende recht in de praktijk kan worden uitgeoefend, afgezien van de vraag of van de vrijheid misbruik wordt gemaakt of kan worden gemaakt, en dat het niet nakomen van de gestelde voorwaarden op zichzelf een strafbaar feit uitmaakt".¹⁷

¹² Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel Belge: Fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2014, 288-289.

¹³ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 330-331.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld art. 24 (onderwijs) of art. 27 (recht van vereniging) GW.

¹⁵ Wet 2 maart 1954 tot voorkoming en beteugeling der aanslagen op de vrije uitoefening van de door de Grondwet ingestelde soevereine machten, BS 19 maart 1954, 2044; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 620-621.

¹⁶ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 330-331.

¹⁷ RvS 18 mei 1999, nr. 80.282, overw. 3.4.4.4.; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 274; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 330-331.

Aangezien het gaat over bijeenkomsten die de normale functie van de straat, het plein of dergelijke verstoren, is het normaal dat de gemeentelijke overheid in haar politiewetten preventieve maatregelen opneemt, die ervoor zorgen dat niet zomaar elke verstoring mogelijk is. Zij moet dan ook een overweging maken tussen de geoorloofdheid van de plaats en tijd in verband met de mogelijke bedreiging van de veiligheid van de staat of de openbare orde. Zo klinkt het bijvoorbeeld logisch dat er geen bijeenkomst mag zijn in de buurt van het parlement of het Koninklijk Paleis. Indien dit wel toegelaten zou zijn, zou dit kunnen zorgen voor heel onveilige situaties. Dit is een voorbeeld van een afweging waarbij de, in dit geval federale, overheid rekening houdt met de plaats van de bijeenkomst. Deze preventie mag er wel niet komen ter bestraffing van het doel van de bijeenkomst, maar enkel ter bescherming van de openbare orde en de noodwendigheden in het verkeer.¹⁸

14. Dit artikel 26, lid 2 van de Grondwet wordt sinds het ontstaan van de Grondwet verder uitgelegd in de rechtspraak. Zo heeft het Hof van Cassatie in het begin verschillende arresten geveld om modaliteiten te regelen binnen het subjectief contentieux. Later in de tijd komen daar de Raad van State en het Grondwettelijke Hof bij in het objectieve contentieux. Deze rechtspraak zal later binnen dit werk besproken worden.

Repressieve maatregelen

15. De tweede categorie van mogelijke beperkingen door de Grondwet toegelaten, zijn de repressieve maatregelen. Deze maatregelen zijn mogelijk voor zover ze door of krachtens een wet zijn voorzien en er bij de uitoefeningen van vrijheden of rechten een misdrijf werd gepleegd.¹⁹ Hiermee koos de grondwetgever voor een regime waarbij men achteraf gestraft kon worden bij de verkeerde uitoefening van zijn rechten.

Hij liet hier duidelijk zijn vertrouwen in de wetgever blijken. Het belang van de democratisch verkozen wetgever bleek al uit de teksten van het Nationaal Congres: de wetgever moest de beschermer van de rechten en vrijheden zijn.²⁰ De wetgever moet echter nog steeds rekening houden met de geest van de Grondwet. Hij mocht geen te vage strafwetten maken, want de wetten moeten duidelijk zijn; men mag geen strafwetten maken over aangelegenheden die het publiek belang betreffen: hij mag geen strafwet maken die bijvoorbeeld een mening zou straffen die antiregeringsgezind is. Hij mag ook geen strafwetten maken die de opinie van een persoon zou kunnen inperken, tenzij deze een rechtstreekse aanranding van de rechten van iemand anders of de samenleving zou veroorzaken.²¹

16. Een voorbeeld van zo een maatregel betreft de straffen op meningen die haatdragend zijn of aanzetten tot discriminatie, wat wordt bestraft door artikel 20 van de wet tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.²² Hier wordt de vrijheid van meningsuiting van artikel 19 van de Grondwet beperkt, aangezien deze haatdragende meningen een rechtstreekse aanranding van de rechten van anderen betreft. Dit voorbeeld houdt rekening met de

¹⁸ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 86-87.

¹⁹ A. ALEN, *Algemene inleiding tot het Belgisch publiekrecht, boek I: de instellingen*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, 281.

²⁰ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 123-124.

²¹ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 125-130.

²² Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 8 augustus 1981, 9928.

geest van de Grondwet: de wet is voldoende duidelijk en hij straft een mening die de rechtstreekse aanranding van de rechten van een ander of de samenleving betekent.²³

Regelende maatregelen

17. Naast het quasi verbod op preventieve maatregelen en de mogelijkheid tot repressieve maatregelen, is er nog een derde categorie, met name de regelende maatregelen.²⁴ Zij mogen de rechten en vrijheden zelf niet aantasten en moeten de ordelijke uitoefening van de rechten en vrijheden tot voorwerp hebben.²⁵ Zij moeten aangepast zijn aan de ordehandhavingbehoefte die *in concreto* nodig zijn.²⁶ Zo kan een politieverordening bijvoorbeeld regels opleggen voor de vertoningen en bijeenkomsten die voor het publiek toegankelijk zijn, betreffende de brandveiligheid of de toegang van kinderen en jongeren.²⁷ Zo kan men ook vereisen dat men vooraf een melding doet van een evenement waarbij men een hoge opkomst verwacht, om zo de veiligheid van die bijeenkomst te kunnen garanderen. De gemeente mag namelijk passende en evenredige maatregelen nemen om de openbare rust, veiligheid en de netheid van de straten te verzekeren.²⁸

Dit wil dus zeggen dat een regelende maatregel een maatregel is waarbij men hoedanigheden binnen bepaalde rechten wil opleggen om de veiligheid en dergelijke te vrijwaren, zonder hiermee de rechten en vrijheden zelf aan te tasten. In de Vlaamse rechtsleer wordt een regelende maatregel eigenlijk onmiddellijk in de rij geplaatst met mogelijke beperkingen op grondrechten.²⁹ In de Waalse rechtsleer daarentegen wordt deze regelende maatregel als een categorie gezien die onder de preventieve maatregel valt en die louter van toepassing is voor ordehandhaving en bescherming van de rechten en vrijheden. Deze regelende maatregelen kunnen gebruikt worden door lokale overheden via politieverordeningen of andere uitvoeringsinstrumenten.³⁰ Soms worden preventieve maatregelen vermomd als regelende maatregelen en moet de rechter oordelen of het *in casu* over een regelende of preventieve maatregel gaat.³¹

De dunne grens tussen de verschillende beperkingmogelijkheden

18. Soms is het heel erg moeilijk om het verschil te zien tussen de beperkingmogelijkheden. Een repressieve beperking zou mogelijk een verdoken preventieve beperking kunnen zijn, maar ook een regelende maatregel kan een verdoken preventieve maatregel zijn. Om dit onderscheid te kunnen maken, is het best om de verschillen duidelijk aan te geven. Een preventieve maatregel is ten eerste een maatregel die niet alleen het misbruik van een vrijheid kan treffen, maar ook het potentieel loutere gebruik. Ten tweede is het een maatregel die *a priori* tussenkomt, voordat er ten volle gebruik is gemaakt van de vrijheid. Ten derde vereist een preventieve maatregel geen

²³ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 330-331.

²⁴ Zie hiervoor bijv. Art. 26, lid 1 GW.

²⁵ A. ALEN, *Algemene inleiding tot het Belgisch publiekrecht, boek I: de instellingen*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, 281.

²⁶ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 275.

²⁷ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 62.

²⁸ Artt. 133-135 N. Gem. W; K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 62.

²⁹ A. ALEN, *Algemene inleiding tot het Belgisch publiekrecht, boek I: de instellingen*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, 281; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 275.

³⁰ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel Belge: Fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2014, 318-319.

³¹ D. VOORHOOF en A. DE MAEGD, "Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting op openbare plaatsen: recente rechtspraak in verband met betogingsverboden en (preventieve) maatregelen betreffende de verspreiding van pamfletten", *CDPK* 1999, 338.

tussenkomst van de rechter.³² Een repressieve maatregel is ten eerste slechts gericht op een misbruik van een vrijheid. Ten tweede krijgt deze maatregel slechts een uitwerking *a posteriori*. Ten slotte moet het door de daartoe bevoegde rechter worden uitgesproken.³³

Van belang is dus het temporele element: wanneer leg je de beperking op? Dit element zal er voor zorgen of er sprake is van een repressieve maatregel of een preventieve maatregel.³⁴ Echter is dit niet zwart of wit, maar zit er een grijze zone tussen de preventieve en repressieve maatregel. Dit wordt geïllustreerd door de discussie over het publicatie- en verspreidingsverbod in kort geding. Er heerste namelijk een grote verdeeldheid binnen de rechtspraak.³⁵ Als er een letterlijke interpretatie van de Grondwet gehanteerd wordt, is het te stellen dat elke maatregel, ook van een rechter die een beperking oplegt, vooraleer er toepassing gemaakt wordt van de vrijheid van meningsuiting of de persvrijheid, strijdig is met de Grondwet. Men mag dus eigenlijk pas ingrijpen wanneer er al een reële verspreiding, publicatie of uitzending geweest is.³⁶ Veel rechters denken hierover echter anders: zij spelen censor ter bescherming van de rechten van anderen en gaan zo in tegen de letter van de Grondwet.³⁷

Analyse van de rechtspraak

19. Vooraleer een analyse van de rechtspraak op zijn plaats is, zal eerst een korte uitleg gegeven worden. Binnen de rechtspraak zijn er namelijk 3 belangrijke actoren voor het aanvechten van bepalingen die de grondrechten beperken, met name het Hof van Cassatie als hoogste van de gewone rechters, de Raad van State en het Grondwettelijke Hof. De Raad van State en het Grondwettelijk Hof bevinden zich in het objectief contentieux, terwijl het Hof van Cassatie zich bevindt in het subjectief contentieux.

Binnen het objectief contentieux worden enkel objectieve geschillen behandeld. Wanneer het om een rechtstreeks en werkelijke voorwerp gaat waarin de vernietiging of schorsing van een norm gevraagd wordt, dan betreft het een objectief geschil.³⁸ Binnen het subjectieve contentieux worden daarentegen subjectieve geschillen behandeld. Een subjectief geschil is "een *geschil dat een subjectief recht tot voorwerp heeft, d.i. een recht dat bestaat in hoofde van een rechtssubject wanneer dit van een ander rechtssubject het stellen van een bepaalde handeling of het zich ervan onthouden, kan eisen op grond van een norm van het objectieve recht die laatstgenoemd rechtssubject daartoe rechtstreeks verplicht, en waarbij het rechtssubject dat de uitvoering van die*

³² L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 252-253; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 223-224.

³³ L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 252-253; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 223-224.

³⁴ R. VAN MELSEN, "La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *CDPK 2007*, 142-143.

³⁵ J. VELAERS, "De censuur kan nooit worden ingevoerd. Over de motieven van het censuurverbod" in X. (ed.), *Censuur*, Brussel, Larcier, 2003, 27.

³⁶ J. VELAERS, "De censuur kan nooit worden ingevoerd. Over de motieven van het censuurverbod" in X. (ed.), *Censuur*, Brussel, Larcier, 2003, 28.

³⁷ J. VELAERS, "De censuur kan nooit worden ingevoerd. Over de motieven van het censuurverbod" in X. (ed.), *Censuur*, Brussel, Larcier, 2003, 28.

³⁸ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel II*, Brugge, Die Keure, 2015, 966.

verplichting eist een voldoende eigen belang heeft bij die uitvoering".³⁹ Een subjectief geschil wordt behandeld door de rechterlijke macht.

Het verschil is uit te leggen aan de hand van een praktisch voorbeeld: Yves Majeur, burgemeester van Brussel, heeft in de nasleep van de aanslagen te Brussel een betogingverbod opgelegd aan extreem rechtse organisaties en elke mogelijke tegenbetoging, dat overigens ook bekrachtigd is door de minister-president van het Brussels Gewest. Men kan de wettelijkheid van het verbod aanvechten voor de Raad van State, aangezien het om een besluit gaat, dat binnen het kader van artikel 14 van de Raad van State wet valt en op die manier aangevochten kan worden. Ook kan men op basis van een subjectief recht naar de gewone rechter stappen wanneer men een boete krijgt omdat men toch betoogde. In dat geval wordt de boete aangevochten en niet de wet zelf, waardoor dit voor de gewone rechter zal moeten komen. Het Hof van Cassatie komt dan mogelijk in het spel wanneer er een cassatieberoep nodig is.

20. Maar er is nog een ander verschil waarneembaar, namelijk het duaal toetsingssysteem wanneer het over toetsing aan grondrechten gaat. In België is het namelijk zo dat 2 toetsingen mogelijk zijn, namelijk een diffuse toetsing en een centrale toetsing. De diffuse toetsing betekent dat elke rechter, inclusief Hof van Cassatie, en alle administratieve rechtscolleges, inclusief de Raad van State, bevoegd zijn om wetten, ordonnanties en decreten te toetsen aan internationale verdragsbepalingen. Deze verdragsbepalingen moeten wel rechtstreekse werking hebben.⁴⁰ Dit gaat terug tot het arrest Franco-Suisse Le Ski van het Hof van Cassatie, waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat internationale verdragen met directe werking voorrang hebben op het interne recht. Hieraan koppelde het Hof dat elke rechter verplicht is om bij strijdigheid van het verdragsrecht met de interne norm, deze buiten toepassing te laten.⁴¹

Daarnaast is er ook nog het centrale toetsingssysteem, wat het Grondwettelijk Hof toelaat om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen binnen de bevoegdheid van het Hof. Nu is dat titel II van de Grondwet in het geval van grondrechten, maar voor 2003 waren dit enkel artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet.⁴² In hoofdstuk 4 wordt hier dieper op ingegaan.

21. Zowel het Hof van Cassatie, de Raad van State als het Grondwettelijk Hof doen uitspraken die relevant zijn voor beperkingen op grondrechten. Er is vaak onenigheid over bepaalde grondwetsartikelen en hun draagwijdte. Hieronder zal een overzicht volgen van de rechtspraak van de 3 organen, voornamelijk gefocust op de vrijheid van vereniging van artikel 26 van de Grondwet, maar ook de persvrijheid komt aan bod. Artikel 26 van de Grondwet luidt: *'De Belgen hebben het recht vreedzaam en ongewapend te vergaderen, mits zij zich gedragen naar de wetten, die het uitoefenen van dit recht kunnen regelen zonder het echter aan een voorafgaand verlot te onderwerpen.*

³⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1013.

⁴⁰ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 101.

⁴¹ Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959-967.

⁴² A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 60- 64

Deze bepaling is niet van toepassing op bijeenkomsten in de open lucht, die ten volle aan de politiewetten onderworpen blijven’.

22. Het Hof van Cassatie is het oudste van de 3 organen, aangezien het al opgericht was bij het begin van België. Het Hof van Cassatie is daarom de eerste in deze analyse. Het Hof heeft bijvoorbeeld al vroeg beslist dat de politieverordening die een voorafgaand verlof voor dansvermaak (een bal of toenmalige fuif) oplegt, binnen de bevoegdheid van de gemeentelijke overheden valt en dus niet strijdig is met artikel 26 van de Grondwet.⁴³ Dit lijkt op het eerste zicht tegen artikel 26 in te gaan, maar het Hof van Cassatie oordeelde dat de overheid enkel handelde met het oog op de goede orde en openbare veiligheid, waardoor het Hof deze beperking toeliet. Bovendien is dit enkel mogelijk op de openbare weg of op publiekelijk toegankelijke plaatsen.⁴⁴ Ook het verbod aan de houders van cafés om openbare bals te houden zonder bijzonder voorafgaand verlof en het verbod om personen binnen te laten na sluitingsuur, zijn geen inbreuken op het recht van vergadering.⁴⁵ Ook mag de gemeenteverordening concerten verbieden die geen voorafgaande goedkeuring van de burgemeester gekregen hebben.⁴⁶ Een gemeenteverordening die bepaalt dat het recht voor een dansfeest onderworpen is aan een voorafgaande mededeling, schriftelijk of mondeling, aan de politie, is eveneens wettig.⁴⁷ Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie doet vermoeden dat een voorafgaand verlof een toegelaten preventieve maatregel is. Zulke activiteiten leiden nu eenmaal tot wanorde, iets waar men als overheid zijnde rekening wil mee houden om de veiligheid te kunnen garanderen.

De Raad van State, pas geïnstalleerd in 1948, heeft later enkele arresten gevelde, waarbij diezelfde vraag werd opgeworpen of de gemeentelijke verordening openbare danspartijen aan een voorafgaand verlof mocht onderwerpen. Voor het voorwerp van de vergadering wordt in artikel 26 van de Grondwet geen onderscheid gemaakt: er wordt niet gesproken over betogingen of bals, maar enkel over vergaderen en bijeenkomsten. Uit de debatten van het Nationaal Congres blijkt dat van dit voorafgaand verlof enkel sprake kon zijn wanneer het gebruikt werd voor een ‘vergadering’ in open lucht. De gemeenten konden dit voorafgaand verlof wel opleggen aan vreedzame en ongewapende vergaderingen in een gesloten en overdekte plaats door een decreet van 24 augustus 1790, maar artikel 26 van de Grondwet heeft deze mogelijkheid ontnomen. Hierdoor was er geen rechtsgrond meer om zulk voorafgaand verlof op te leggen.⁴⁸ Dit wil zeggen dat de Raad van State de eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie tegenspreekt, aangezien hij de redenering van het Nationaal Congres volgt. Wanneer er dus een bal zou plaatsvinden in een herberg of café, dan kan er geen sprake zijn van een wettig voorafgaand verlof, aangezien deze situatie onder lid 1 van artikel 26 van de Grondwet valt, en niet onder lid 2 dat de preventieve maatregelen toelaat. Een betoging door Brussel tegen de terreur zou dus wel aan een voorafgaand verlof onderworpen kunnen worden, terwijl een verjaardagsfeest in de lokale feestzaal niet aan een voorafgaand verlof onderworpen kan worden.

⁴³ Cass. 19 september 1833, *Pas.* 1832-1834, I, 155; Cass. 16 maart 1846, *Pas.* 1846, I, 361; Cass. 17 mei 1869, *Pas.* 1870, I, 67; Cass. 23 april 1958, *Arr.Verbr.* 1958, 664; *Pas.* 1958, I, 938.

⁴⁴ D. VOORHOOF en A. DE MAEGD, “Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting op openbare plaatsen: recente rechtspraak in verband met betogingsverboden en (preventieve) maatregelen betreffende de verspreiding van pamfletten”, *CDPK* 1999, 339.

⁴⁵ Cass. 11 april 1864, *Pas.* 1864, I, 156.

⁴⁶ Cass. 18 juni 1883, *Pas.* 1883, I, 279.

⁴⁷ Cass. 3 november 1975, *Arr.Cass.* 1976, 296 en *Pas.* 1976, I, 286.

⁴⁸ RvS 24 april 1953, *Boi*, nr. 2387; RvS 25 januari 1954, *Vits*, nr. 3096; RvS 2 juni 1959, *Klessens*, nr. 7114.

23. Artikel 26, lid 2 van de Grondwet is in principe dus het enige artikel dat preventieve maatregelen toelaat. Het Hof van Cassatie had echter deze bepaling gebruikt om ook alle andere rechten te onderwerpen aan preventieve maatregelen, zolang zij in de openlucht werden uitgeoefend. Zo werd in een cassatiearrest van 29 oktober 1973 gesteld dat het verspreiden van drukwerk in de openlucht niet mocht vooraleer er een voorafgaand verlot gegeven was. Het ging hier om een beperking van de toenmalige artikelen 14 en 18 van de Grondwet betreffende de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van drukpers. In Namen was er namelijk een regeling van kracht (art. 22 van het algemeen politiereglement van de stad Namen van 13 juni 1969) dat men een voorafgaand verlot moest hebben van het college van burgemeester en schepenen om drukwerk te verspreiden op de openbare weg. In het vonnis van de correctionele rechtbank van Namen werd het artikel 22 als onwettig gezien, waardoor de persoon in kwestie vrijgesproken werd. Het Hof van Cassatie verbrak dit vonnis en vond dat een voorafgaand verlot wel kon omdat de lokale overheid de veiligheid, rust en het gemakkelijk verkeer op de openbare straten, pleinen, kaden en wegen moet garanderen.⁴⁹ Deze redenering kon er komen omdat het Hof van Cassatie het toelaten van preventieve maatregelen van artikel 26, lid 2 van de Grondwet doortrok naar elk recht dat in de buitenlucht werd gebruikt.

Verschillende auteurs, zoals A. Alen, J. Velaers, K. Rimanque en J. De Jonghe zijn het niet eens met de visie van Cassatie.⁵⁰ De analogie van het beginsel uit artikel 26, tweede lid van de Grondwet op andere "openbare vergaderingen" die niet in de open lucht plaatsvinden of op uitoefening van andere geestelijke vrijheden in openlucht, is volgens hen strijdig met zowel de tekst van de Grondwet als de voorbereiding door het Nationaal Congres. Het Nationaal Congres besprak het toenmalige artikel 19, tweede lid van de Grondwet als enige uitzondering op het verbod van preventieve maatregelen.⁵¹ Openbare vergaderingen die niet in de open lucht zouden plaatsvinden, kunnen echter wel geregeld worden door de wetgevende macht, maar kunnen niet onderworpen worden aan een voorafgaand verlot.⁵² Het preventieve optreden was volgens het Nationaal Congres niet nodig om de vrijheid van eredienst te vrijwaren, want het kon namelijk onschuldigen treffen en dus zou een repressief optreden beter zijn om de overtreders aan te pakken.⁵³ Aldus gaat het Hof van Cassatie weer een hele stap verder dan wat de uiteindelijke bedoeling van de grondwetgever was.

De Raad van State volgde in het arrest *Van Der Vinck* de redenering van de auteurs en niet die van het Hof van Cassatie. Ook in deze casus ging het over drukwerk dat op de openbare weg werd uitgedeeld. Om deze commerciële geschriften of voorwerpen uit te delen, was er een voorschrift om minstens 14 dagen op voorhand toelating te vragen tot het verspreiden van dit soort drukwerk op de openbare weg. De Raad van State zag dit als een preventieve maatregel die in strijd is met het verbod op preventieve maatregelen op de vrijheid van meningsuiting.⁵⁴ Het verbod om folders aan te brengen op de voorruit van geparkeerde auto's is echter geen preventieve maatregel. De

⁴⁹ Cass. 29 oktober 1973, *Pas.* 1974, I, 232.

⁵⁰ K. RIMANQUE en J. DE JONGHE, "De vrijheid van expressie op straten en pleinen", *TBP* 1978, 7-24; A. ALLEN, "Is het vereisen van een voorafgaand verlot in politiereglementen voor het uitdelen van pamfletten niet in strijd met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting", *TBP* 1975, 110-128.

⁵¹ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 727.

⁵² A. VANDER STICELE, *Vrijheid van vergadering*, Gent, E. Story Scientia, 1958, 41-42; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 728.

⁵³ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 728.

⁵⁴ RvS 18 mei 1999, nr. 80.282, overw. 3.4.4.7.

verplichting om iedereen die folders of pamfletten uitdeelt te laten vergezellen door een persoon die deze folders en pamfletten opraapt is ook geen preventieve maatregel. De eerste maatregel is namelijk een regerende maatregel die ervoor zorgt dat er geen ongecontroleerd vuilnis ontstaat wanneer de auto's weggrijden. De tweede regel is niet van preventieve aard, omdat pas tijdens de bedeling van pamfletten en folders kan vastgesteld worden of het gebod overtreden wordt.⁵⁵

24. Het is dus zo dat het Hof van Cassatie en de Raad van State elk een andere visie hebben op hoe zulke maatregelen tot hun recht komen. Het Hof van Cassatie beoordeelt ook enkel met een formele toets, zodat het voldoende is om te kijken of de tekst van de verordening of het verbod verwijst naar een noodzakelijkheid van de ordehandhaving.⁵⁶ Het Hof van Cassatie spreekt zich niet uit over de proportionaliteit en noodwendigheid, aangezien dit deel uit maakt van de opportuniteit. Het Hof behandelt de opportuniteit echter niet: dit is voor de lagere rechtbanken. De Raad van State kan zich echter kritischer buigen over de tekst en de uiteindelijke gevolgen en tracht het opleggen van beperkingen ter bescherming van openbare rust, orde en veiligheid restrictief te interpreteren. Hij aanvaardt de loutere mogelijkheid van een ordeverstoring niet: er is een strikte en overtuigende motivering nodig.⁵⁷ Dit verschil in toetsing zou een mogelijke verklaring kunnen zijn voor het verschil in visie van beide organen, alsook het verschil tussen het objectief en subjectief contentieux.

25. Een ander probleem waren televisie-uitzendingen waarbij mogelijk wordt aangezet tot haat, discriminatie of geweld. Hierin werd in 2000 door het Grondwettelijk Hof nog een preventief ingrijpen geoorloofd geacht: *'de enige mogelijkheid tot preventief ingrijpen is uitzonderlijk en beperkt tot het geval waarin een duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk wordt gepleegd op het verbod om voor minderjarigen schadelijke programma's uit te zenden'*.⁵⁸ In het arrest van 6 oktober 2004 van het Grondwettelijk Hof, waarin bepaalde artikelen van de antidiscriminatiewet werden aangevochten, werd de vraag gesteld of het toenmalige artikel 19, paragraaf 1 niet in strijd was met de artikelen 19 en 25 van de Grondwet. Dit artikel liet de mogelijkheid om een soort van preventieve censuur op te leggen aan het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld. Het Hof zegt in dit arrest duidelijk dat men enkel kan ingrijpen wanneer er al een verspreiding geweest is van de boodschap.⁵⁹

Het Hof van Cassatie volgde het Grondwettelijk Hof echter niet. In 2006 velde Cassatie nog een arrest waarin het Hof aanvaardt dat een voorlopig uitzendverbod van een uitzending door de rechter in kort geding, om de rechten van anderen te beschermen, artikel 19 van de Grondwet niet

⁵⁵ RvS 18 mei 1999, nr. 80.282, overw. 3.4.4.9.

⁵⁶ D. VOORHOOF en A. DE MAEGD, "Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting op openbare plaatsen: recente rechtspraak in verband met betogingsverboden en (preventieve) maatregelen betreffende de verspreiding van pamfletten", *CDPK* 1999, 340.

⁵⁷ D. VOORHOOF en A. DE MAEGD, "Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting op openbare plaatsen: recente rechtspraak in verband met betogingsverboden en (preventieve) maatregelen betreffende de verspreiding van pamfletten", *CDPK* 1999, 340; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel II*, Antwerpen, Maklu, 1991, 762-763.

⁵⁸ Arbitragehof 29 november 2000, nr. 124/2000, overw. B.6.3.

⁵⁹ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, overw. B.75.

schendt. Het Hof van Cassatie liet dus wel nog censuur toe. Echter zal het Europees Hof voor de Rechten van de Mens later het Hof van Cassatie tegenspreken.⁶⁰

26. Het lijkt nu dus dat een preventieve maatregel niet langer kan buiten de in artikel 26, tweede lid van de Grondwet bedoelde situatie. Dit is echter de tekstuele interpretatie van de Grondwet. Later zal blijken of het veelvuldig gebruik van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens hier enige afbreuk aan zal doen.

27. Over repressieve maatregelen wordt er minder getwist: deze zijn namelijk altijd mogelijk voor zover de Grondwet dit toelaat. Denk maar aan artikel 19 van de Grondwet, dat straffen toelaat wanneer er misdrijven gepleegd worden die ter gelegenheid van het gebruikmaken van de vrijheid van eredienst worden gepleegd. Binnen de repressieve maatregelen zijn er ook geen grote twistpunten.

Conclusie

28. Het beperkingregime van de Grondwet is een formeel regime, aangezien er weinig inhoudelijke voorschriften zijn. De paar regels die er zijn, zorgen er voor dat de nadruk ligt op een bescherming *a posteriori*: een preventieve bescherming is op enkele uitzonderingen na verboden. Artikel 26 van de Grondwet laat in lid 2 het gebruik van preventieve maatregelen enkel toe tijdens 'vergaderingen' in open lucht. Het grote twistpunt in de rechtspraak betreft het voorafgaand verlov dat nodig zou zijn wanneer een evenement wordt georganiseerd. De bedoeling van de Grondwetgever was om dit enkel toe te laten wanneer het om een 'vergadering' in open lucht ging. Het Hof van Cassatie was echter van mening dat dit ook gebruikt kon worden wanneer een evenement binnen plaatsvond, zolang het maar publiekelijk toegankelijk was. De Raad van State was door een diepere opportuniteitsstoetsing van mening dat een voorafgaand verlov enkel mogelijk was wanneer er sprake was van een evenement in open lucht. Repressieve beperkingen zijn echter wel mogelijk in het formele systeem.

⁶⁰ Cass. 2 juni 2006, AM 2006, 355; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 954-955.

Het beperken van grondrechten in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Algemeen

29. Het tweede systeem betreft het beperkingsstelsel van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dit stelsel verschilt in vele opzichten van het stelsel van de Grondwet. Dit Verdrag werd in 1950 gesloten en is grotendeels gebaseerd op de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en kwam er in navolging van de Tweede Wereldoorlog.⁶¹ Het beperkingsstelsel van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens kwam tot stand in navolging van de fascistische regimes die op een formeel-democratische manier aan de macht konden komen. Hieruit bleek dat men rechten en vrijheden moest beschermen tegen niet alleen andere individuen, maar ook tegen de staat zelf, aangezien een democratisch verkozen parlement zelf verzaakte aan grondrechten. Het beperkingsstelsel is zo opgebouwd dat de rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een afweging zou kunnen maken tussen de bescherming van het grondrecht en de zorg voor andere rechtsgoederen.⁶²

30. Voor er over de beperkingmogelijkheden gesproken kan worden, moet er eerst een onderscheid gemaakt worden tussen absolute en relatieve rechten binnen het Verdrag. Een absoluut recht is *"een verdragsrecht dat in principe niet onderworpen is aan beperkingen of inmengingen en waarbij er in principe geen afweging gebeurt van het desbetreffende recht ten opzichte van andere verdragsrechten of belangen ten einde de juiste draagwijdte van het verdragsrecht te bepalen"*.⁶³ Een voorbeeld van een absoluut recht is het verbod van foltering.⁶⁴ Het absolute karakter van het recht in het verdrag verhindert niet dat er uitzonderingen zijn, die echter enkel mogelijk zijn wanneer ze in de inhoudelijk omschrijving van de draag- en reikwijdte van het recht zijn opgenomen.⁶⁵ Absolute rechten kunnen verdeeld worden in 2 categorieën. Ten eerste zijn er de rechten die een zodanige inhoudelijke omschrijving hebben gekregen, dat sommige situaties expliciet buiten het toepassingsgebied of de reikwijdte van het artikel worden gehouden, waardoor zij dus van de bescherming worden uitgesloten.⁶⁶ Als tweede zijn er dan ook nog rechten die een zodanig inhoudelijke omschrijving gekregen hebben, dat in de omschrijving zelf de beperkingmogelijkheid ligt.⁶⁷

Een relatief recht daarentegen is *"een verdragsrecht dat inhoudelijk en naar reikwijdte duidelijk wordt omschreven, maar onderworpen kan worden aan beperkingen of inmengingen, als gevolg waarvan de bescherming met betrekking tot een bepaalde situatie mogelijk niet van toepassing is omdat de bescherming van een ander belang of recht de toepassing ervan verhindert"*.⁶⁸ Dit wil zeggen dat er een afweging gemaakt moet worden tussen twee te beschermen rechten of

⁶¹ Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, BS 19 augustus 1955, 5029. (hierna EVRM); J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 28-29.

⁶² J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 28-29.

⁶³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

⁶⁴ Art. 3 EVRM.

⁶⁵ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92-93.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld art. 4 EVRM betreffende slavernij of dienstbaarheid.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld art. 5 EVRM betreffende recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid.

⁶⁸ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92-93.

belangen. Deze rechten kunnen pas beperkt worden indien er strikte voorwaarden in acht worden genomen van evenredigheid en proportionaliteit.⁶⁹ Een voorbeeld van een relatief recht is de eerbiediging van het privéleven, gezinsleven, woning en briefwisseling van artikel 8 van het Verdrag.

31. Binnen het Verdrag zijn er meerdere beperkingmogelijkheden mogelijk: de zogenaamde beperkingclausule van artikelen 8 tot en met 11, inherente rechten en impliciete beperkingen en ook de noodtoestand van artikel 15.⁷⁰ De noodtoestand wordt in het kader van deze masterthesis niet besproken. Op de inherente rechten met impliciete beperkingen wordt even stilgestaan, maar er wordt vooral over de beperkingclausule gesproken binnen deze thesis.

Beperkingsclausule

32. De beperkingclausule uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is de meest bekende methode waarmee men toelaat om bepaalde grondrechten te beperken. Deze clausule komt voor in artikel 8 (de eerbiediging van het privéleven, gezinsleven, woning en briefwisseling), artikel 9 (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst), artikel 10 (vrijheid van meningsuiting) en artikel 11 (vrijheid van vergadering en vereniging) van het Verdrag, alsook artikel 2 van protocol 4 (vrijheid van verplaatsing) van het Verdrag.⁷¹

Deze clausules bevatten 3 voorwaarden waaraan een beperking of inmenging moet voldoen voordat deze beperking rechtmatig kan worden ingevoerd. Het betreft het voorzien zijn of in overeenstemming zijn met de wet, een legitiem doel en de noodzakelijkheid in een democratische samenleving.⁷² Deze beperking of inmenging komt in de verschillende artikelen aan bod. In de Engelstalige tekst worden hier begrippen zoals "*interference*", "*limitations*", "*restrictions*", ... door elkaar gebruikt. Zij kunnen echter allemaal als een beperking worden beschouwd.⁷³ Binnen de Nederlandse tekst worden enkel "inmenging" en "beperking" gebruikt. Deze kunnen betrekking hebben op statelijk optreden dat effectief plaatsgrijpt of heeft plaatsgegrepen, maar ook op regelgeving waarvan het onzeker is of die in de toekomst tegen de verzoeker zal keren in de vorm van een inmenging of een beperking.⁷⁴

Bij wet voorzien of in overeenstemming met de wet

33. In de Engelse tekst van het Verdrag wordt een onderscheid gemaakt tussen "*In accordance with the law*" en "*prescribed by law*". In deze Engelse tekst gebruikt artikel 8 het "*In accordance with the law*", daar waar artikelen 9 t.e.m. 11 het "*prescribed by law*" gebruiken. In de Franse en Nederlandse tekst wordt er respectievelijk gesproken van "*prévues par la loi*" en "bij wet voorzien"

⁶⁹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92-93.

⁷⁰ Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 333-334.

⁷¹ Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 333-334; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 123; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 341-342.

⁷² Artt. 8-11 EVRM

⁷³ Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 334.

⁷⁴ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 124-125.

en wordt er geen enkel onderscheid gemaakt binnen deze artikelen.⁷⁵ De Engelse tekst is reeds het onderwerp geweest van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In de arresten *Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk* en *Malone tegen het Verenigd Koninkrijk* spreekt het Hof zich uit over het verschil in tekst.⁷⁶ Het Hof zegt dat beide formuleringen een gelijke lezing vereisen en er dus geen onderscheid gemaakt hoeft te worden tussen de verschillende formuleringen.⁷⁷

34. Het bij 'wet voorzien zijn' wordt getoetst aan de hand van enkele voorwaarden. Ten eerste moet de beperking in de wet zijn opgenomen. Men spreekt hier over een wet in de materiële zin.⁷⁸ "Een wet in de materiële zin bevat rechtsregels met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter, die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn".⁷⁹ Voor de Belgische wet betekent dit dat een koninklijk besluit of een ander reglementair instrument van de uitvoerende macht een wet in de materiële zin is. Zij zouden dus gebruikt kunnen worden om een beperking op te leggen, die in overeenstemming is met het Verdrag.⁸⁰ Ook een ongeschreven wet kan volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden gezien als een wet in materiële zin.⁸¹

De wet die de beperking of inmenging oplegt, moest op het moment van de feiten wel van toepassing zijn.⁸² De controle dat de wet hieraan voldoet, wordt in eerste instantie gedaan door de nationale rechter en in laatste instantie door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De *ratio legis* hierachter is dat de nationale rechter beter geplaatst is om de wet te toetsen.

35. De wet waarin de beperking is opgenomen, moet voldoende toegankelijk zijn. De rechtsonderhorige moet toegang tot de wet hebben en op zijn minst weten waar hij voor staat: hij moet weten welke regels er van toepassing zijn.⁸³ Zo zou de gemeenteraad van Diepenbeek het uitgangsveld van de Diepenbeekse studenten kunnen beperken tot een bepaald uur om de nachtrust van de inwoners van Diepenbeek te vrijwaren. Zolang deze beperking (bijvoorbeeld een fuif tot 3u.) voldoende gecommuniceerd wordt, is er voldaan aan het toegankelijk zijn. Dit moet niet in het Belgisch Staatsblad zijn, maar kan bijvoorbeeld in een ruim verspreid bulletin,

⁷⁵ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 344; Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 336.

⁷⁶ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the Sunday Times/Verenigd Koninkrijk; EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

⁷⁷ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, §§ 47-49; EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk, § 66.

⁷⁸ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 126.

⁷⁹ J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, J. GOOSSENS en G. GOEDERTIER, *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 455; B. TILLEMANN, *Algemene inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2009, 108; E. DIRIX, B. TILLEMANN en P. VAN ORSHOVEN, *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 461.

⁸⁰ S. SMITS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten, de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 233; EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, De Wilde, Ooms and Versyp/Belgie, § 93; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk, § 29.

⁸¹ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, § 47; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 184.

⁸² EHRM, 7 februari 2002, nr. 28496/95, E.K./Turkije, §§ 62-64

⁸³ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, § 49; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 128; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 184.

uitspraken van ministers, een rapport of een publicatie in een dagblad,...⁸⁴ Ook ongeschreven wetten kunnen voldoende toegankelijk zijn, door bijvoorbeeld vonnissen en arresten of annotaties van zulke uitspraken.⁸⁵

Het Europese Hof is in deze zaken echter niet altijd even consequent: het Hof houdt rekening met de inhoud van de aangevochten regeling, de status van de personen tot wie deze gericht is en het toepassingsgebied van de betrokken regeling.⁸⁶ Zo is het Hof bijvoorbeeld strenger wanneer het gaat over beperkingen die afluisterpraktijken toelaten of een inmenging bij psychiatrische patiënten die aan de zorgen van anderen zijn overgedragen: dan zal de inmenging of beperking zeer strikt worden beoordeeld in zijn toegankelijkheid.⁸⁷ Wanneer het over professionele actoren gaat, bijvoorbeeld een onderneming, dan is het Hof minder streng, want zij hebben meer middelen om waakzamer te zijn over nieuwe regelgeving die mogelijk zeer complex is. Ondernemingen hebben namelijk een juridische dienst, die gespecialiseerd zijn in het opzoeken en analyseren van nieuwe wetgeving.⁸⁸ Op technische domeinen zoals het domein van de telecommunicatie veronderstelt het Hof dat men zich laat bijstaan door juridische adviseurs, die op de hoogte zouden moeten zijn van de technische en complexe regelgeving, alsook de vaste en nieuwe rechtspraak die van kracht zou moeten zijn.⁸⁹

36. De inmenging of beperking moet ook voorzienbaar zijn, waarmee het Hof bedoelt dat de wet die deze beperking of inmenging bevat voldoende nauwkeurig en precies moet zijn. De rechtsonderhorige moet begrijpen, al dan niet met deskundig advies, welke rechtsgevolgen er zullen optreden wanneer hij een bepaalde handeling zou doen, zodat hij zich er op kan voorbereiden om het al dan niet te doen. Hij moet dus een redelijk beeld kunnen vormen van de rechtsregels die in bepaalde gevallen van toepassing zijn op hem.⁹⁰ Omdat grondwetsbepalingen meestal een algemene aard bevatten, kan men hiervan een lager niveau van precisie verwachten dan van andere regelgeving die geen algemene aard bevat.⁹¹ Het kan ook zo zijn dat bepaalde wettelijke of reglementaire bepalingen algemeen en vaag zijn opgesteld, maar uitgelegd worden door de rechtspraak, waardoor ze toch enige vorm van houvast bieden en weldegelijk voldoende duidelijk geacht worden binnen de rechtspraak.⁹²

37. De beperkingen en inmengingen moeten in overeenstemming zijn met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, alsook met de algemene beginselen die vermeld worden of inherent

⁸⁴ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 128; Zie ook rechtspraak bvb: EHRM 9 november 1999, nr. 26449/95, Spacek/Tsjechië, §§ 54-59 (over verspreiding via een bulletin); EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk, §69 (over uitspraken van ministers).

⁸⁵ Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 336-337; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 128-129.

⁸⁶ EHRM 28 maart 1990, nr. 10890/84, Groppera Radio AG en anderen/Zwitserland, § 68.

⁸⁷ EHRM 24 september 1992, nr. 10533/83, Herczegfalvy/Oostenrijk, § 91.

⁸⁸ EHRM 9 november 1999, nr. 26449/95, Spacek/Tsjechië, §§ 58-59

⁸⁹ EHRM 28 maart 1990, nr. 10890/84, Groppera Radio AG en anderen/Zwitserland, § 68.

⁹⁰ EHRM 24 augustus 1998, nr. 23618/94, Lambert/Frankrijk, § 21; EHRM 20 mei 1999, nr. 25390/94, Rekvenyi/Hongarije, § 37; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 130.

⁹¹ EHRM 20 mei 1999, nr. 25390/94, Rekvenyi/Hongarije, § 34.

⁹² EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92, De Haes en Gijssels/België, § 33; EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, Muller en anderen/Zwitserland, § 38; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 184.

aanwezig zijn binnen dit verdrag.⁹³ Wanneer de verzoekende partij geen bezwaar opwerpt tegen bovenstaande kwaliteitsvereisten van de wet, dan ziet het Hof geen enkele reden waarom het een strikte beoordeling van de kwaliteitsvereisten van de wet zou moeten doen.⁹⁴

38. Het Hof heeft er al voor gezorgd dat nationale wetgeving veranderde omdat ze niet in overeenstemming was met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Zo was er de Franse regeling voor het afluisteren van telefoongesprekken. Deze is gesneuveld door een te lage kwaliteit van de regelgeving. Ze was ontstaan in het licht van rechtspraak, maar ze was niet voldoende duidelijk in hoe ver de reikwijdte en uitvoeringsmodaliteiten gingen: er was geen duidelijkheid over wanneer men mocht afluisteren, hoe lang de duur was, hoe lang deze zouden bijgehouden worden en of deze erna vernietigd zouden worden of ergens opgeslagen, ... De wet liet dus duidelijk veel lacunes. Deze regeling werd na o.a. het arrest *Kruslin* gewijzigd, aangezien zij de kwaliteitsvereiste van duidelijkheid, voorzienbaarheid en toegankelijkheid niet haalde.⁹⁵

Het nastreven van een legitieme doelstelling

39. Een legitiem doel moet vooropgesteld worden om een grondrecht te kunnen beperken. Dit hoort zo om te voorkomen dat een recht zomaar beperkt zou kunnen worden. De artikelen 8 tot en met 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, alsook artikel 2 van protocol 4 van het Verdrag, bevatten een hele waslijst aan mogelijke legitieme doelen: veiligheid van het land, openbare veiligheid, openbare orde, voorkomen van strafbare feiten, bescherming van de gezondheid, beschermen van de goede zeden, beschermen van de rechten en vrijheden van anderen. Er zijn ook nog enkele unieke legitieme doelen, zoals de territoriale integriteit, bescherming van de goede naam van anderen, voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van de onpartijdigheid en het gezag van de rechterlijke macht, het economische belang en een algemeen belang. Als er een vergelijkende studie gemaakt wordt tussen de verschillende lijsten van de verschillende artikels, dan zijn er verschillen waarneembaar: niet alle legitieme doelen komen terug in elk artikel, maar een legitiem doel kan verschillen van artikel tot artikel.⁹⁶

40. De eerste mogelijkheid is die van het vrijwaren van de veiligheid van het land. Deze mogelijkheid komt voor in alle artikelen, buiten artikel 9. Zulke beperking is bijvoorbeeld al toegelaten door het Hof in de zaak waarin het ging over een wet die ervoor zorgde dat spionagetechnieken gebruikt konden worden om geheim toezicht te houden over post- en telecommunicatie, wanneer het gebruikt wordt om de veiligheid van de staat te beschermen.⁹⁷

⁹³ ERHM 24 oktober 1979, nr. 6301/73, Winterwerp/Nederland, § 45.

⁹⁴ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 127; EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98, Murphy/Ierland, § 62.

⁹⁵ EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, *Kruslin*/Frankrijk, § 36; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 130.

⁹⁶ J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 186-187; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 130; Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 339-340; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 348-349.

⁹⁷ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, *Klass en anderen*/Duitsland, § 48; S. GREER, *The exceptions to article 8 to of the European Convention on Human Rights. Human Rights file no. 15*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 1998, 19.

41. Een tweede mogelijkheid is de openbare veiligheid, die vermeld is in alle artikelen. De openbare veiligheid wordt dan ook vaak gebruikt binnen het recht van godsdienstvrijheid van artikel 9, aangezien dit artikel niet de optie heeft om beperkingen op te leggen met betrekking tot de veiligheid van het land. Zo heeft het Hof in het kader van de openbare veiligheid al toegelaten dat staten vereisen dat religieuze bewegingen aan een stelsel van vergunningen (zoals bijvoorbeeld een plaats laten registreren als godsdienstig lokaal of het erkennen van de godsdienst in kwestie) zijn onderworpen of wanneer er een nieuwe religieuze leider aangeduid moet worden, indien er binnen de godsdienst zelf interne verdeeldheid is over wie er nu leider moet worden.⁹⁸

42. Ten derde is er de mogelijkheid om de openbare orde te beschermen. Ook dit legitiem doel is terug te vinden in alle artikelen. Hieronder valt bijvoorbeeld de weigering van een overheid om een vergunning af te leveren aan een religieuze instelling om toe te zien op een religieuze slachting. Dit doel mag echter alleen als een rechtmatig doel gezien worden wanneer de organisatie van het belijden van een eredienst door de staat bevorderlijk is voor religieuze harmonie en tolerantie.⁹⁹

43. Ten vierde heeft men ook de mogelijkheid om het voorkomen van strafbare feiten te gebruiken als legitiem doel. Dit is wel niet mogelijk voor de godsdienstvrijheid. Hier heeft het Hof bijvoorbeeld al geoordeeld dat een wet waarin staat dat men communicatie mag onderscheppen om het plegen van serieuze delicten te verhinderen, valt binnen het toepassingsgebied van dit legitiem doel.¹⁰⁰

44. Het vijfde mogelijke legitiem doel is de bescherming van de gezondheid. Dit legitiem doel geldt voor alle artikelen. Ook hier heeft het Hof het al over gehad in de rechtspraak, bijvoorbeeld de zaak *Cha'are Shalom ve Tsedek*, waar het ritueel slachten verboden werd indien dit niet bij erkende slachthuizen gebeurde, aangezien dit mogelijk de gezondheid in het gevaar zou kunnen brengen. Er zijn namelijk verschillende gezondheidsvoorschriften die gevolgd moeten worden door de erkende slachthuizen wanneer zij dieren slachten, die niet door tijdelijke slachtplaatsen gewaarborgd kunnen worden.

45. Als zesde mogelijkheid is er het beschermen van de goede zeden. Ook het beschermen van goede zeden kan binnen elk artikel. Dit legitiem doel is bijvoorbeeld zichtbaar in het arrest *Handyside*, waarin het verspreiden van een boekje over seks beperkt werd door een wet, aangezien men probeerde om zo de goede zeden te beschermen. Het Hof vond dat dit gerechtvaardigd was, aangezien de inhoud van het boekje de goede zeden zou kunnen aantasten.¹⁰¹

46. Een zevende legitiem doel betreft het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen. Dit doel geldt voor elk artikel, buiten artikel 10 over de expressievrijheid, waar een ander regime geldt. Het beschermen van de rechten en vrijheden van anderen wordt vaak samen gelezen met het beschermen van de gezondheid of de goede zeden en kwam bijvoorbeeld ter sprake in het arrest *Chappell*. In deze zaak werd een bevel gegeven om het huis van mijnheer Chappell te

⁹⁸ EHRM 26 september 1996, nr. 18748/91, Manoussakis en anderen/Griekenland, § 40; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 136.

⁹⁹ EHRM 27 juni 2000, nr. 27417/95, *Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk*, § 84; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 136.

¹⁰⁰ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, *Malone/Verenigd Koninkrijk*, § 81; S. GREER, *The exceptions to article 8 to of the European Convention on Human Rights. Human Rights file no. 15*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 1998, 32.

¹⁰¹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, § 52.

doorzoeken aangezien hij verdacht werd van het houden van illegale gekopieerde videotapes. Chappell vond dat zijn recht op privéleven geschonden werd. Het Hof verklaarde dat, hoewel er bij de uitoefening van de huiszoeking zich problemen voordeden, dat er geen schending was. De problemen bij uitoefening waren dat de onderzoekers eigenlijk meerdere plaatsen tegelijk aan het doorzoeken waren, waardoor Chappell niet tegelijk een oog kon houden op beide doorzoekingen. Deze uitvoeringsproblemen waren in de ogen van het Hof een probleem, maar geen reden om de inmenging niet te tolereren.¹⁰²

47. Artikel 10 van het Verdrag heeft nog een paar extra legitieme doelen, zoals de territoriale integriteit, de bescherming van de goede naam van anderen, het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Ook in artikel 8 staat nog een apart legitiem doel, namelijk het economische welzijn van het land en in artikel 2 protocol 4 is er ook nog sprake van een algemeen belang dat gebruikt zou kunnen worden om een beperking te rechtvaardigen.¹⁰³

De territoriale integriteit kwam bijvoorbeeld in het arrest *Piermont* ter sprake, waar mevrouw Piermont Frans-Polynesië niet meer binnen mocht omdat ze met bepaalde uitspraken had gedaan over de situatie binnen Frans-Polynesië en de Franse politiek. Zijzelf was een Europees Parlements lid en was in Frans-Polynesië op uitnodiging van het Frans-Polynesische Bevrijdingsfront gedurende de verkiezingscampagne. Tijdens een demonstratie tegen nucleaire energie, sprak zij over de Franse Politiek waarna ze werd uitgezet en niet langer het land binnen mocht, aangezien zij onder andere de territoriale integriteit aantastte met haar uitspraken. Het Hof vond dit echter een te grote inperking van het recht op vrije mening.¹⁰⁴

Een voorbeeld van het economische welzijn als legitiem doel is het arrest *Bernh Larsen Holding AS*. In dit arrest wilde de Noorse fiscus toegang tot de server van de holding om een belastingcontrole uit te voeren. De toegang werd verleend, paswoorden werden verschaft, maar op de vraag om een kopie van de server te mogen nemen, reageerde de holding negatief. De server werd enerzijds gedeeld met andere bedrijven en anderzijds stonden op de server bepaalde persoonlijke informatie van de werknemers, alsook privémails en foto's van het personeel. Alleen een klein percentage van de data is relevant voor de controle en daarom weigeren ze een kopie te verschaffen. De ondernemingen gaan na de nationale procedure naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met als argument dat de regel het privéleven van de werknemers bedreigt. De Noorse overheid beargumenteert echter dat de informatie moet ingewonnen worden met het oog op het economisch welzijn van het land. Het Hof ging hier in mee en vond dit een gerechtvaardigd doel.¹⁰⁵

48. Deze lijst van legitieme doelen is limitatief, wat dus betekent dat er geen toevoegingen gedaan mogen worden. Het Hof legt deze doelen echter ruim uit, zodat quasi elke potentiële vrijheidsbeperking op grond van het algemeen belang onder deze legitieme doelen geplaatst kan

¹⁰² EHRM 30 maart 1989, nr. 10461/83, Chappell/Verenigd Koninkrijk, §§ 62-66.

¹⁰³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 135; S. GREER, *The exceptions to article 8 to of the European Convention on Human Rights. Human Rights file no. 15*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 1998, 33-38.

¹⁰⁴ EHRM 27 april 1995, nr. 15773/89 en 15774/89, Piermont/Frankrijk, §§ 70-78

¹⁰⁵ EHRM 14 maart 2013, nr. 24117/08, Bernh Larsen Holding AS/Noorwegen, §§ 135-136; §§ 158-175.

worden. De rechtspraak van het Hof verduidelijkt ook in de rechtspraak deze verschillende doelen.¹⁰⁶

Noodzakelijk zijn in een democratische samenleving

49. Ten slotte moet er nog de noodzaak in een democratische samenleving zijn om een recht te beperken. Deze noodzaak wordt door het Hof ingevuld aan de hand van verschillende criteria die door het Hof zelf ontwikkeld zijn. Zo is er "het noodzakelijk zijn" en de "democratische samenleving", is er een mogelijke appreciatiemarge voor de staat, een pertinentiecriteria en een proportionaliteitstoets. Deze criteria zijn zeker niet cumulatief en exhaustief, maar worden door het Hof gebruikt om een beperking of inmenging te beoordelen. Het noodzakelijk zijn in een democratische samenleving is vaak de voorwaarde waarin het Hof een schending of een niet-schending ziet, aangezien er meestal wel een wettelijk kader en legitiem doel voor handen is.¹⁰⁷

Noodzakelijk en democratische samenleving

50. Een legitiem doel moet noodzakelijk zijn vooraleer er gesproken kan worden van een gerechtvaardigde beperking of inmenging. In het *Handyside* arrest heeft het Hof geoordeeld dat een het begrip noodzakelijk niet wil zeggen dat een beperking onontbeerlijk moet zijn om de doelstelling te bereiken.¹⁰⁸ Om van een noodzakelijkheid te kunnen spreken, moet er een dringende maatschappelijke behoefte zijn.¹⁰⁹

De dringende maatschappelijke behoefte moet in overeenstemming zijn met de vereisten van een democratische samenleving, iets wat het Hof nog niet gedefinieerd heeft in de jurisprudentie. Deze dringende maatschappelijke behoefte kan beschouwd worden als een soort van centrale waarde binnen de openbare orde van de Raad van Europa, waarrond de mensenrechten zich ontwikkelen.¹¹⁰ Zij wordt gekenmerkt door pluralisme, tolerantie en breeddenkendheid, want zonder deze elementen is er geen sprake van een democratische samenleving.¹¹¹

De begrippen "noodzakelijkheid" en "democratie" zijn nauw met elkaar verbonden en betekenen samen dat de overheid geen recht kan beperken zonder een adequate redenen voor te leggen. Ook moet deze beperking of inmenging evenredig zijn aan het beoogde doel. Democratie op zichzelf wordt door het Hof niet aanzien als een toetsingscriterium, maar zou als richtlijn kunnen dienen voor verdragsrechten te interpreteren. Een verwerende Staat hoeft niet aan te tonen dat de beperking of inmenging hoogdringend of onvermijdelijk was, of dat er een minder zwaar alternatief voor de betrokkene mogelijk was dat zijn rechten minder zou inperken. Het belang van de

¹⁰⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 136.

¹⁰⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 138-139; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 188-191; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 349-359; Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 340-342.

¹⁰⁸ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, § 48; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 139-140.

¹⁰⁹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, § 50; EHRM 29 maart 2016, nr. 56925/08, *Bédat/Zwitserland*, § 48-49; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 188-189.

¹¹⁰ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 140; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 188-189.

¹¹¹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, § 49.

legitieme beperkinggrond zal vaak van doorslaggevend belang zijn, buiten in die zaken waar er mogelijk een appreciatiemarge ligt voor de verwerende Staat. Daar is het Hof soepeler en laat ze meer toe aan de Staten, omdat zij beter geschikt zijn om de situatie te kunnen inschatten binnen hun cultuur en standaarden.¹¹²

Appreciatiebevoegdheid of "Margin of Appreciation"

51. De appreciatiebevoegdheid (of *Margin of Appreciation*) is een uitvinding van het Hof, die de Verdragsstaten de mogelijkheid geeft om binnen hun nationale recht rekening te houden met hun eigen culturele achtergronden en eigen standaarden binnen het kader van de Raad van Europa.¹¹³ De appreciatiemarge ligt vervat in de subsidiariteit, namelijk dat eerst de nationale rechtsmiddelen moeten uitgeput zijn voor men naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan stappen. Het Hof gebruikt een soort van standaard omschrijving, die ze al kende in 1978, maar tot op heden nog steeds gebruikt wordt.¹¹⁴ In dit arrest zegt het Hof dat de nationale overheden in principe in een betere positie zijn om te weten wat de achtergrond is in hun land dan een internationale rechter, om te beslissen of de aanwezigheid van een hoogdringendheid er daadwerkelijk is: "*the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it.*" De Verdragsstaten krijgen dus een soort van ademruimte om te zien of het mogelijk is in hun land.¹¹⁵

Er wordt rekening gehouden met een aantal elementen binnen deze appreciatiebevoegdheid.¹¹⁶ Als eerste moet er rekening gehouden worden met de consensus tussen de landen over een bepaald punt. Als het merendeel van de Verdragsstaten op dezelfde lijn zitten, zal de appreciatiemarge een stuk kleiner zijn dan wanneer er grote verschillen zijn tussen de Verdragsstaten onderling.¹¹⁷ Een tweede element is de aard van de doelstelling die met de beperking of inmenging wordt nagestreefd. Wanneer het over de bescherming nationale veiligheid gaat, is er een hogere appreciatiebevoegdheid dan wanneer het over het recht van de vrije meningsuiting gaat. Aangezien het Hof in vele arresten reeds uitspraak gedaan heeft over het belang van de vrijheid van meningsuiting, is er hier een beperktere appreciatiebevoegdheid.¹¹⁸ Ten derde kan ook de aard van het verdragsrecht kan meespelen in de beoordeling: voor een recht op eigendom is de beleidsruimte ruimer dan voor een recht op vrije meningsuiting.¹¹⁹ Ten slotte is er nog de beleidscontext binnen bepaalde beleidsthema's, zoals er zijn: algemeen sociaaleconomisch,

¹¹² J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 141; S. MARKS, "The European Convention on Human Rights and its 'democratic society'", *BYIL* 1995, 216-217.

¹¹³ S. SMITS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten, de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 230.

¹¹⁴ EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71, Ierland/Verenigd Koninkrijk, § 207; EHRM 16 juli 2009, nr. 20082/02, Zehentner/Oostenrijk, § 57.

¹¹⁵ EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71, Ierland/Verenigd Koninkrijk, § 207; J. KRATOCHVIL, "The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *NQHR* 2011, 326.

¹¹⁶ EHRM 27 april 2000, nr. 25702/94, K. en T./Finland, § 135.

¹¹⁷ D. SPIELMANN, *Allowing the right Margin the ECHR and national margin of appreciation doctrine: waiver of subsidiarity or European review?*, Cambridge, CELS working paper series, 2012, 18-23; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 217.

¹¹⁸ S. SMITS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten, de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 231; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 219.

¹¹⁹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 221.

landbouw, milieu, huisvesting, fiscaliteit, ruimtelijke ordening en stedenbouw. Wanneer men een algemeen beleid voert, dan laat het Hof een grotere appreciatiemarge toe dan wanneer er een specifiek beleid gevoerd wordt.¹²⁰ De marge wordt zowel toegelaten aan de wetgever, net als aan de lichamen die de wet interpreteren en toepassen.¹²¹

Deze appreciatiebevoegdheid is enkel mogelijk in de artikelen waar er een belangenafweging gemaakt kan worden tussen de individuele belangen van de verzoeker en het algemeen belang van de maatschappij.¹²² Zij is belangrijk voor beperkingen en inmengingen, aangezien het Hof vaak in materie waarin er een grote appreciatiemarge is, geen enkele uitspraak doet over de zaak en het overlaat aan de nationale overheid.

Pertinentie criterium

52. Het pertinentie criterium werd voor het eerst uitgelegd in het arrest *Handyside*. Hiermee bedoelde men dat het Hof moet kijken of de opgelegde maatregel ter beperking of inmenging van een grondrecht relevant is om het beoogde doel te bereiken. Het Hof gaat hierin echter niet zelf in op de maatregel, dat laat zij aan de nationale rechtbank, maar het Hof kijkt hier naar de toepassing van het artikel die door de nationale rechtbank gemaakt is.¹²³ Dit sluit aan bij zowel de vraag of de maatregel een legitiem doel nastreeft, als of de maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Omdat de toets of er legitiem doel nagestreefd wordt echter beperkt is, heeft het Hof deze via pertinentie proberen uit te diepen binnen de noodzakelijkheid. Zo gaat het Hof kijken wat er met de bedoelde maatregel bereikt wilt worden en of deze nuttig, toereikend en relevant is voor het te bereiken doel. Dit valt te schetsen met onderstaand voorbeeld:

Verschillende Belgische politieke partijen kwamen begin februari 2016 in het nieuws omdat ze aan het nadenken waren over hoe men een rookverbod kan opleggen wanneer personen roken in een auto waarin ook kinderen zitten die jonger zijn dan zestien jaar. Open VLD diende hier ook een wetsvoorstel voor in.¹²⁴ Deze regeling wil men in het leven roepen om jongeren te beschermen tegen de gevaren die roken met zich meebrengt. Deze beperking zou dan mogelijk vallen als een legitiem doel, namelijk het beschermen van de gezondheid van jongeren, binnen het artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens betreffende de privacy. Dit lijkt een juiste keuze te zijn als legitiem doel, want het recht van gezondheid is belangrijk, zeker als het over jongeren gaat die zichzelf vaak niet kunnen beschermen. De vraag is dan of deze maatregel nuttig, toereikend en relevant is voor het te bereiken doel. Ikzelf ben van mening dat dit zo is: het is een nuttige maatregel om de jongeren te kunnen beschermen van de gevaren van passief roken. De maatregel zal weldegelijk nuttig, relevant en toereikend zijn, het is namelijk een regel die weldegelijk beschermend zal kunnen werken voor de jongeren. De maatregel zal zijn doel bereiken, namelijk de gezondheid van de jongeren te beschermen. Dit zal ook gebeuren op een manier die gecontroleerd kan worden: men kan opmerken als agent dat er in de auto gerookt

¹²⁰ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 222-223.

¹²¹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, § 48.

¹²² J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 211.

¹²³ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, §§ 48-50.

¹²⁴ Wetsvoorstel (D. JANSSENS e.a.) tot wijziging van de wet van 22 december 2009 betreffende een algemene regeling voor rookvrije gesloten plaatsen toegankelijk voor het publiek en ter bescherming van werknemers tegen tabaksrook, teneinde een rookverbod in te voeren in gesloten personenvoertuigen in de aanwezigheid van kinderen jonger dan 16 jaar, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1633/1.

wordt en hiertegen repressief optreden aan de hand van boetes. Het eerdere idee van de orde van geneesheren om het roken in de eigen woning te verbieden, zal al moeilijker zijn, aangezien dit praktisch niet controleerbaar is. Dus is het beperken van het roken in de eigen woning in mijn ogen geen nuttige en toereikende oplossing voor het beschermen van de gezondheid van jongeren. In Schotland bestaat zulke regeling bijvoorbeeld al.¹²⁵

Proportionaliteitsbeginsel

53. Het laatste element betreft het proportionaliteitsbeginsel, wat ook wel het evenredigheidsbeginsel genoemd wordt en maakt deel uit van de *fair balance* toets of de belangenafweging die de rechter maakt bij zijn beoordeling. Een genomen maatregel moet proportioneel zijn, wat wil zeggen dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de ernst van de inmenging of beperking op het grondrecht en het belang van de legitieme doelstelling anderzijds. Zo is proportionaliteit steeds een discussie over feitelijke omstandigheden, die nauw samenhangt met de appreciatiebevoegdheid van de nationale staten.¹²⁶ De toets die het Hof vaak maakt, is het conflict tussen individuele belangen of groepsbelangen enerzijds en het hogere belang anderzijds. Zo werd er in zaak *Hatton* een belangenafweging gemaakt betreffende nachtvluchten van de luchthaven van Heathrow en de slaaprust in het licht van het recht op privéleven van artikel 8 van het Verdrag. Het Hof oordeelde hierin dat de nachtrust van een kleine groep van mensen niet kon opwegen tegen de sociaaleconomische belangen die de luchthaven had om nachtvluchten te laten doorgaan. Dit zou schade toebrengen aan de economische belangen van het Verenigd Koninkrijk en Heathrow.¹²⁷ De rechters hebben er rekening mee gehouden dat de afweging gemaakt moest worden tussen het kleine groepje van inwoners die last hebben van de nachtvluchten en de belangen van de luchthaven en de daaraan verbonden staat. Zij hebben gebruik gemaakt van verschillende studies over slapen in de buurt van de luchthaven maar waren toch van mening dat er geen inbreuk was op het recht op privéleven van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.¹²⁸

54. In het voorbeeld van het verbieden van het roken in de wagen wanneer er jongeren aanwezig zijn, kan ook over de proportionaliteit een discussie gevoerd worden. Is het beschermen van de gezondheid van de jongeren een voldoende basis om dergelijke beperking van het privéleven in te roepen? Mijn inziens wel, aangezien jongeren toch aanzien worden als personen die niet voor hun eigen rechten kunnen opkomen. De scheidingslijn tussen zestien en achttien jaar vind ik wel een vreemd onderscheid. De redenering hierachter zou zijn dat kinderen jonger dan zestien jaar geen keuze hebben wanneer zij in de auto stappen, terwijl kinderen ouder dan zestien jaar deze keuze wel hebben. Zij kunnen weigeren om de auto in te stappen en op een andere manier op hun bestemming te geraken, zoals bijvoorbeeld met de bus of de fiets.¹²⁹ Die redenering is enerzijds te volgen, maar in de huidige samenleving is het geen logische grens, aangezien vele jongeren al met

¹²⁵ Zie de Smoking Prohibition (Children in Motor Vehicles) (Scotland) Act 2016.

¹²⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 144-145.

¹²⁷ EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, *Hatton en anderen/Verenigd Koninkrijk*, §§ 126.

¹²⁸ EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, *Hatton en anderen/Verenigd Koninkrijk*, §§ 116-127.

¹²⁹ Wetsvoorstel (D. JANSSENS e.a.) tot wijziging van de wet van 22 december 2009 betreffende een algemene regeling voor rookvrije gesloten plaatsen toegankelijk voor het publiek en ter bescherming van werknemers tegen tabaksrook, teneinde een rookverbod in te voeren in gesloten personenvervoertuigen in de aanwezigheid van kinderen jonger dan 16 jaar, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1633/1, 3-4.

de fiets of de bus naar school gaan. Men wilde hierin niet verder gaan dan nodig om de gezondheid van de minderjarigen te beschermen.¹³⁰

De vraag *in concreto* is of de regeling proportioneel is. Is er geen regeling die voor een mindere inmenging in het privéleven zou kunnen zorgen met hetzelfde resultaat? Om de gezondheid van de jongeren te beschermen in de auto met betrekking tot het passief roken lijkt er mij geen minder zware regel mogelijk. Een totaal rookverbod zou dan echter weer volledig disproportioneel zijn, aangezien dat doel verder zou gaan dan het doel om de gezondheid van de jongeren te beschermen. De Verdragsstaten moeten proberen om via de minst drukkende wijze op de mensenrechten hun doel te bereiken, dus *in casu* het beschermen van de gezondheid van de jongeren. Het is echter niet zo dat wanneer de verzoeker kan aantonen dat er een minder verregaand alternatief voor handen is, dat het Hof zal oordelen dat er een schending is van de mensenrechten. Echter volstaat het aantonen dat er een minder verregaande oplossing voor handen is, niet voor het vaststellen van een schending. Dit is een maatstaf die gebruikt wordt binnen de proportionaliteitstoets, maar is op zichzelf niet doorslaggevend.¹³¹

Proportionaliteit is dus steeds een soort van belangenafweging tussen 2 partijen, waarin men probeert om de juiste balans te vinden die de beste oplossing naar voren brengt.

Conclusie

55. De beperkingclausule van artikelen 8 tot en met 11 en artikel 2 van protocol 4 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is een van systemen waarmee men een beperking of inmenging zou kunnen opleggen. De beperkingclausule bestaat uit 3 elementen die vervuld moeten zijn vooraleer er gesproken kan worden van een rechtmatige beperking, met name het moet bij wet voorzien zijn, er moet een legitiem doel voor handen zijn en dit moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Aan de hand van verschillende voorbeelden uit de rechtspraak is er getracht om de theorie in de praktijk om te zetten.

Inherente of impliciete beperkingen

56. Buiten de hierboven besproken beperkingclausule is er nog een andere mogelijkheid om bepaalde rechten van het Verdrag te beperken, met name de mogelijkheid van de inherente of impliciete beperkingen.¹³² Wanneer er geen beperkingclausule of andere beperkingmogelijkheid voor handen is in het Verdrag, mag dat recht waarvoor geen beperkingmogelijkheid is, niet worden beperkt.¹³³

Een voorbeeld van een impliciete beperking kwam naar voor in het arrest *Deweer*, waarin het Hof oordeelde dat er niet alleen een recht tot toegang van de rechter is in burgerlijke zaken, maar ook in criminele zaken. *Deweer* had een gunstige regeling afgesloten om een boete te betalen na

¹³⁰ Wetsvoorstel (D. JANSSENS e.a.) tot wijziging van de wet van 22 december 2009 betreffende een algemene regeling voor rookvrije gesloten plaatsen toegankelijk voor het publiek en ter bescherming van werknemers tegen tabaksrook, teneinde een rookverbod in te voeren in gesloten personenvoertuigen in de aanwezigheid van kinderen jonger dan 16 jaar, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1633/1, 6.

¹³¹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 145-146.

¹³² J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 191.

¹³³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 148-149; Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DĪJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 343-344.

aangeklaagd te zijn geweest voor een crimineel feit. Echter wilde hij deze regeling aanvechten, maar dit mocht niet aangezien het een strafzaak was, waarin deze optie niet mogelijk was. Het Hof oordeelde dus dat dit recht ook geldt voor strafzaken en niet enkel voor burgerlijke zaken. Echter laat het Hof wel vallen dat hier nog steeds impliciete beperkingen mogelijk zijn, zoals er in een rapport van de Commissie stond. Hierin stonden voorbeelden, zoals er zijn de beslissing om niet te vervolgen en het bevel tot niet verder zetten van de procedure, die beide een toepassing zijn van een impliciete beperking op een recht, *in casu* toegang tot de rechter.¹³⁴ Echter heeft het Hof over deze soort beperkingen geen algemene theorie uitgewerkt.

De vraag in de rechtsleer rijst overigens of het wel daadwerkelijk een vorm van beperken is, ofwel het hier gaat over een soort van interpretatietechniek die ervoor zorgt dat de Verdragsstaten meer kunnen beperken via de impliciete beperkingen. Deze techniek werd ontwikkeld door de voormalige Commissie in de jaren 60, waarin deze sprak over impliciete beperkingen die in het recht zelf vervat liggen. Deze vloeiden dan voort uit de bijzondere rechtspositie van personen (bijvoorbeeld gedetineerden).¹³⁵ Zo sprak de commissie zich uit dat de correspondentie van de gedetineerden beperkt moest worden aangezien dit inherent was aan de vrijheidsberoving.¹³⁶

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgde de Commissie echter niet volledig in de leer van de impliciete beperkingen. In 2 volgende arresten werd het standpunt van het Hof duidelijker.

57. In de eerste zaak, het *Landloppersarrest*, ging het over de internering van landlopers. Als eerste haalde men aan dat de detentie onwettig zou zijn, maar het Hof zegt dat de internering voorzien is in artikel 5, eerste lid, categorie e van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De internering verliep ook in overeenstemming met de Belgische wet, waardoor zij dus rechtmatig bevonden werd.¹³⁷ Ook werd de post van de geïnterneerden gecontroleerd. De verzoekers vonden dit in strijd met hun recht op privéleven, omdat ze de internering onrechtmatig vonden.¹³⁸ Echter om verder te bepalen of de censuur wel een schending was, ging het Hof kijken naar de inmenging op het privéleven van artikel 8. Hier toetst het Hof enkel aan lid 2 van het artikel, de hierboven besproken beperkingclausule, waardoor zij impliciet de impliciete beperkingen niet gebruikt binnen artikel 8.¹³⁹ Het Hof vindt echter dat er geen schending is, aangezien er een wet is, met een legitiem doel, met name het vermijden van criminele feiten en het beschermen van de gezondheid en de goede zeden. Het Hof vond dit ook niet disproportioneel en vond dat de Staat binnen zijn bevoegdheid gebleven was om de geïnterneerden hun post te controleren.¹⁴⁰

58. In de tweede zaak, het arrest *Golder*, gaat het Hof zelfs nog een stap verder. Hier wilde de gedetineerde een advocaat raadplegen om een bewaarder op grond van laster voor de rechtbank te dagen. Zijn verzoek tot het raadplegen van een advocaat werd echter geweigerd door de bevoegde minister. Hij diende klacht in bij het Hof op basis van artikel 6, lid 1 en artikel 8 van het

¹³⁴ EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75, *Deweer/België*, § 49; G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford university press, 2013, 130.

¹³⁵ G. SMAERS, *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 20-22.

¹³⁶ Zie bvb. Commissie 11 juli 1967, nr. 2749/66, *De Courcy t. Verenigd Koninkrijk*, Commissie 1 april 1970, nr. 4445/70, X t. BRD.

¹³⁷ EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp/België*, §§ 67-70.

¹³⁸ EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp/België*, § 89.

¹³⁹ EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp/België*, §§ 91-93; G. SMAERS, *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 31-33.

¹⁴⁰ EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp/België*, § 89

verdrag. Het Verenigd Koninkrijk probeerde om via inherente beperkingen te ontsnappen aan een schending, maar het Hof ging hier niet op in en oordeelde dat impliciete beperkingen niet mogelijk zijn in de gevallen waarin er een beperkingclausule is opgenomen.¹⁴¹ Het Hof heeft dus zo een einde gemaakt aan de situatie van de jaren 60 waarin de Commissie op basis van de impliciete beperkingen talloze klachten heeft verworpen.¹⁴²

59. Nu blijft de vraag echter of deze impliciete beperkingen wel nog mogelijk zijn in de gevallen dat er geen sprake is van zo een beperkingclausule. Hier heeft het Hof in verschillende arresten dat bepaalde artikels weldegelijk impliciete beperkingen kunnen hebben, die niet in het artikel zelf vervat liggen, maar wel impliciet te zien zouden zijn.

Over artikel 6 heeft het Hof zo al verschillende arresten geveld, over onder andere toegang tot de rechter, recht op de tenuitvoeringlegging van een gerechtelijke uitspraak, het recht zichzelf niet te beschuldigen en het zwijgrecht, waarin het Hof bevestigt dat die rechten in het desbetreffende artikel niet expliciet vermeld zijn.¹⁴³ Ook over het recht op onderwijs van artikel 2 eerste protocol en het passief kiesrecht van artikel 3 van het eerste protocol heeft het Hof al geoordeeld dat die rechten impliciet zijn opgenomen in het verdrag.¹⁴⁴ In het geval van inherente rechten binnen het Verdrag, heeft het Hof geoordeeld dat impliciete beperkingen mogelijk zijn. Ook zijn deze soort beperkingen mogelijk wanneer het Verdrag de erkenning van een positieve verplichting voor de Verdragsstaat oplegt. Deze positieve verplichtingen mogen echter wel geen onmogelijke of onevenredige last neerleggen op de Verdragsstaat.¹⁴⁵

60. De impliciete of inherente beperking moet aan 3 voorwaarden voldoen: zij mag het recht zelf niet in zijn kern aantasten, de beperking moet er zijn om een legitiem doel te beschermen en de beperking moet proportioneel zijn ten opzichte van het beoogde doel. Dit wil dus zeggen dat de manier waarop een impliciete beperking gecontroleerd wordt door het Hof, in dezelfde lijn ligt met de beperkingclausule die hierboven al uitvoerig besproken is.¹⁴⁶ Aangezien de manier waarop de beperking gecontroleerd wordt hetzelfde is, zal er binnen deze thesis niet langer bij stilgestaan worden en zal het onderzoek beperkt worden tot de beperkingclausule.

¹⁴¹ EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, Golder/Verenigd Koninkrijk, § 44; J. VELU en R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 192.

¹⁴² G. SMAERS, *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 34-35

¹⁴³ Zie bijv. EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, Golder/Verenigd Koninkrijk (hierboven reeds kort besproken); EHRM 18 mei 2004, nr. 49806/99, Prodan/Moldavië, § 52; EHRM 28 juli 2007, nr. 476/07, 22539/05, 17911/08 en 13136/07, Olaru en anderen/Moldavië (over het recht op tenuitvoering); EHRM 24 juli 2003, nr. 39482/98, Dowsett/Verenigd Koninkrijk, § 42; EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, Chambaz/Zwitserland, § 59 (over het recht op openbaarmaking van relevante bewijsstukken aan verwerende strafprocespartij); EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97, Weh/Oostenrijk, § 46; EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09, Juricic/Kroatië, § 89 (over het zwijgrecht).

¹⁴⁴ EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02, Folgerø en anderen/Noorwegen, § 84 (over onderwijs); EHRM; 2 maart 2010, nr. 78039/01, Grosaru/Roemenië, § 43 (over het kiesrecht).

¹⁴⁵ EHRM 8 juli 2004, nr. 48787/99, Ilascu en anderen/Moldavië en Rusland, § 332; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 149-150; Y. ARAI, "The system of restrictions" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 348-350.

¹⁴⁶ EHRM 12 november 2002, nr. 46129/99, Zvolosky en Zvoloska/Tsjechië, § 47; EHRM 19 februari 2013, nr. 2834/06, Petko Petrov/Bulgarije, §§ 26-27; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 150.

Vergelijking tussen beide beperkingsystemen

61. Zoals in de voorbije twee hoofdstukken gebleken, zijn de beperkingsystemen van enerzijds de Belgische Grondwet en anderzijds het Europees Hof voor de Rechten van de Mens allesbehalve gelijk aan elkaar. Het is zelfs moeilijk om op het eerste zicht een gelijkenis te vinden. De grootste gelijkenis is mogelijk wel de rechten die ze met het systeem kunnen beperken, met name het recht op een vrije mening, recht op een privéleven, recht van vergadering,... De meeste rechten die voorkomen in het Verdrag, komen ook aan bod in de Grondwet. De Grondwet heeft wel al lang het recht op onderwijs, wat in het EVRM pas in protocol 1 werd ingeschreven.

62. Een eerste groot verschil is de vorm waarmee een beperking genomen moet worden. In principe moet een beperking op de grondrechten in de Grondwet tot stand komen door middel van een formele wet (tenzij anders bepaald, zoals bijvoorbeeld binnen artikel 26, lid 2 van de Grondwet, waarin het gaat over beperkingen vervat in politieverordeningen).¹⁴⁷ In het Verdrag volstaat een materiële wet, wat dus kan betekenen dat een ministerieel besluit een geldig instrument is om een grondrecht te beperken.¹⁴⁸ Zo zou, volgens het Verdrag, een ministerieel besluit ervoor kunnen zorgen dat men geen betoging mag organiseren op de zondag van de Ronde van Vlaanderen. In dat geval zou het 'bij wet voorzien' luik van de driedelige toets voldaan zijn. In principe betekent dit dus dat het Verdrag een makkelijkere legaliteitstoets heeft dan het systeem van de Grondwet. Zelfs vaste rechtspraak of ongeschreven recht zou in principe mogelijk voor het Verdrag.¹⁴⁹

63. Een tweede groot verschil betreft het karakter van de beperkingmogelijkheid. In de Grondwet is er een "a posteriori" karakter: preventieve maatregelen zijn in principe verboden, waardoor men bijna altijd repressief moet gaan optreden om een beperking door te voeren.¹⁵⁰ De nieuwe wet betreffende de huiszoeken zal dus een repressieve maatregel moeten zijn, want een preventieve maatregel is hier verboden. Wanneer men deze beperking neemt in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dan zal het niet uitmaken welk soort maatregel het betreft. Het Verdrag maakt geen enkel onderscheid tussen een preventieve, regelende of repressieve maatregel. De maatregel moet de driedelige toets gewoon doorstaan: hij moet bij wet voorzien zijn, een legitiem doel voor ogen hebben en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.¹⁵¹ Het beperkingsmechanisme van het Verdrag is dus materieel: beperkingen kunnen in de gevallen waarin dit uitdrukkelijk voorzien is en zijn slechts gerechtvaardigd wanneer er aan deze inhoudelijke voorwaarden voldaan is.

In ons voorbeeld van de wet betreffende de huiszoeken, is het bij wet voorzien voldaan, wanneer het wetsontwerp van Minister Geens aangenomen wordt en gepubliceerd wordt in het Belgisch Staatsblad. Het legitieme doel lijkt ook duidelijk, met name de veiligheid van de staat waarborgen. Of dit noodzakelijk is in een democratische samenleving, is de grootste vraag. Mijns inziens zal deze toets ook wel doorstaan worden: het is een maatregel die ervoor zal zorgen dat

¹⁴⁷ Art. 26 lid 2 GW: Deze bepaling is niet van toepassing op bijeenkomsten in de open lucht, die ten volle aan de politiewetten onderworpen blijven.

¹⁴⁸ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 276.

¹⁴⁹ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 313.

¹⁵⁰ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 276.

¹⁵¹ Zie hoofdstuk 2: beperkingsmechanisme van het EVRM

men terroristen of wapenhandelaars sneller kan opsporen, wat toch de veiligheid van de staat ten goede zal komen. Ook lijkt het een proportionele maatregel te zijn, want voor de veiligheid van de staat moet men ver kunnen gaan. Deze toets lijkt op het eerste zicht verder te gaan dan de toets uit de Grondwet, maar tegenwoordig hanteert het Grondwettelijk Hof ook deze criteria.¹⁵²

De inhoudelijke toets van het Verdrag heeft zijn voordelen: het is makkelijker voor de rechtsonderhorige om na te gaan of de voorwaarden voor een beperking of inmenging voor handen zijn, alsook kan de beperkende instantie op voorhand toetsen of hun beperking of inmenging stand zal kunnen houden voor de verschillende rechtbanken en hoven. De vormelijke toets van de Grondwet is daarentegen een meer vaag begrip. Preventieve maatregelen zijn verboden, tenzij voor bijeenkomsten in open lucht, maar regelende en repressieve maatregelen zijn mogelijk. Zo is het moeilijker om te bepalen of een bepaalde beperking al dan niet gerechtvaardigd kan worden. De grondwetgever vond de vorm van de akte of handeling waarmee een beperking tot stand kon komen zeer belangrijk.¹⁵³

64. Deze twee verschillen leiden ons tot de volgende vraag van het onderzoek: kan een Belgisch parlement zomaar een keuze maken voor welk beperkingssysteem het wil kiezen, of moet zij rekening houden met bepaalde regels? Artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens biedt de oplossing: *"geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is"*. Dit wil zeggen dat het Verdrag een complementaire werking heeft t.a.v. andere rechten en vrijheden die in de betrokken Verdragstaat gelden. Bij ons zou dat betekenen dat de Grondwet complementair kan werken met het Verdrag. Dit wil eigenlijk zeggen dat beide instrumenten samen gelezen moeten worden en wanneer er een verschil is, dan moet het instrument gekozen worden dat de ruimste bescherming biedt.¹⁵⁴

In principe is dit een logische redenering: men wilde met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens een algemeen kader bieden voor de bescherming van grondrechten, zonder te verzaken aan de reeds bestaande nationale normen. Vooral voor Verdragsstaten die nog geen of weinig mensenrechten hadden, was er de bedoeling om door middel van het Verdrag toch een zekere bescherming te bieden aan de burger.¹⁵⁵ In het geval van de Grondwet is er een duidelijke wisselwerking dankzij artikel 53 van het Verdrag: een verzoenende lezing en het beginsel van voorrang voor de ruimste bescherming zorgen ervoor dat er een maximale beschermingsniveau gerealiseerd kan worden. Het vormelijk beperkingssysteem vult het inhoudelijke systeem van het Verdrag perfect aan: door het vormelijke zal het zo zijn dat in veel gevallen enkel de formele wetgever een beperking of inmenging kan opleggen, terwijl binnen het Verdrag dit via elke materiële wet kan gebeuren. Hierdoor is de bescherming gewaarborgd door de Grondwet van een hogere kwaliteit, waardoor deze voorrang heeft op de bepaling van het 'bij wet voorzien zijn' van

¹⁵² Zie hoofdstuk 4 betreffende de rol van het Grondwettelijk Hof bij het beperken van grondrechten

¹⁵³ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 330.

¹⁵⁴ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 278; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 340-341.

¹⁵⁵ Preambule EVRM.

het Verdrag.¹⁵⁶ Het Verdrag hanteert wel inhoudelijke voorwaarden, die de Grondwet niet hanteert. Zo zijn er de voorwaarden van het legitieme doel, alsook de voorwaarde van de noodzakelijkheid in een democratische samenleving. In dat geval biedt het Verdrag een grotere bescherming, waardoor deze voorrang zal krijgen op de Grondwet.¹⁵⁷

65. Met betrekking op onze voorbeelden heeft dit eenzelfde resultaat: wanneer Minister Geens de test wil doorstaan met betrekking tot zijn nieuwe wet over de huiszoeking, zal hij aan de formele voorwaarde van de Grondwet moeten voldoen, alsook aan de inhoudelijke toets van het Verdrag. Er is door artikel 53 van het Verdrag namelijk geen mogelijkheid om de weg van de minste weerstand te kiezen, aangezien dit artikel ervoor zorgt dat de ruimste bescherming geboden moet worden aan de rechtsonderhorige. Ook de wet op het verbieden van het roken in de auto in het bijzijn van minderjarigen, is aan dezelfde voorwaarden onderworpen: er moet een formele wet voor handen zijn, die ook de inhoudelijke toets van het Verdrag kan doorstaan. Bij het verbod of het vragen van een voorafgaande toelating bij het organiseren van een betoging ligt het anders. Daar wordt ook de formele toets gedaan via de Grondwet, maar de Grondwet laat daar een politieverordening toe, wat een instrument is dat behoort tot de materiële wet. Maar ook hier wordt de inhoudelijke toets toegepast die zijn toepassing vindt in het Verdrag.

Er is dus een parallel te trekken tussen de verschillende voorbeelden: het formele van de Grondwet kan gehanteerd worden, aangezien dit strenger is en aldus een betere bescherming kan bieden dan de legaliteitstoets van het Verdrag. Daarentegen wordt wel de inhoudelijke toets behouden, aangezien de Grondwet geen inhoudelijke toets heeft en het Verdrag om die reden een betere bescherming biedt dan de Grondwet.¹⁵⁸ Hoe het Grondwettelijk Hof hiermee om gaat, wordt behandeld in het volgende hoofdstuk.

¹⁵⁶ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 342.

¹⁵⁷ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 342; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 278.

¹⁵⁸ S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 342.

De rol van het Grondwettelijk Hof binnen de samenloop van grondrechten

Situering

66. Het Grondwettelijk Hof (vroeger Arbitragehof) werd opgericht in 1980 met een beperkte bevoegdheid. Het was enkel bevoegd om wetgevende akten te toetsen aan de bevoegdheidsverdelende regels. Zo keek het Hof of de Vlaamse decreetgever geen materie in decreten gooide, wat eigenlijk de bevoegdheid is van een van de andere parlementen in België.¹⁵⁹ Echter was meer bevoegdheid nodig, aangezien met de verdere versplintering van het politieke land meer en meer bevoegdheden naar de Gewesten en de Gemeenschappen vloeiden. De parlementen waren op dat ogenblik de enige actoren die de Grondwet mochten interpreteren, maar door het veelvoud aan parlementen zou kunnen dat een artikel verschillend geïnterpreteerd zou worden.¹⁶⁰

67. Tijdens de derde staatshervorming in 1988 werd de bevoegdheid van het Arbitragehof een eerste maal uitgebreid. Het Hof mocht wetten, decreten en ordonnanties toetsen aan artikel 24 van de grondwet betreffende onderwijs. Dit was voor Franstalige politici nodig vooraleer onderwijs mocht overgeheveld worden van het federale naar Gemeenschapsniveau. Hiernaast kreeg het Hof ook de bevoegdheid om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het zogenaamde gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Dit breidde de bevoegdheid enorm uit, aangezien alle wetgevende akten konden getoetst worden aan artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁶¹ Via arresten bevestigde het Hof deze uitbreiding al meteen: in het eerste arrest over de verenigbaarheid van een wet met artikel 11 van de Grondwet stelde het Hof over artikel 11: *"in haar eerste deel een algemene draagwijdte heeft en elke discriminatie verbiedt, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regel van niet-discriminatie is van toepassing ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend"*.¹⁶² Dit wil dus zeggen dat via artikel 11 van de Grondwet het Grondwettelijk Hof eigenlijk de non-discriminatie-toets kon doen van wetten t.o.v. de rechten uit titel II van de Grondwet. Enkele maanden later trok het Hof dit ook door naar grondrechten die gewaarborgd waren in rechtstreeks werkende internationale verdragen.¹⁶³ Later volgden nog uitgebreid naar algemene rechtsbeginselen, de grondwetsartikelen die aangelegenheden voorbehouden aan de wetgevende macht en tot onder meer artikelen 144, 145 en 191 van de Grondwet.¹⁶⁴

68. In 2001 volgde een kleine uitbreiding, met name kon het Hof wetgevende akte toetsen aan artikel 6bis bijzondere wet Hervorming Instellingen, 5bis bijzondere wet Brusselse Instellingen en artikelen 6 paragraaf 2 en 9 paragraaf 1 bijzondere wet Financiering Gemeenschappen en

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ F. DUMON, "les conflits de compétence" in JEUNE BARREAU (ed.), *La réforme de l'Etat 150 ans après l'indépendance nationale*, Brussel, 1980, 288.

¹⁶¹ 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.

¹⁶² Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, *BS* 8 november 1989, overw. B.1.2.

¹⁶³ Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90, *BS* 27 juli 1990, overw. B.11.3.

¹⁶⁴ 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, 459; P. MARTENS, "L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle", *CDPK* 2010, 350-351.

Gewesten. Hoogstwaarschijnlijk heeft de bijzondere wetgever deze als bevoegdheidsverdelende regels willen aanduiden.

69. In 2003 kwam dan een derde uitbreiding, ook de meest belangrijke in kader van dit onderwerp. Het Arbitragehof kon eindelijk rechtstreeks toetsen aan de volledige Titel II en aan de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet. Om wetgevende akten aan grondrechten te kunnen toetsen, moest het Hof eindelijk niet meer via de onrechtstreekse toets van artikelen 10 en 11 gaan.¹⁶⁵ In 2007 werd door middel van een grondwetsherziening de naam gewijzigd van Arbitragehof naar Grondwettelijk Hof.

70. Het Grondwettelijk Hof is dus het orgaan dat de bevoegdheid heeft om wetten, decreten en ordonnanties aan bepaalde delen van de Grondwet te toetsen. Artikel 1 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof luidt nu: *"Het Grondwettelijk Hof doet, bij wege van arrest, uitspraak op de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet, een decreet of een in (artikel 134 van de Grondwet) bedoelde regel wegens schending van: 1° de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten; of 2° de artikelen van titel II " De Belgen en hun rechten ", en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet, 3° artikel 143, § 1, van de Grondwet"*.¹⁶⁶ Dit wil zeggen dat voor grondrechten het Grondwettelijk Hof nog steeds bevoegd is, aangezien deze rechten vallen onder titel II van de Grondwet, als bedoeld in artikel 1 van de bijzondere wet.

71. Zoals gezien in randnummer 18, is het Grondwettelijk Hof enkel bevoegd voor de centrale toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan deze titel II van de Grondwet. Elke rechter is daarentegen verplicht om te onderzoeken of de voorliggende nationale norm mogelijk een schending kan betekenen van een internationale verdragsbepaling met rechtstreekse werking.¹⁶⁷ Kort na het toekennen van de bevoegdheid om aan titel II van de Grondwet te toetsen, kwam de vraag of het Hof mag ingaan op middelen die rechtstreeks de schending van internationale verdragen aanvoeren. Het Hof bleef bij de oude stelling dat het niet bevoegd was om zulke middelen te beoordelen.¹⁶⁸

72. Het Hof kan wel een onrechtstreekse toetsing doen, iets wat het Hof al jaren doet. Reeds enkele maanden na het krijgen van de bevoegdheid om aan het non-discriminatiebepaling te toetsen, toetst het Hof vaak onrechtstreeks aan Europese en internationale verdragen door middel van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Dit doet het door te bepalen dat een schending van een grondrecht in een verdragsbepaling ten aanzien van een bepaalde categorie personen ook een

¹⁶⁵ 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, 460; J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 104.

¹⁶⁶ Art. 1 bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315. (hierna BWGH).

¹⁶⁷ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 512.

¹⁶⁸ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 147/2004, overw. B.6.2.

schending van artikel 10 en 11 GW uitmaakt tegenover die personen wiens grondrecht niet geschonden is.¹⁶⁹

Het onrechtstreeks toetsen via artikelen 10 en 11 aan de bepalingen van titel II van de Grondwet was echter niet langer nodig, nadat het Hof de bevoegdheid kreeg om rechtstreeks aan titel II van de Grondwet te toetsen.¹⁷⁰

De diffuse en centrale toetsing

73. In Hoofdstuk 1 is het verschil tussen centrale en diffuse toetsing reeds kort aan bod gekomen. De diffuse toetsing, dat elke rechter aan het verdragsrecht kan toetsen wanneer er een conflict tussen een interne regel en direct werkende verdragsbepaling is, en deze interne norm als sanctie buiten toepassing kan laten, is een doorn in het oog en leidde bijna tot artikel 32bis in titel II van de Grondwet. Dit artikel zou luiden: "*Ieder geniet de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de door de Belgische Staat geratificeerde Aanvullende Protocollen bij dit Verdrag*".¹⁷¹ Zo wou men toelaten dat het Grondwettelijk Hof rechtstreeks zou kunnen toetsen aan de rechten en vrijheden vervat in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.¹⁷² Dit zou dus impliceren dat men wil evolueren naar een volledig centraal toetsingssysteem.¹⁷³ Hier is echter geen gevolg aan gegeven en het artikel is niet in onze Grondwet opgenomen. De Raad van State had namelijk bezwaren over het nieuwe artikel.

Als eerste zou het artikel 32bis strijdig zijn met artikel 142 van de Grondwet. Dit bepaalt namelijk dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof kan uitgebreid worden tot andere bepalingen uit de Grondwet, maar niet met internationale verdragen. Ook zou door middel van artikel 32bis afbreuk gedaan worden aan het Franco-Suisse Le Ski-arrest wat betreft het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Deze doctrine wordt toch beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel en ook een algemeen beginsel van het constitutionele recht.¹⁷⁴ Men zou natuurlijk artikel 142 kunnen herzien, maar dit moet dan via de procedure van artikel 195 van de Grondwet, wat dan betekent dat het eerst ter herziening vatbaar verklaard moet worden, waarna het in de volgende legislatuur mogelijk gewijzigd zou kunnen worden.¹⁷⁵ Maar een tweede nog groter probleem bij deze denkpiste is dat het idee op gespannen voet staat met het Europees Recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het is namelijk zo dat elke rechter de mogelijkheid moet hebben om aan het Unierecht te

¹⁶⁹ GwH 23 juni 2010, nr. 74/2010, overw. B.27.1; L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 512.

¹⁷⁰ Art. 2 BWGH.

¹⁷¹ Voorstel tot Herziening van titel II van de Grondwet, om nieuwe bepalingen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Parl.St.* Senaat 2000-2001, nr. 2-575/1.

¹⁷² Voorstel tot Herziening van titel II van de Grondwet, om nieuwe bepalingen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Parl.St.* Senaat 2000-2001, nr. 2-575/1; G. MAES, "De doorwerking van verdragsrechtelijke beschermde grondrechten" in R. BAUWENS (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2005, 85.

¹⁷³ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 526.

¹⁷⁴ P. POPELIER, "Wie is de hoeder van onze grondrechten?", (noot onder Cass. 16 november 2004), *RW* 2005-06, 388.

¹⁷⁵ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 527.

toetsen en de strijdige interne normen buiten toepassing moet kunnen laten.¹⁷⁶ Het was ook niet duidelijk wat er zou gebeuren mocht een artikel van het Verdrag gewijzigd, toegevoegd of geschrapt worden. Dit zou in principe de inhoud van de Grondwet wijzigen, wat betekent dat dit volgens de procedure van artikel 195 van de Grondwet moet gebeuren. Dit betekent in concreto dat bij elke aanname van een nieuw protocol bij het Verdrag, men een nieuwe stemming zou moeten houden betreffende artikel 32bis van de Grondwet.¹⁷⁷

Omwille van onder meer deze drie redenen, heeft men het idee van tafel geveegd en is het niet gestemd geweest. De piste van de volledige centrale toetsing werd dus niet langer gevolgd.

74. De omgekeerde beweging, met name alles omzetten naar een diffuse toetsing, zou de terugkeer in de tijd betekenen en dat het Grondwettelijk Hof weer wordt opgeheven of toch zijn bevoegdheid om te toetsen aan titel II van de Grondwet verliest. Echter maakt dit reeds deel uit van de rechtscultuur van België, waarin het toetsingsmonopolie van het Hof toch een belangrijke rol speelt.¹⁷⁸ De onafhankelijkheid van het Hof is beter gewaarborgd dan bij de gewone rechter: zo wordt de rechter bij het Grondwettelijk Hof voor het leven benoemd, en slechts geschorst of uit hun ambt gezet bij arrest uitgesproken door de voltallige zitting.¹⁷⁹ Ook de samenstelling, evenveel Franstalige als Nederlandstalige rechters, is een belangrijke waarborg die goede en rechtvaardige rechtspraak ten goede komt.¹⁸⁰ Deze rechters zijn ook een gezonde mix tussen politici en juristen, wat betekent dat zowel het juridische als de politieke evolutie in acht genomen kan worden bij het beslechten van geschillen.¹⁸¹ Ook zijn er strikte onvereenigbaarheden, waardoor de neutraliteit van de rechters bewaard kan worden.¹⁸² Omwille van deze verschillende redenen is het Grondwettelijk Hof een absolute meerwaarde voor het huidige juridische landschap en is de ommekeer van de bevoegdheden ook geen oplossing voor de complexe situatie.

75. De procedure die voor handen is door dit gesplitste systeem, is op zijn minst gezegd niet efficiënt. Het toetsen aan grondrechten in de Grondwet door het Grondwettelijk hof enerzijds en het toetsen van grondrechten in de internationale verdragen en het Europees recht door iedere rechter anderzijds zorgt voor een inefficiënte rechtsbescherming. Echter vormt de rechtsorde één geheel en mogen niet zomaar uit elkaar getrokken worden. De eenheid inzake fundamentele vrijheden en rechten moet worden gewaarborgd en de tegenstrijdige uitspraken over deze thema's moeten vermeden worden. Door middel van dit systeem is het echter mogelijk dat verschillende rechters in dezelfde zaak andere conclusies trekken, wat dan weer leidt tot een gebrek aan

¹⁷⁶ HvJ 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, *Jur.* 1978, 629; 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, 390.

¹⁷⁷ Voorstel tot Herziening van titel II van de Grondwet, om nieuwe bepalingen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Parl.St.* Senaat 2000-2001, nr. 2-575/2

¹⁷⁸ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure 2005, 119.

¹⁷⁹ Artt. 32, 49 en 56 BWGH; E. CLOOTS, "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?", *TBP* 2006, 269.

¹⁸⁰ Art. 31 BWGH.

¹⁸¹ Art. 34 BWGH.

¹⁸² Artt. 44-48 BWGH.

rechtszekerheid.¹⁸³ Mijns inziens is de beargumentering van L. Van Welde juist, de nadelen van een gesplitst systeem wegen nooit op tegen de bezwaren geformuleerd bij een geheel centrale of geheel diffuse toetsing. Bij een geheel centrale toetsing is het namelijk zo dat de regels van het Europees recht geschonden zouden worden, want elke rechter moet de mogelijkheid hebben om interne normen te toetsen aan het Unierecht en strijdige interne normen buiten toepassing te laten. Een geheel diffuse toetsing zou betekenen dat we terugkeren naar de periode vooraleer er sprake was van de toetsing aan titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof, wat ook een niet zo positief verhaal zou zijn. De huidige gesplitste toetsing is dus duidelijk de beste oplossing. Door deze gesplitste situatie is er sprake van probleem bij de samenloop van grondrechten. Men spreekt van samenloop van grondrechten wanneer een grondrecht zowel door de Grondwet als door een ander verdrag gewaarborgd wordt.

Toetsing aan titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof

76. Sinds 2003 heeft het Grondwettelijk Hof dus de bevoegdheid om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan titel II van de Grondwet. Dit heeft ervoor gezorgd dat er geen indirecte toetsing via artikelen 10 en 11 van de Grondwet meer nodig was. Deze indirecte toetsing werd wel nog steeds gebruikt om wetten, decreten en ordonnanties via artikelen 10 en 11 van de Grondwet aan bepaalde grondrechten in internationale verdragen te toetsen. Wanneer men de rechtstreekse schending van grondrechten in een internationaal verdrag inroept, dan zal het Hof zich onbevoegd verklaren. De onrechtstreekse toets daarentegen voert het Hof wel uit.¹⁸⁴ De verantwoording van het Hof luidde: *"De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regels van gelijkheid en van niet-discriminatie zijn van toepassing ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend, met inbegrip van die welke voortvloeien uit internationale verdragsbepalingen die België binden, die door een instemmingsakte in de interne rechtsorde toepasselijk zijn gemaakt en die directe werking hebben"*.¹⁸⁵ Later werd de laatste zinslede van de instemmingakte weer geschrapt. In het arrest 106/2003 van 22 juli 2003 heeft het Hof dan gesteld: *"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"*.¹⁸⁶

77. Als men de website van het Grondwettelijk Hof raadpleegt, zijn er opmerkelijke vaststellingen te doen.¹⁸⁷ Wanneer men gaat kijken bij arresten, en het zoeken op referentienormen, dus normen die het Hof gebruikt in zijn rechtspraak, en men zoekt op verdragen, komen er verschillende resultaten tevoorschijn. Voor 1 januari 2004 zijn er bijvoorbeeld 29 arresten geveld waarin het Hof als referentienorm artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gebruikt. Van

¹⁸³ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 529.

¹⁸⁴ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 298-300; E. CLOOTS, "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?", *TBP* 2006, 259-260.

¹⁸⁵ Zie bvb: Arbitragehof 14 juli 1990, nr. 26/90, overw. 6.A.; Arbitragehof 19 december 1991, nr. 39/91, overw. 6.B.6.; Arbitragehof 3 december 1998, nr. 122/98, overw. B.5.

¹⁸⁶ Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/203, overw. B.4.2.

¹⁸⁷ <http://www.const-court.be/>

1 januari 2004 tot en met begin februari van 2016 zijn dit er 122. Toch opmerkelijk aangezien het Hof niet rechtstreeks toetst aan de internationale verdragen. Voor de rechtstreekse toetsing aan titel II van de Grondwet gebeurde dit dus door middel van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Sinds eind 2004 gebruikt het Hof echter een nieuw middel, met name het concept van de analoge grondrechten.

Echter, zoals J. Velaers terecht opmerkt, is het zelfs niet zo vreemd dat het Hof deze denkwijze hanteert. Het is namelijk zo dat in artikel 11 van de Grondwet vermeld staat dat *“het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden”*. Het Grondwettelijk Hof trekt dit door naar internationale verdragen, aangezien ook deze verdragen bepalingen bevatten die rechten en vrijheden bieden aan de Belgen. Wanneer deze internationale verdragen dan geschonden zouden worden door een wet, decreet of ordonnantie, dan is er ook direct sprake van een schending van artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁸⁸ Op deze wijze zijn eigenlijk de internationale verdragen gedeeltelijk in de Grondwet ingeschreven, wanneer deze verdragen gaan over rechten en vrijheden.

Om zo een schending van internationale verdragen aanhangig te maken bij het Hof, zijn er in principe 2 technieken. De eerste, de meest gebruikte techniek, is deze van beroep tot vernietiging of prejudiciële vraagstelling. Hierin wordt aan het Hof gevraagd om een wet, decreet of ordonnantie te beoordelen in het licht van artikelen 10 en 11 van de Grondwet, samen met de bepaling van een internationaal verdrag betreffende een mensenrecht. Dit kan dan bijvoorbeeld een artikel uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens zijn.¹⁸⁹ De andere techniek betreft de zogenaamde ongelijke behandeling in een wet, decreet of ordonnantie, wanneer er wel een algemeen belang wordt nagestreefd, maar er onevenredig zware gevolgen zijn voor de burgers, omdat zijn rechten en vrijheden worden geschonden. Het Hof verwoordt deze techniek zelf als: *“De niet-inachtneming van die vrijheden wordt aangevoerd, hetzij om het onevenredig karakter van de verbodsbepaling ten aanzien van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen te staven, hetzij als vrijheden waarvan bepaalde categorieën van personen op discriminerende wijze verstoken zouden zijn”*.¹⁹⁰

78. Na de toewijzing van de bevoegdheid om aan titel II van de Grondwet te kunnen toetsen, brak er echter een nieuw tijdperk aan betreffende rechten en vrijheden in internationale verdragen. Reeds in een van de eerste arresten na de bevoegdheid om wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet te toetsen, kwam het Grondwettelijk Hof in de rechtspraak met het zogenaamde criterium van de analoge grondrechten. Het Hof verwoordde het zo: *“Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. De schending van een grondrecht houdt overigens ipso facto een schending in van het gelijkheids- en nietdiscriminatiebeginsel. Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt*

¹⁸⁸ J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *TBP* 2005, 300.

¹⁸⁹ J. VELAERS, “Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen”, *TBP* 2005, 300-301.

¹⁹⁰ Arbitragehof 30 september 1999, nr. 102/99, overw. B.18.

aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met de internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen".¹⁹¹ In concreto wil dit zeggen dat wanneer een grondrecht gewaarborgd wordt door de Grondwet, ook gewaarborgd wordt door een internationaal verdrag, dat het Grondwettelijk Hof dan eigenlijk het Grondwetsartikel bekijkt in samenhang met de bepaling in het internationale verdrag. Zo wordt artikel 22 van de Grondwet vaak in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, aangezien beide artikels gaan over de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven.¹⁹² Wanneer er dan een beperking op een grondrecht wordt aangevochten, bijvoorbeeld het aanvechten van het rookverbod in de auto bij de aanwezigheid van minderjarigen jonger dan 16 jaar, kan het Grondwettelijk Hof de wet toetsen aan zowel artikel 22 van de Grondwet, als aan de analoge verdragsbepaling van artikel 8 van het Verdrag.

79. Dit arrest 136/2004 van het Grondwettelijk Hof zorgt er eigenlijk voor dat de theorie van het arrest *Franco Suisse* wel sterk beperkt wordt, door verruimend en creatief te werk te gaan met titel II van de Grondwet. Daar waar het Hof eigenlijk alleen maar aan titel II van de Grondwet mag toetsen, gebruikt het Hof deze normen om aan de analoge bepalingen in de internationale verdragen te toetsen. Zo zijn de verdragsbepalingen en hun interpretaties als het ware onlosmakelijk vastgekleefd aan de grondwetsbepalingen, waarmee zij een ondeelbare eenheid vormen.¹⁹³ Deze manier van lezing wordt tot op heden nog steeds toegepast.¹⁹⁴

80. Deze zogenaamde 'verzoenende lezing' wordt gebruikt door middel van een systematische interpretatie: men gaat ervan uit dat het recht één geheel is en dus ook zo geïnterpreteerd moet worden. In het kader van zo een systematische interpretatie worden oudere regels geïnterpreteerd in het licht van recente regels. *In casu* betekent dit dus dat de Grondwet geïnterpreteerd wordt in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Ook worden lagere regels geïnterpreteerd in het licht van de hogere regels. Door de grondwetsbepalingen op die manier te interpreteren, tracht het Grondwettelijk Hof de oudere regels van de Grondwet een update te geven om in de hedendaagse samenleving een correcte rechtsbescherming te bieden op het gebied van rechten en vrijheden. Hoe het Hof van Cassatie de wetten grondwetsconform interpreteert, zo tracht het Grondwettelijk Hof de Grondwet verdragsconform te interpreteren.¹⁹⁵ Twee bedenkingen kunnen hierbij geformuleerd worden. Als eerste het feit dat het niet makkelijk uit te maken is welke de hogere is van de twee instrumenten. Gevoelsmatig zal men snel zeggen het Verdrag, maar of het Verdrag de Grondwet overstijgt, is echter niet zo duidelijk. Daarnaast is er ook de bedenking over de grenzen van de evolutieve interpretatie. Het Hof heeft als taak om wetten en de Grondwet te interpreteren, niet om zelf opnieuw te redigeren. Zo worden teksten die uit het parlement komen vaak geïnterpreteerd op een manier waarop het Grondwettelijk Hof wetteksten een heel andere invulling geeft. Zo was er bijvoorbeeld het arrest 10/2001, waarin het

¹⁹¹ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, overw. B.5.3.

¹⁹² Zie bvb. GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016, overw. B.4.

¹⁹³ G. MAES, "De doorwerking van verdragsrechtelijke beschermde grondrechten" in R. BAUWENS (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2005, 86-87.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016, overw. B.4.; GwH 14 januari 2016, nr. 1/2016, overw. B.28.

¹⁹⁵ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 302-303.

Grondwettelijk Hof 'vijandig staan' herinterpreteerde als 'aanzetten tot schending van een vigerende rechtsnorm', wat dan een zeer restrictieve interpretatie is van het 'vijandig staan'.¹⁹⁶

81. Er zijn 2 vormen van analoge bepalingen, met name de volstreckte analoge bepalingen en de gedeeltelijk analoge bepalingen. Volstreckte analoge bepalingen zijn bepalingen waarin de Grondwet dezelfde tekst heeft als in de Verdragsbepalingen. Een voorbeeld hiervan betreft de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, die overeenkomen met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Wanneer het Hof hierover een zaak behandelt waarin een wet, decreet of ordonnantie in strijd geacht wordt met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, dan toetst het Hof op basis van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en stelt daarna vast dat artikel 26 van het Verdrag geen bijkomende of andere bescherming biedt.

Bij de gedeeltelijk analoge bepaling verloopt het anders: deze bepalingen betreffen de artikelen die zowel in titel II van de Grondwet als in de internationale verdragen worden beschermd. Echter zijn er wel verschillende waarborgen om ze te beschermen of verschillende voorwaarden om ze te beperken. Denk hierbij aan het verschillende beperkingregime van de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens, waar de inhoudelijke voorwaarden anders zijn dan die van de Grondwet, die geen inhoudelijke voorwaarden voor beperkingen bevat.¹⁹⁷ Een voorbeeld hiervan is artikel 22 van de Grondwet in samenhang met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Beide artikels gaan namelijk over het recht op privé- en gezinsleven, maar in paragraaf 2 van het verdragsartikel staan echter bijkomende inhoudelijk voorwaarden waaraan voldaan moet worden.¹⁹⁸ In deze zaken combineert het Grondwettelijk Hof de tekst van de Grondwet met die van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: het Hof gebruikt de inhoudelijke voorwaarden van artikel 8 lid 2 van het verdrag, maar onderwerpt de eerste voorwaarde, met name de door wet voorzien, aan een strengere toets.¹⁹⁹ Dit doet het Hof op basis van artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Het artikel geeft weer dat het Verdrag enkel maar een vorm van minimale bescherming geeft, die op geen enkele manier een ruimere bescherming door de Verdragsstaat in de weg kan staan.²⁰⁰ Dit verklaart dus waarom het Grondwettelijk Hof ervoor kiest om beide stelsels te cumuleren: het Hof probeert de meest ruime bescherming mogelijk te bieden aan de rechtsonderhorige. Dit doet het Hof door middel van de inhoudelijke voorwaarden van het Verdrag te koppelen aan de formele voorwaarden van de Grondwet.

De legaliteit van een beperking in België bevindt zich dus in een formele wet, gestemd door een democratisch verkozen parlement. Een ander element, het verbod op preventieve maatregelen, verdient in deze discussie ook zeker aandacht. Zoals reeds behandeld in hoofdstuk I, zijn preventieve maatregelen verboden, behalve in het geval van artikel 26, paragraaf 2 van de Grondwet betreffende vergaderingen in open lucht. Dit verbod op preventieve maatregelen is

¹⁹⁶ Arbitragehof 7 februari 2001, nr. 10/2001, overw. B.4.7.2.; J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 302-303.

¹⁹⁷ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 304-305.

¹⁹⁸ Zie hoofdstuk 2, waar bij wet voorzien, legitiem doel en de noodzakelijkheid in een democratische samenleving worden uitgelegd.

¹⁹⁹ Een formele wet i.p.v. een materiële wet. Zie bijv. Arbitragehof 18 oktober 2006, 151/2006, overw. B.5.6.

²⁰⁰ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 302-303.

echter niet terug te vinden in internationale verdragen. Als artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dan gevolgd wordt, zou de conclusie zijn dat de Belgische Grondwet een betere bescherming biedt dan het Verdrag en dat deze bescherming gehandhaafd moet worden. Dit lijkt ook de juiste redenering, waardoor preventieve maatregelen in beginsel nog steeds verboden zijn.²⁰¹

82. Er is echter nog een grote leemte in de rechtsleer over wat te doen mocht een Europese richtlijn, wat secundair Unierecht is, een preventieve maatregel opleggen die in strijd is met de Grondwet. In 2005 trachtte J. Velaers deze discussie reeds aan te wakkeren door te zeggen dat dit conflict tussen Belgisch recht en Unierecht benadert moet worden door middel van artikel 34 van de Grondwet. Wanneer men namelijk bevoegdheden overdraagt aan de Europese Unie, kan men niet veronderstellen dat de Unie deze bevoegdheden zal uitvoeren met het oog op titel II van de Grondwet. Toen had het Grondwettelijk Hof zich er nog niet over uitgesproken, waardoor Velaers enkel de veronderstelling kon maken dat, in het geval een omzettingwet, -decreet of -ordonnantie strijdig zou zijn met titel II van de Grondwet, deze niet strijdig met de Grondwet verklaard moet worden. Deze niet strijdig verklaring kon er wel enkel komen indien men de Europese richtlijn niet op een andere manier kon omzetten dan op de wijze waarbij er een schending met de Grondwet is.²⁰²

Dit impliceerde dus dat Velaers een hiërarchie zag, waarin het Europese recht hoger staat dan de Grondwet. Door artikel 34 wordt deze hiërarchie ook bevestigd. In 2010 velde het Grondwettelijk Hof een arrest waarin het ging over de energieregulator CREG. De elektriciteitsrichtlijn gaf autonomie aan de energieregulatoren, waardoor op CREG geen parlementaire controle meer moest gebeuren, alsook dat de afwezigheid van een verantwoordingsplicht van CREG aan de bevoegde minister verantwoord kon worden. Dit vloeide namelijk voort uit het recht van de Europese Unie.²⁰³ Hiermee gaf het Grondwettelijk Hof aan dat er weldegelijk een hiërarchie is, maar dat deze louter voortvloeit uit artikel 34 van de Grondwet, wat uiteraard herzien kan worden.²⁰⁴

83. Na de invoering van de bevoegdheid om aan titel II van de Grondwet te toetsen en de daarbij horende ontwikkeling van de onrechtstreekse toetsing van analoge bepalingen, leek er een probleem opgelost met betrekking tot de samenloop van grondrechten uit de Grondwet en de internationale verdragen. Het Grondwettelijk Hof hield zich op een zo ruim mogelijke manier bezig met de rechten en vrijheden die nu tot de bevoegdheid van het Hof hoorde. Voor deze manier van toetsen is iets te zeggen, want het Hof tracht op deze wijze de verouderde tekst van de Grondwet nieuw leven in te blazen door de verzoenende lezing. Ook zorgt het Hof op deze manier ervoor dat conflicten tussen nationaal recht, waarbij de Grondwet gerekend moet worden, en het internationale recht worden vermeden.²⁰⁵ Deze manier zorgde natuurlijk ook voor een betere

²⁰¹ Zie bijv. GwH 3 december 2009, nr. 195/2009, overw. B.34.: "*Artikel 19 van de Grondwet heeft tot doel aan de wetgever de bevoegdheid voor te behouden om het gebruik van de vrijheid van meningsuiting te regelen en in beginsel elke preventieve maatregel van een overheid te verbieden.*"

²⁰² J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 310.

²⁰³ GwH 9 december 2010, nr. 130/2010.

²⁰⁴ P. VANDERNOOT, "Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution" in *En hommage à Francis Delpérée*, Brussel, Bruylant, 2007, 1609.

²⁰⁵ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 318.

bescherming van de burger, aangezien zijn rechten en vrijheden nu nog beter gewaarborgd kunnen worden. Door de nieuwe manier van het Grondwettelijk Hof om aan de internationale verdragen te toetsen, staken er echter ook problemen op.

Oorlog tussen de rechters of de zogenaamde 'guerres des juges'

84. Met de aan het Grondwettelijk Hof toegekende nieuwe bevoegdheid werd de centrale toetsing sterker. Door het sterker maken van de centrale toetsing, werd de diffuse toetsing zwakker wat betreft grondrechten, aangezien het Grondwettelijk Hof toch analoge verdragsbepalingen betrof in de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties. Dit was echter niet zo positief voor andere rechters en vooral het Hof van Cassatie. Zodra er een vraag over grondrechten binnenkwam, was het onduidelijk of de hoven, rechtbanken en de administratieve rechtscolleges verplicht waren een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid met de Grondwet, of dat ze eerst zelf moesten toetsen aan de rechtstreeks werkende verdragsbepaling.²⁰⁶

Het Hof van Cassatie was aanvankelijk, samen met de Raad van State, altijd bereid om in gevallen van rechtstreekse samenloop voorrang te verlenen aan de toetsingbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. De rechtstreekse samenloop betreft wanneer artikelen 10 en 11 van de Grondwet in het geding zijn, in samenhang met het gelijkheidsbeginsel van internationale verdragsbepalingen met directe werking, zoals bijvoorbeeld artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.²⁰⁷ In dat geval werd het gezag van gewijsde van het Grondwettelijk Hof erkend en Het Hof van Cassatie en de Raad van State stelden zonder problemen een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Zij vonden het namelijk niet nodig om achteraf nog zelf een toetsing aan de verdragsbepaling te doen. Op die manier leek een goede werkwijze tot stand gekomen.²⁰⁸

85. Echter na de bevoegdheidsoverdracht leek het Hof van Cassatie een andere weg in te slaan. In de 'Vlaams-Blok-zaak' van 9 november 2004, waarin opgeworpen werd dat de racismewet strijdig was met de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd door artikel 19 van de Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. In het arrest werden vier verzoeken voor prejudiciële vragen neergelegd bij het Hof van Cassatie. Echter wilde het Hof hier om verschillende redenen niet op in gaan. Een belangrijke redenering was "*dat het EVRM primeert op de Grondwet; dat te dezen de Grondwet geen verdergaande eisen stelt aan de beperking van de vrijheid van mening, vergadering en vereniging, dan deze gesteld door het EVRM; dat in de eerste plaats het de rechter toekomt het EVRM uit te leggen en toe te passen*".²⁰⁹ Deze passage is een doortrekking van de Franco-Suisse Le Ski doctrine, waarin voorrang gegeven wordt aan het internationale recht. Echter, door middel van deze passage, kan er gesteld worden dat het Hof van

²⁰⁶ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 103.

²⁰⁷ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP 2005*, 304.

²⁰⁸ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 105-112 en 115-116; L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 515.

²⁰⁹ Cass. 9 november 2004, 17.

Cassatie de exclusiviteit miskent die door artikel 142 van de Grondwet gegeven is aan het Grondwettelijk Hof om de grondwettigheid van wetgevende normen te toetsen. Echter holt deze uitspraak de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof over prejudiciële vragen volledig uit.²¹⁰ Op deze manier eigent het Hof van Cassatie zich eigenlijk de bevoegdheid toe om te toetsen aan de Grondwet, wat voorbehouden is aan het Grondwettelijk Hof. Ook is de redenering van de voorrang van het internationale recht in dit geval fout, aangezien het over grondrechten gaat, wat betekent dat de ruimste bescherming van artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gebruikt moet worden.²¹¹

Later in hetzelfde arrest zegt het Hof van Cassatie ook nog iets anders: *“Overwegende dat de opgeworpen prejudiciële vraag niet dienstig is voor de beoordeling van de grief, zodat het Hof die vraag niet moet stellen”*.²¹² Hier probeerde het Hof van Cassatie onder de vraag uit te komen door artikel 26 paragraaf 2, lid 3 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof te gebruiken. Dit artikel laat een uitzondering toe om een prejudiciële vraag niet te stellen *“wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen”*. Deze weigering is *in casu* ontoelaatbaar, aangezien het niet dienstig zijn niet betekent dat de vraag onontbeerlijk is voor de uitspraak.²¹³ Deze weg die het Hof van Cassatie bewandelt in dit arrest is betreurenswaardig. Het Hof van Cassatie schendt niet enkel de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie zorgt er ook nog eens voor dat de rechtsonderhorige niet de bescherming krijgt die ze verdient.

86. Een week later, op 16 november 2004, gaat het Hof van Cassatie verder op het ingeslagen pad. Er ligt weer een verzoek tot prejudiciële vraagstelling voor het Hof, maar deze weigert omwille van soortgelijke overwegingen de vraag te stellen. Het Hof oordeelt: *“de rechter is bevoegd om te oordelen dat een wet bestaanbaar is met een direct werkende verdragsbepaling; de Grondwet voorziet geen ruimere bescherming dan de betrokken verdragsbepaling; de wettelijke bepaling waarvan de schending met de Grondwet wordt opgeworpen is in casu bestaanbaar met het verdrag; een toetsing van de wet aan het verdragsrecht volstaat en de vraag om een prejudiciële vraag te stellen, moet worden verworpen”*.²¹⁴ Het Hof van Cassatie toetste dus eigenlijk de aangevochten wet onmiddellijk aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in plaats van eerst de prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Cassatie was namelijk van oordeel dat, zoals het ook al gezegd had in het arrest van 9 november, dat het Verdrag voorrang had op de Grondwet, waardoor het eerst wilde toetsen aan het Verdrag. Cassatie vond een toets aan de Grondwet daarom onnuttig. De redenering hierachter was dat de Grondwet geen verdere bescherming bood dan het artikel van het Verdrag.²¹⁵ Hierdoor ontstond rechtsonzekerheid voor de burger die rechtsbescherming zocht, want er ontstonden verschillende interpretaties en

²¹⁰ F. MEERSSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, (noot onder Cass. 9 november 2004), *TBP* 2005, 51.

²¹¹ B. GORS, “Une cause de refus de renvoi préjudiciel: la primauté de la Convention européenne sur la constitution” *RBDC* 2005, 515-516.

²¹² Cass. 9 november 2004, 23.

²¹³ F. MEERSSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, (noot onder Cass. 9 november 2004), *TBP* 2005, 49.

²¹⁴ Cass. 16 november 2004, 3

²¹⁵ P. VAN ORSHOVEN, “Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?” *RW* 2007-2008, 878.

tegenstrijdige uitspraken. De wetgever kon niet langer zich afzijdig houden en moest tussenkomen om de oorlog tussen de rechters op te lossen.²¹⁶

Ook voor de kwestie rond beperkingen van grondrechten was het oplossen van deze oorlog bijzonder relevant. Als de rechtsonderhorige een probleem heeft met een wet waarin een grondrecht gewaarborgd door de Grondwet vervat is, dan moet de rechtsonderhorige zich hiertegen kunnen wapenen. Wanneer hij dan langs de weg van het subjectieve recht gaat, dan zal hij aan de rechter moeten vragen of deze een prejudiciële vraag wil stellen aan het Grondwettelijk Hof. Wanneer deze rechter dat dan niet wil doen op basis van de cassatierechtspraak die zonet besproken is, dan zal de rechter zelf via de verdragsbepalingen met directe werking gaan interpreteren en proberen het geschil op te lossen, terwijl het Grondwettelijk Hof geen kans krijgt om de zaak te behandelen, hoewel het Hof hier de bevoegdheid voor heeft. Dit is te schetsen aan de hand van een voorbeeld.

Stel dat iemand een boete krijgt voor het roken in de wagen in het bijzijn van minderjarigen jonger dan 16 jaar.²¹⁷ Die persoon wil de boete aanvechten, want die boete is onrechtmatig omdat zijn recht op een privéleven geschonden wordt. Hij vraagt aan de rechter om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof om de legitimiteit van de wet te onderzoeken, in het licht van artikel 22 van de Grondwet, in samenhang met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De rechter kent de cassatierechtspraak van 2004 en oordeelt dat hij geen prejudiciële vraag moet stellen aan het Grondwettelijk Hof, want het Verdrag primeert toch op de Grondwet, waardoor de rechter best zelf de interpretatie gaat doen in het licht van het Verdrag. Dit zou dan kunnen zorgen voor tegenstrijdige rechtspraak, die tegen de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ingaat betreffende het recht op een privéleven. Dit conflict in de rechtspraak moest dus opgelost worden.

Artikel 26 paragraaf 4 van de bijzondere wet Grondwettelijk Hof

87. In 2007 dienden senatoren Hugo Vandenberghe en Luc Van Den Brande een wetsvoorstel in.²¹⁸ Het voorstel was gebaseerd op het verslag van een werkgroep samengesteld uit leden van de magistratuur, advocatuur, Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie. Dit verslag werd op het symposium van 2 oktober 2005 voorgesteld.²¹⁹ De werkgroep probeerde een voorstel uit te werken voor een oplossing voor de problemen betreffende de samenloop van de grondrechten. Dit om het risico van tegenstrijdigheid tegen te gaan in de gevallen waarbij er een bepaling uit titel II van de Grondwet ook gewaarborgd wordt door een al dan niet volledige analoge bepaling in internationale verdragen. Voor wetten, decreten en ordonnanties te toetsten aan de grondrechten in de Grondwet is namelijk het Grondwettelijk Hof nog steeds bevoegd, terwijl de bevoegdheid voor de rechtstreekse toetsing aan internationale verdragen met directe werking voorbehouden is aan de

²¹⁶ M. TRAEST, "Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof", *NJW* 2010, 131.

²¹⁷ Ervan uitgaande dat de wet er komt.

²¹⁸ Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-12/1.

²¹⁹ J. VELAERS, Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in A. ARTS e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 105-112 en 115-116

rechterlijke macht. Om dit probleem op te lossen en zo tegenstrijdige rechtspraak te vermijden, was een ingreep nodig aan de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.²²⁰

88. Op 12 juli 2009 werd artikel 26, paragraaf 4 ingevoegd in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Zo probeerde de bijzondere wetgever om een eind te maken aan de oorlog tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie over de toetsing van grondrechten. In geval van samenloop van grondrechten was het namelijk niet duidelijk wat de rechter met de zaak moest doen. Moest hij eerst zelf toetsen of eerst de prejudiciële vraag stellen? Het artikel probeert hier een oplossing voor te bieden: *“Wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, stelt het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet”*.²²¹ De bijzondere wetgever heeft het conflict dus proberen op te lossen aan de hand van de voorrang te geven aan de prejudiciële vraag, wanneer er sprake is van een verdragsbepaling die analoog is met een bepaling uit titel II van de Grondwet. Hij heeft echter nog 4 uitzonderingen in de bepaling geschreven wanneer de prejudiciële vraag niet aan het Grondwettelijk Hof gesteld moet worden. Dit zijn de eerdere bepalingen van paragrafen 2 en 3, wanneer het college kan oordelen dat de aangevochten bepaling titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet schendt, wanneer een arrest van een internationaal rechtscollege aangeeft dat de aangevochten bepaling het Europese of internationale recht klaarblijkelijk schendt en wanneer het Grondwettelijk Hof al eerder aangegeven heeft dat aangevochten bepaling titel II van de Grondwet klaarblijkelijk schendt.²²²

Het is duidelijk dat de paragraaf een puur Belgisch compromis is, waarbij alle partijen wat water bij de wijn hebben geschonken. Het is een voorstel gedragen door de zowel het Hof van Cassatie als het Grondwettelijk Hof, waarbij men tracht om een werkbare oplossing te gebruiken, die goed is voor beide partijen. Beide partijen winnen in principe hier ook bij, want hoewel er voorrang aan de toetsing van het Grondwettelijk Hof aan de Grondwet gegeven moet worden, zijn er echter een aantal uitzonderingen in lid 2 die ervoor zorgen dat onnodige vertragingen vermeden worden. Daarna dient dan de toetsing aan de internationale verdragen te gebeuren door de overige rechtscolleges, dus niet het Grondwettelijk Hof.²²³

89. Dat men voor deze oplossing gekozen heeft, mag geen verrassing zijn. De problemen ontstonden door de 2 verschillende toetsingsmogelijkheden in het geval van grondrechten, waardoor rechtsonzekerheid ontstond. Om dit op te lossen zonder een compromis, zou betekenen dat van ofwel het Grondwettelijk Hof, ofwel van de andere rechtscolleges, de bevoegdheid ontnomen zou moeten worden om te kunnen toetsen aan de grondrechten. Dit zou impliceren dat men de tijd zou moeten terugdraaien naar voor 2003, waar de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid aan het Grondwettelijk Hof gaf om aan titel II van de Grondwet

²²⁰ M. TRAEST, “Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof”, *NJW* 2010, 130.

²²¹ Art. 26, §4, lid 1 BWGH.

²²² Art. 26, §4, lid 2 BWGH.

²²³ J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten”, *TBP* 2010, 387-388.

te toetsen. De andere mogelijkheid dwingt een grondwetsherziening op, die ervoor zorgt dat de bevoegdheid van het toetsen aan internationale verdragen met grondrechten aan het Grondwettelijk Hof gegeven wordt.²²⁴ Zoals al reeds besproken, faalde het idee om de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uit te breiden tot de toetsing aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens via het voorgestelde artikel 32bis van de Grondwet. Dit stuitte op zoveel kritiek, dat het niet opportuun was om die piste terug te bewandelen. Het terugdraaien van de klok naar waar het Grondwettelijk Hof niet toetste aan titel II van de Grondwet lijkt ook zeker de oplossing niet te zijn. Dan zou het Grondwettelijk Hof geen Grondwettelijk Hof meer zijn en zal het proberen om via artikelen 10 en 11 van de Grondwet toch indirect te toetsen aan deze titel, zoals het vroeger ook al deed.²²⁵ Het volledig ontmantelen van het Grondwettelijk Hof is zeker geen optie, want het doet zeer nuttig werk voor de rechtsbescherming en de eenheid van rechtspraak. Daarom werd maar geopteerd voor het compromis van het huidige artikel.

90. Wanneer een rechter de zaak voor zich krijgt, zal hij moeten oordelen of de situatie voor handen kan vallen onder paragraaf 4 van artikel 26 van de bijzondere wet. Wanneer de partij geen verdragsbepalingen inroept, moet de rechter zelf ambtshalve kijken of er analoge verdragsbepalingen zijn met het ingeroepen artikel van de Grondwet. Hij heeft dus ambtshalve de taak om te onderzoeken of er analoge grondrechten spelen, waarna hij de prejudiciële vraag stelt. Echter bij het Hof van Cassatie kan dit niet. Het Hof kan enkel de voorliggende elementen behandelen. Het Hof wordt gehinderd door artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek om ambtshalve te onderzoeken of er analoge verdragsbepalingen zijn van het ingeroepen artikel van de Grondwet. Daarom is het verstandig dat de partij de samenloop zelf opwerpt in de procedure voor het Hof van Cassatie, waarna deze de prejudiciële vraag moet stellen aan het Grondwettelijk Hof.²²⁶

91. De reden dat de bijzondere wetgever koos voor de voorrang te geven aan het Grondwettelijk Hof, is te verklaren door zijn bijzondere samenstelling, de procedure en de speciale gevolgen van het arrest van het Grondwettelijk Hof. Wanneer een zaak wordt beoordeeld door het Hof, zijn er 7 rechters en vaak zelfs 12 rechters die de zaak behandelen. Reeds eerder kwam aan bod dat een deel van de rechters politicus was en een ander deel jurist. Ook de aanwezigheid van zowel Nederlandstalige als Franstalige rechters is een grote troef van het Hof.²²⁷

Voor de procedure is het vooral belangrijk dat derden met belang in het geding tussenkomen. Het zijn echter niet alleen individuen die belang kunnen aantonen, maar ook institutionele partijen, waardoor bijvoorbeeld de voorzitters van de wetgevende vergaderingen en van de regering kunnen tussenkomen en hun stem laten horen over het voorliggende geschil. Ook wanneer het Grondwettelijk Hof een schending vaststelt na de prejudiciële vraag te hebben behandeld, is het niet zo dat de rechter die de vraag stelt als enige de wet niet moet toepassen. Op basis van artikel

²²⁴ P. POPULIER, "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-2010, 52-53.

²²⁵ 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, 390.

²²⁶ M. TRAEST, "Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof", *NJW* 2010, 133-134.

²²⁷ 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, 391.

26, paragraaf 2, lid 2, tweede puntje van de bijzondere wet kan elke rechter de wet buiten toepassing kan laten, zonder dat de rechter zelf een prejudiciële vraag moet stellen over de wet.²²⁸

92. In de rechtsleer heeft men waardering voor de oplossing, maar er blijken ook een paar gebreken in de regeling te zitten. Zo vraagt P. Populier zich af of men de macht van het Grondwettelijk Hof niet verzwakt heeft. Het is namelijk zo dat de rechtscolleges een eerste toetsing moeten doen, om te zien of de mogelijke prejudiciële vraagstelling niet onder de uitzonderingen valt waarvoor geen vraag nodig is. Om deze toetsing te doen, moeten deze rechters dus ook eerst een toetsing doen aan bepaalde elementen van de Grondwet, zoals het formele legaliteitsbeginsel of het verbod op preventieve maatregelen. Als men deze toets gedaan heeft en men stelt een vermoedelijke ongrondwettigheid vast, die niet reeds is vastgesteld door een internationaal rechtscollege of door het Grondwettelijk Hof zelf, pas dan moet de vraag aan het Grondwettelijk Hof gesteld worden.²²⁹ In geval van een klaarblijkelijke niet-schending van de Grondwet kan het Grondwettelijk Hof zich niet meer over de zaak uitspreken en heeft zo niet het laatste woord over de toetsing aan de Grondwet.²³⁰

93. Ook de uitzonderingen van lid 2 worden meermaals bekritiseerd in de rechtsleer. T. Moonen en M.F. Rigaux vragen zich af hoe de rechtscolleges enerzijds kunnen beslissen dat er een kennelijke niet-schending is van de Grondwet, maar dat de regels in het verdrag wel geschonden zijn. Er is namelijk geen controle op het vaststellen van een niet-schending.²³¹ De rechter moet echter zodra hij een uitzondering gebruikt, dit motiveren. Deze motivering moet omstandig en pertinent zijn en mag niet zomaar een verwijzing naar de uitzondering bevatten.²³² P. Populier zag hier dan ook een reden in voor de verzwakking van de macht van het Grondwettelijk Hof.²³³

94. P. Van Nuffel was zeer kritisch en zei dat de voorrangregeling voor het Grondwettelijk Hof er op lijkt dat de rechter verhindert wordt om eerst een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, of dat hij naast de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof de vraag tegelijk aan het Hof van Justitie kan stellen.²³⁴ Dit klopt niet, want er moet voorrang verleend worden aan de toetsing aan de Grondwet, wat niet wil zeggen dat er een volgorde zou bestaan in het stellen van prejudiciële vragen. De regeling van artikel 26, paragraaf 4 van de bijzondere wet sluit dus niet uit dat er een prejudiciële vraag tegelijk aan het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie gesteld wordt.²³⁵ De

²²⁸ J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, 391.

²²⁹ P. POPULIER, "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-2010, 54.

²³⁰ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 523; T. MOONEN, "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *Rev.b.dr.const.* 2011, 133-134.

²³¹ T. MOONEN, "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *Rev.b.dr.const.* 2011, 134-135; M.F. RIGAUX, "Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle", *JT* 2009, 650.

²³² T. MOONEN, "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *Rev.b.dr.const.* 2011, 134-135

²³³ P. POPULIER, "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-2010, 54.

²³⁴ P. VAN NUFFEL, "Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon", *RW* 2009-2010, 1170-1171.

²³⁵ P. GERARD, "De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België", *SEW* 2011, 162; J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, 401-403.

Europese rechtspraak rond Simmenthal wordt dus niet geschonden, want de rechter kan nog steeds in elk stadium een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stellen, indien hij dit nodig acht voor zijn vonnis.²³⁶

Het probleem kon zich echter wel bevinden in de situatie dat de rechter moest wachten op een antwoord op een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof. Want bij samenloop van Grondrechten moet wel eerst de vraag aan het Grondwettelijk Hof gesteld worden. Daarna kon de rechter zelf nog aan de verdragsbepaling toetsen door zijn diffuse toetsingsbevoegdheid. Echter, doordat de rechter eerst moet wachten op het antwoord van het Grondwettelijk Hof, loopt de procedure vertraging op. Deze vertraging zou wel mogelijk in conflict komen met de Simmenthal-rechtspraak, aangezien in dat arrest werd bepaald dat de rechter de onmiddellijke toepassing van het recht van de Europese Unie moet garanderen.²³⁷ Hierdoor begon men vragen te stellen over de verenigbaarheid van deze voorrangregeling uit artikel 26, paragraaf 4 van de bijzondere wet. Het Hof van Justitie kreeg ook een Franse prejudiciële vraag over soortgelijke materie en trachtte in dit arrest de vraag over de verenigbaarheid op te lossen.²³⁸

Het arrest Melki

95. De twijfels over de voorrangregel van artikel 26, paragraaf 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof waren niet enkel in België een punt van discussie. Er werden over zulke voorrangregelingen al snel prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. Ook het Franse recht bevatte zo een voortgangsregeling die vergelijkbaar is met de bepaling van artikel 26, paragraaf 4 van de bijzondere wet. In Frankrijk rezen daarom vragen over de verenigbaarheid van zulke regeling met het Unierecht, waarop het Franse Hof van Cassatie dan een prejudiciële vraag stelde aan het Hof van Justitie.²³⁹ In het arrest Melki en Abdeli werden strikte voorwaarden omschreven waaraan zulke voorrangregeling moet voldoen om verenigbaar te zijn met het Unierecht.²⁴⁰

96. Het Hof oordeelde: *"dat art. 267 VWEU zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een incidentele procedure voor toetsing van de grondwettigheid van de nationale wetten invoert, voor zover de voorrang van deze procedure ertoe leidt dat noch vóór de toezending van een grondwettigheidsvraag aan de nationale rechter die met de toetsing van de grondwettigheid van de wetten is belast noch, in voorkomend geval, na de beslissing van deze rechter over die vraag, geen van de andere nationale rechters zijn bevoegdheid kan uitoefenen om zich met prejudiciële vragen tot het Hof te wenden dan wel zijn verplichting daartoe kan nakomen. Daarentegen verzet art. 267 VWEU zich niet tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling, voor zover de andere nationale rechters vrij blijven,*

²³⁶ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 532-533

²³⁷ HvJ 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, *Jur.* 1978, 629; P. VAN NUFFEL, "Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon", *RW* 2009-2010, 1170-1171; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry", in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 96.

²³⁸ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 533.

²³⁹ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 533-534.

²⁴⁰ HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10, C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363; N. CARIAT, "Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l'Union européenne", *JT* 2011, 573-574.

- op elk ogenblik van de procedure dat zij passend oordelen – ook na de incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing – het Hof alle prejudiciële vragen voor te leggen die zij noodzakelijk achten,
- alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om de voorlopige rechterlijke bescherming van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten te verzekeren, en
- na een dergelijke incidentele procedure de betrokken nationale wettelijke bepaling buiten toepassing te laten indien zij die in strijd met het recht van de Unie achten”.²⁴¹

De drie voorwaarden uit het arrest zullen dus ook van belang zijn voor de Belgische regelgeving in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Ook in een door België gestelde prejudiciële vraag over artikel 26, paragraaf 4 verwees het Hof van Justitie naar de voorwaarden uit het arrest *Melki*.²⁴²

97. De eerste voorwaarde is dat de nationale rechter altijd een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie. Het Hof vereist echter wel niet dat er eerst aan het Hof een prejudiciële vraag stelt. De nationale rechter is soms beter geplaatst om het conflict op te lossen.²⁴³ Deze voorwaarde lijkt vervuld, aangezien de rechter in elke stand van het geding de prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie. De rechter kan ook tegelijkertijd een vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie, wat ertoe leidt dat de redelijke termijn niet overschreden wordt. Ook kan men na de voorrang gegeven te hebben aan het Grondwettelijk Hof, nog steeds een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie. Zo kan de bescherming van de verdragsbepaling worden gegarandeerd.²⁴⁴

98. Aan de tweede voorwaarde, dat de nationale rechter steeds voorlopige of bewarende maatregelen moet kunnen treffen zodat het Europese recht te vermijden of stop te zetten, lijkt ook voldaan te zijn. Artikel 26, paragraaf 3 van de bijzondere wet voorziet dat een rechtscollege in het geval er spoedeisendheid is en de uitspraak een voorlopig karakter heeft, er niet toe gehouden is een prejudiciële vraag te stellen.²⁴⁵ Bovendien is er ook nog de optie van artikel 19 van het Gerechtelijk Wetboek, dat toelaat dat in tussenvonnissen maatregelen genomen worden in afwachting van het eindvonnis. Hierdoor kan men oordelen dat men maatregelen kan nemen tegen schendingen van Unierecht, waardoor ook aan deze voorwaarde voldaan is.²⁴⁶

99. De laatste voorwaarde betekent dat de verwijzende rechter na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof nog steeds de mogelijkheid moet hebben om zelf aan de analoge verdragsbepaling te toetsen via zijn diffuse toetsingsmogelijkheid. P. Van Nuffel dacht dat het wel zou leiden tot een vertraging van de rechtspraak, wat niet in overeenstemming is met de Simmenthal-rechtspraak. Een voorlopige rechtenbescherming bieden kan er echter voor zorgen dat aan deze voorwaarde voldaan kan worden. Het Hof aanvaardt hier dat de verwijzende rechter de

²⁴¹ HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10, C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, overw. 57.

²⁴² HvJ 1 maart 2011, nr. C-457/09, ECLI:EU:C:2011:101.

²⁴³ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 535.

²⁴⁴ M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na *Melki* en *Chartry*", in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 96.

²⁴⁵ J. VELAERS, "Het arrest *Melki-Abdeli* van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet", *RW* 2010-11, 789.

²⁴⁶ L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-2013, 536.

met het Unierecht strijdige norm pas buiten toepassing laat na het antwoord van het Grondwettelijk Hof.²⁴⁷ De regeling lijkt dus conform te zijn met het Melki-arrest en conform met het Unierecht.²⁴⁸

Slotanalyse

100. Het Grondwettelijk Hof heeft een belangrijke rol in het toetsen van de grondrechten. Het toetsen van het Hof gebeurt nu dus in samenlezing met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, doordat het artikel 53 van dat Verdrag gebruikt ter verantwoording van die positie. Door beide mechanismen te combineren, tracht het Hof om een zo ruim mogelijke bescherming te bieden aan de rechtzoekende, wat in mijn mening de juiste manier is om zulke zaken te behandelen. Het is van cruciaal belang dat de rechtzoekende een zo goed mogelijke bescherming krijgt. Door alleen de beperkingmogelijkheden van de Grondwet te gebruiken, met name de legaliteit en het verbod op preventieve maatregelen, is er inhoudelijk geen zekerheid voor de rechtzoekende. Door de samenlezing van de Grondwet met het Verdrag, wordt aan dit probleem een oplossing geboden. In de rechtsleer staat men hier enerzijds positief tegen, maar men vreest ook dat de Grondwet mogelijk zijn waarde aan het verliezen is ten opzichte van het Verdrag. Deze vrees mag er echter niet voor zorgen dat deze samenlezing niet mag gebeuren. Het is namelijk belangrijk dat het recht mee evolueert en dat de bescherming dat dan ook doet. Het zou onbegrijpelijk zijn dat er gewacht moet wachten tot de grondwetgever de Grondwet aanpast, alvorens er een betere bescherming geboden kan worden. De wetgever houdt nu ook rekening met deze verdragsbepalingen, wetende dat zowel het Grondwettelijk Hof via de toetsing van analoge verdragsbepalingen, als de gewone rechter met zijn diffuse toetsing een oogje in het zeil houden.

101. De oplossing voor de oorlog tussen de rechters, voornamelijk het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, is misschien nog geen perfecte oplossing, maar ze komt wel tegemoet aan bepaalde problemen. Het is een oplossing gedragen door alle belanghebbenden, en ze doorstaat de toets aan het Europese recht. Het belangrijkste is dat er nu ook meer rechtszekerheid geboden wordt, door voorrang te geven aan de toets aan de Grondwet, door een gespecialiseerd Hof met een speciale samenstelling en werking. De manier waarop de analoge toetsing tot stand gekomen is, met name doordat het Grondwettelijk Hof zichzelf die bevoegdheid gaf, is mogelijk wel ongelukkig te noemen. Dit kon met meer overleg gebeuren, waardoor er van de oorlog tussen de rechters nooit sprake geweest zou zijn. De uitkomst voor de rechtzoekende is echter positief, waardoor de beslissing enkel toe te juichen is. De omslachtige regel van artikel 26, paragraaf 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof kan mogelijk wel nog geoptimaliseerd worden, maar het is een stap in een goede en duidelijke rechtsbescherming op het vlak van grondrechten en de daaraan vastgemaakte mogelijkheid tot het beperken van grondrechten.

²⁴⁷ J. VELAERS, "Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet", *RW* 2010-11, 785.

²⁴⁸ Een diepere analyse van het arrest Melki is terug te vinden in: J. VELAERS, "Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet", *RW* 2010-11, 770-794.

Conclusie

102. De verhouding tussen de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens lijken duidelijk vast te liggen. Volgens het oude Franco-Suisse Le Ski-arrest heeft het verdrag voorrang op de interne normen, zelfs de Grondwet. Echter is het Grondwettelijk Hof een andere weg ingeslagen door gebruik te maken van de toetsing aan de analoge verdragsbepalingen. Zo tracht het Grondwettelijk Hof de beste bescherming te bieden aan de rechtzoekende. Het Hof ziet dus het Verdrag en de Grondwet als gelijke instrumenten die de grondrechten trachten te beschermen en de regels betreffende de beperkingen op deze grondrechten vast te leggen. De oude Grondwet wordt verjongd door deze samenlezing.

103. Wanneer men voor de samenlezing een grondrecht wilde beperken, dan keek het Hof eigenlijk alleen maar naar de vormelijke voorwaarden in de Grondwet, namelijk dat er sprake moet zijn van een formele wet, tenzij anders bepaald zoals bijvoorbeeld voor beperkingen aan het recht van vergadering in de open lucht van artikel 26, paragraaf 2 Grondwet. Ook mogen er geen preventieve maatregelen opgelegd worden volgens de Grondwet. Wat wel mogen zijn zogenaamde repressieve maatregelen, die een schending van een grondrecht kunnen straffen, of regelende maatregel, die de orde en de veiligheid van de staat kunnen regelen.

104. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gooit het echter over een heel andere boeg en heeft qua formaliteiten een zeer soepele houding. Echter vooraleer grondrechten beperkt kunnen worden, moet er ofwel aan drie voorwaarden voldaan worden, of moet men de specifieke regel van het artikel toepassen. De methode van de drie voorwaarden wordt het vaakst gehanteerd binnen het Verdrag. Deze voorwaarden zijn: de beperking moet bij wet voorzien zijn, moet een legitiem doel hebben en moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

105. Nadat het Grondwettelijk Hof in 2003 eindelijk de bevoegdheid kreeg om rechtstreeks aan titel II van de Grondwet te toetsen, is het Hof nog verder gegaan. In 2004 heeft het Hof namelijk beslist dat het de voorliggende wet, het decreet of de ordonnantie niet alleen aan de bepalingen van titel II van de Grondwet zal toetsen, maar ook aan de analoge bepalingen vervat in de internationale verdragen met rechtstreekse werking. Op deze manier kunnen beperkingen door de wetgever ook onderzocht worden in het licht van de inhoudelijke voorwaarden die het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens oplegt.

106. Het Hof van Cassatie vond de vondst van het Grondwettelijk Hof over de analoge bepalingen niet positief en probeerde om het Grondwettelijk Hof buitenspel te zetten door het niet langer stellen van prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof. Om een toetsing aan de Grondwet te doen, is enkel het Grondwettelijk Hof bevoegd. Aan de verdragsbepalingen met directe werking die grondrechten bevatten, toetst het Hof indirect via de toetsing aan analoge bepalingen. Maar hier heeft de gewone rechter ook de bevoegdheid om direct aan verdragsbepalingen te toetsen, wat leidde tot een 'oorlog' tussen de rechters. De oplossing hiervoor was de nieuwe paragraaf 4 in artikel 26 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Hier wilde de bijzondere wetgever een voorrang geven aan de toets aan de Grondwet, waarna dan nog steeds de toetsing van de gewone rechter aan de verdragsbepaling kon gebeuren. Echter moet een rechter nu voor de prejudiciële vraag al reeds een eerste eenvoudige toets aan de Grondwet doen om te kijken of de bepaling de

Grondwet klaarblijkelijk niet schendt. Wanneer de rechter deze klaarblijkelijke niet-schending inroept, dan moet hij omstandig motiveren waarom hij zo oordeelt.

107. Over de precieze verhouding van de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is dus (voorlopig) gekozen voor deze samenlezing ter bevordering van de rechtsbescherming voor de rechtzoekende. Het zorgt voor een uitgebreide toets wanneer het Grondwettelijk Hof een toets doet, wat enkel toe te juichen is. De inhoudelijke voorwaarden van het Verdrag zijn een verrijking voor de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en voor de bescherming van het individu in zijn grondrechten. Grondrechten worden nog beter beschermd, waardoor het vaak moeilijker is om een wettige beperking door te voeren. Hopelijk kan de eenheid van de rechtspraak nu wel behouden blijven en zo de rechtzoekende de meest optimale bescherming bieden die hij uiteindelijk verdient.

Bibliografielijst

Wetgeving

Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955, 5029.

Gecoördineerde Grondwet, *BS* 17 februari 1994, 4054.

Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315.

Wet 2 maart 1954 tot voorkoming en beteugeling der aanslagen op de vrije uitoefening van de door de Grondwet ingestelde soevereine machten, *BS* 19 maart 1954, 2044.

Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 8 augustus 1981, 9928.

Gecoördineerde wetten Nieuwe Gemeentewet, *BS* 3 september 1988, 12482.

Besluitwet van 29 december 1945 houdende verbod tot het aanbrengen van opschriften op den openbaren weg, *BS* 4 januari 1946, 65.

Voorstel tot Herziening van titel II van de Grondwet, om nieuwe bepalingen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Parl.St.* Senaat 2000-2001, nr. 2-575/1.

Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-12/1.

Wetsvoorstel (D. JANSSENS e.a.) tot wijziging van de wet van 22 december 2009 betreffende een algemene regeling voor rookvrije gesloten plaatsen toegankelijk voor het publiek en ter bescherming van werknemers tegen tabaksrook, teneinde een rookverbod in te voeren in gesloten personenvoertuigen in de aanwezigheid van kinderen jonger dan 16 jaar, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1633/1

Wetsontwerp inzake aanvullende maatregelen ter bestrijding van terrorisme, *Parl.St.* Kamer 2016, nr. 54-1727/1

Rechtspraak

EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, De Wilde, Ooms and Versyp/Belgie.

EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, Golder/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71, Ierland/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland.

EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the Sunday Times/Verenigd Koninkrijk.

ERHM 24 oktober 1979, nr. 6301/73, Winterwerp/Nederland.

EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75, Deweer/Belgie.

EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, Muller en anderen/Zwitserland.

EHRM 30 maart 1989, nr. 10461/83, Chappell/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 28 maart 1990, nr. 10890/84, Groppera Radio AG en anderen/Zwitserland.

EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk.

EHRM 24 september 1992, nr. 10533/83, Herczegfalvy/Oostenrijk.

EHRM 27 april 1995, nr. 15773/89 en 15774/89, Piermont/Frankrijk.

EHRM 26 september 1996, nr. 18748/91, Manoussakis en anderen/Griekenland.

EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92, De Haes en Gijssels/België.

EHRM 24 augustus 1998, nr. 23618/94, Lambert/Frankrijk.

EHRM 20 mei 1999, nr. 25390/94, Rekvenyi/Hongarije.

EHRM 9 november 1999, nr. 26449/95, Spacek/Tsjechië.

EHRM 27 april 2000, nr. 25702/94, K. en T./Finland.

EHRM 27 juni 2000, nr. 27417/95, Cha'are Shalom Ve Tsedek/Frankrijk.

EHRM 12 juli 2001, nr. 29032/95, Feldek/Slovakije.

EHRM 7 februari 2002, nr.28496/95, E.K./Turkije.

EHRM 12 november 2002, nr. 46129/99, Zvolsky en Zvolska/Tsjechië.

EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97, Hatton en anderen/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98, Murphy/Ierland.

EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en anderen/Belgie.

EHRM 24 juli 2003, nr. 39482/98, Dowsett/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97, Weh/Oostenrijk.

EHRM 18 mei 2004, nr. 49806/99, Prodan/Moldavië.

EHRM 8 juli 2004, nr. 48787/99, Ilascu en anderen/Moldavië en Rusland.

EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02, Folgerø en anderen/Noorwegen.

EHRM 28 juli 2007, nr. 476/07, 22539/05, 17911/08 en 13136/07, Olaru en anderen/Moldavië.

EHRM 16 juli 2009, nr. 20082/02, Zehentner/Oostenrijk.

EHRM 2 maart 2010, nr. 78039/01, Grosaru/Roemenië.

EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09, Juricic/Kroatië.

EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, Chambaz/Zwitserland.

EHRM 19 februari 2013, nr. 2834/06, Petko Petrov/Bulgarije.

EHRM 14 maart 2013, nr. 24117/08, Bernh Larsen Holding AS/Noorwegen.

EHRM 29 maart 2016, nr. 56925/08, Bédat/Zwitserland.

Arbitragehof 13 oktober 1989 nr. 23/89, *BS* 8 november 1989.

Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90, *BS* 27 juli 1990.

Arbitragehof 14 juli 1990, nr. 26/90.

Arbitragehof 19 december 1991, nr. 39/91.

Arbitragehof 3 december 1998, nr. 122/98.

Arbitragehof 30 september 1999, nr. 102/99.

Arbitragehof 29 november 2000, nr. 124/2000.

Arbitragehof 7 februari 2001, nr. 10/2001.

Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/203.

Arbitragehof 22 oktober 2003, nr. 136/2003.

Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004.

Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 147/2004.

Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004.

Arbitragehof 18 oktober 2006, 151/2006.

GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009.

GwH 3 december 2009, 195/2009.

GwH 23 juni 2010, nr. 74/2010.

GwH 9 december 2010, nr. 130/2010.

GwH 14 januari 2016, nr. 1/2016,

GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016.

Cass. 19 september 1833, *Pas.* 1832-1834, I, 155.

Cass. 16 maart 1846, *Pas.* 1846, I, 361.

Cass. 11 april 1864, *Pas.* 1864, I, 156.

Cass. 17 mei 1869, *Pas.* 1870, I, 67.

Cass. 18 juni 1883, *Pas.* 1883, I, 279.

Cass. 23 april 1958, *Arr.Verbr.* 1958, 664.

Cass. 29 oktober 1973, *Pas.* 1974, I, 232.

Cass. 3 november 1975, *Arr.Cass.* 1976, 296.

Cass. 9 november 2004.

Cass. 16 november 2004.

Cass. 2 juni 2006, *AM* 2006, 355.

RvS 24 april 1953, nr. 2387.

RvS 25 januari 1954, nr. 3096.

RvS 2 juni 1959, nr. 7114.

RvS 18 mei 1999, nr. 80.282.

HvJ, nr. 106/77 9 maart 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal*, *Jur.* 1978, 629.

Rechtsleer

Boeken

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1055 p.

ALEN, A., *Algemene inleiding tot het Belgische publiekrecht, boek I, de instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 360 p.

ALEN, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, 889 p.

ARAI, Y., "The system of restrictions" in VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN A. en ZWAAK L., (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 333-350.

BOSSUYT, M. en VERRIJDT, W., "Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry", in *Liber Amoricum. Jo Stevens*, Brugge, Die Keure, 2011, 63-84.

DE RUYSSCHER, D., *Rechtspreken en lekenparticipatie: noodzaak of traditie?*, Antwerpen, Maklu, 2013, 226 p.

DIERICKX, L., *Het recht op afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 345 p.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 461 p.

DUMON, F., "les conflits de compétence" in JEUNE BARREAU (ed.), *La réforme de l'Etat 150 ans après l'indépendance nationale*, Brussel, 1980, 445 p.

GREER, S., *The exceptions to article 8 to of the European Convention on Human Rights. Human Rights file no. 15*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 1998, 64 p.

HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES E.P. en BUCKLEY, C.M., *Law of the European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 902 p.

HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES E.P. en BUCKLEY, C.M., *Law of the European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1006 p.

LAUTENBACH, G. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford university press, 2013, 245 p.

LEJEUNE, Y., *Droit constitutionnel Belge: Fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2014, 866 p.

MAES, G., "De doorwerking van verdragsrechtelijke beschermde grondrechten" in BAUWENS, R. (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2005, 65-126.

MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1013.

RIMANQUE, K., *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 444 p.

SMAERS, G., *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 348 p.

SMITS, S., JANSSENS, C., MIRGAUX S. en VAN LAETHEM, K., *Handboek mensenrechten, de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 660 p.

SOTTIAUX, S., *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 500 p.

SPIELMANN, D., *Allowing the right Margin the ECHR and national margin of appreciation doctrine: waiver of subsidiarity or European review?*, Cambridge, CELS working paper series, 2012, 30 p.

TILLEMANN, B., *Algemene inleiding tot het recht*, Leuven, Acco, 2009, 331 p.

VANDE LANOTTE J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM Deel I algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949 p.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS J. en DE PELSMAEKER, T., *Belgisch publiekrecht deel I*, Brugge, Die Keure, 2015, 791 p.

VANDER STICELE, A., *Vrijheid van vergadering*, Gent, E. Story Scientia, 1958, 60 p.

VANDERNOOT, P., "Regards du Conseil d'Etat sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution" in *En hommage à Francis Delpérée*, Brussel, Bruylant, 2007, 1750 p.

VELAERS, J., "De censuur kan nooit worden ingevoerd. Over de motieven van het censuurverbod" in CORBET, J., *Censures: actes du colloque du 16 mai 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 13-51.

VELAERS, J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, II dln. Antwerpen, Maklu, 1991, 907 p.

VELAERS, J., Verslag van de tweede werkgroep, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen bij samenloop van grondrechten", in ARTS, A. e.a. (ed.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, Die Keure, 2005, 99-123.

VELU J. en ERGEC R., *Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2014, 1252 p.

Bijdrage in tijdschriften

ALEN, A., "Is het vereisen van een voorafgaand verlov in politiereglementen voor het uitdelen van pamfletten niet in strijd met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting", *TBP* 1975, 110-128.

CARIAT, N., "Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l'Union européenne", *JT* 2011, 573-579.

CLOOTS, E., "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?", *TBP* 2006, 259-272.

GERARD, P., "De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België", *SEW* 2011, 152-162.

GORS, B., "Une cause de refus de renvoi préjudiciel: la primauté de la Convention européenne sur la constitution", *RBDC* 2005, 507-531.

KRATOCHVIL, J., "The inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *NQHR* 2011, 324-357.

MARKS, S., "The European Convention on Human Rights and its 'democratic society'", *BYIL* 1995, 209-238.

MARTENS, P., "L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle", *CDPK* 2010, 350-358.

MEERSSCHAUT, F., "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet", (noot onder Cass. 9 november 2004), *TBP* 2005, 48-53.

MOONEN, T., "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions? Evaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *Rev.b.dr.const.* 2011, 111-142.

POPELIER, P., "Wie is de hoeder van onze grondrechten?", noot onder Cass. 16 november 2004, *RW* 2005-06, 388-399.

POPULIER, P., "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-2010, 50-63.

RIGAUX, M.F., "Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle", *JT* 2009, 649-651.

RIMANQUE, K., en DE JONGHE, J., "De vrijheid van expressie op straten en pleinen", *TBP* 1978, 7-24.

TRAEST, M., "Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof", *NJW* 2010, 130-136.

VAN MELSEN, R., "La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive", *CDPK* 2007, 127-152.

VAN NUFFEL, P., "Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon", *RW* 2009-2010, 1154-1177.

VAN ORSHOVEN, P., "Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?" *RW* 2007-2008, 878-879.

VAN WELDE, L., "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura. Falc.* 2012-2013

VANDEN HEEDE, P. en GOEDERTIER, G., "eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de bijzondere wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof", *TBP* 2003, 458-479.

VELAERS, J., "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten?", *TBP* 2010, 387-410.

VELAERS, J., "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *TBP* 2004, 601-614.

VELAERS, J., "Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de voorrang van de toetsing aan de grondwet", *RW* 2010-11, 770-794.

VELAERS, J., "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, 297-318.

VOORHOOF, D. en DE MAEGD, A., "Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting op openbare plaatsen: recente rechtspraak in verband met betogingsverboden en (preventieve) maatregelen betreffende de verspreiding van pamfletten", *CDPK* 1999, 336-362.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Het beperken van grondrechten

Richting: **master in de rechten-overheid en recht**

Jaar: **2016**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Degeling, Ruben

Datum: **15/05/2016**