



**UHASSELT**

**KU LEUVEN**



**Maastricht University**

KNOWLEDGE IN ACTION

## **Faculteit Rechten**

master in de rechten

### ***Masterthesis***

#### ***Protocol 16 bij het EVRM: inpassing in de Belgische rechtsorde***

#### **Indy Goetelen**

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting overheid en recht

#### **PROMOTOR :**

Prof. dr. Jan THEUNIS

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



**UHASSELT**

KNOWLEDGE IN ACTION

**www.uhasselt.be**  
Universiteit Hasselt  
Campus Hasselt:  
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt  
Campus Diepenbeek:  
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

**2022**  
**2023**



**UHASSELT**

KNOWLEDGE IN ACTION

**KU LEUVEN**



**Maastricht University**

# **Faculteit Rechten**

master in de rechten

***Masterthesis***

***Protocol 16 bij het EVRM: inpassing in de Belgische rechtsorde***

**Indy Goetelen**

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting overheid en recht

**PROMOTOR :**

Prof. dr. Jan THEUNIS



## **SAMENVATTING**

Op basis van Protocol nr. 16 bij het EVRM kunnen hoogste rechtscolleges van de Verdragsluitende Staten van het EHRM advies vragen over principiële vragen betreffende de interpretatie of de toepassing van de fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM en de bijhorende Protocollen. België heeft het Hof van Cassatie, de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak en het Grondwettelijk Hof aangemerkt als hoogste rechtscolleges die op basis van Protocol nr. 16 bij het EVRM een advies van het EHRM kunnen vragen.

Indien in het bodemgeding de verenigbaarheid van een wetgevende norm met een grondrecht uit Titel II van de Grondwet en een analoge mensenrechtenbepaling van Europees of internationaal recht aan de orde is, moet elke rechter volgens artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH eerst een prejudiciële vraag over de verenigbaarheid van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet stellen aan het Grondwettelijk Hof. Vervolgens toetst het Grondwettelijk Hof de wetgevende norm aan het grondrecht van Titel II van de Grondwet in samenhang gelezen met het analoge grondrecht in Europees of internationaal recht. Nadat het Grondwettelijk Hof deze prejudiciële vraag heeft beantwoord, behoudt de bodemrechter de mogelijkheid om de wetgevende norm alsnog te toetsen aan het grondrecht vervat in de norm van Europees of internationaal recht met rechtstreekse werking. Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH stelt dus een volgorde van toetsing in die voorrang geeft aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof. Deze prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek is ingegeven vanuit de idee dat het Grondwettelijk Hof bijzondere waarborgen biedt die de gewone hoven en rechtbanken niet bieden. Deze bijzondere waarborgen van het Grondwettelijk Hof zijn ingegeven vanuit zijn specifieke rol om rechtsbescherming te bieden aan de burger tegen wetgevende normen.

Wat moet het Hof van Cassatie en de Raad van State doen als ze in een geding worden geconfronteerd met een wetgevende norm die aanleiding geeft tot een principiële vraag omtrent de interpretatie of de toepassing van een grondrecht in het EVRM of de bijhorende Protocollen én dit grondrecht op analoge wijze is gewaarborgd in Titel II van de Grondwet? Op basis van Protocol nr. 16 bij het EVRM kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State in dat geval van het EHRM advies vragen. Op grond van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State in dat geval een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming van de wetgevende norm met het grondrecht uit Titel II van de Grondwet. Hoe verhouden de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM en de verplichting tot prejudiciële vraagstelling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zich (best) ten aanzien van elkaar? Zou het bijvoorbeeld aangewezen zijn dat het Hof van Cassatie en de Raad van State rechtstreeks advies van het EHRM kunnen vragen zonder eerst een prejudiciële vraag te moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof? Het is deze verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH waarvoor deze masterscriptie een oplossing tracht te vinden.

Deze masterscriptie ambieert dat de voorgestelde oplossingen op de best mogelijke wijze de rechtsbescherming van de burger waarborgen indien een wetgevende norm aanleiding geeft tot een principiële vraag omtrent de interpretatie of de toepassing van een grondrecht in het EVRM of de

bijhorende Protocollen én dit grondrecht op analoge wijze is gewaarborgd in Titel II van de Grondwet. Op basis van deze ambitie heeft deze masterscriptie twee evaluatiecriteria geselecteerd waaraan de oplossingen moeten voldoen. Ten eerste moeten de oplossingen de volgorde van toetsing van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH respecteren. Omdat deze masterscriptie de ambitie heeft om oplossingen voor te stellen die op de best mogelijke manier de burger beschermen tegen wetgevende normen is het belangrijk dat de voorgestelde oplossingen deze rangorde met prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof respecteren. Het Grondwettelijk Hof heeft immers specifieke waarborgen ter waarborging van de rechtsbescherming van de burger tegen wetgevende normen die de gewone hoven en rechtbanken niet bieden (zie *supra*). Ten tweede moeten de oplossingen zo efficiënt en dus zo proceseconomisch mogelijk zijn. De keuze voor dit tweede criterium is gebaseerd op de vaststelling dat het EHRM gemiddeld genomen na negen maanden een advies levert. Aldus kan het moment waarop een van de Belgische hoogste rechtscolleges een advies van het EHRM vraagt bepalend zijn voor de lengte van de procedure en dus ook voor de mate waarin de procedure proceseconomisch is.

Op basis van het gevoerde onderzoek in deze masterscriptie doet deze masterscriptie twee mogelijke voorstellen tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Beide voorstellen voldoen aan de twee zonet besproken evaluatiecriteria.

Het eerste voorstel steunt op het arrest Melki en Abdeli van 22 juni 2010 waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde dat de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Unie in artikel 267 VWEU zich niet verzet tegen de met artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vergelijkbare Franse voorrangsregeling in zoverre een dergelijke voorrangsregeling voldoet aan vier voorwaarden. Deze eerste voorwaarde houdt in dat de voorrangsregeling moet toelaten dat de verwijzende rechter op elk ogenblik, inclusief tegelijk met zijn prejudiciële vraag aan het nationale grondwettelijk hof, een prejudiciële vraag moet kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Naar analogie hiermee houdt het eerste voorstel tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in dat het Hof van Cassatie en de Raad van State tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies kunnen richten aan het EHRM. Dit impliceert dat het Hof van Cassatie en de Raad van State geen advies van het EHRM meer kunnen vragen op eender welk later ogenblik dan het moment waarop ze de prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Bij deze oplossing blijft ook het Grondwettelijk Hof bevoegd om een advies van het EHRM te vragen indien het Hof van Cassatie of de Raad van State niet reeds tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies hebben aangevraagd .

Het tweede voorstel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel steunt op het arrest Melki en Abdeli en komt overeen met het eerste voorstel van deze masterscriptie: het Hof van Cassatie en de Raad van State kunnen tegelijk met maar niet op elk ogenblik later dan hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies richten aan het EHRM. Ook hier blijft het Grondwettelijk Hof bevoegd om van het EHRM advies te vragen als het Hof van Cassatie of de Raad van State dat niet reeds hebben gevraagd op het moment waarop ze de prejudiciële vraag hebben gesteld aan het Grondwettelijk Hof. Het tweede onderdeel steunt op een van de vragen die werden

gesteld gedurende een congres over Protocol nr. 16 bij het EVRM.<sup>1</sup> De vraag luidde of het wenselijk zou zijn dat verwijzende rechters bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen motiveren waarom volgens hen het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM moet vragen. Het tweede onderdeel van de tweede oplossing bestaat erin dat lagere rechtscolleges (i.e. alle rechtscolleges behalve het Hof van Cassatie en de Raad van State) bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen motiveren waarom volgens hen het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies moet vragen.

---

<sup>1</sup> Omdat het congres een besloten karakter heeft, vermeldt deze masterscriptie niet de naam van de vraagsteller en de naam van het congres. Op die manier waarborgt deze masterscriptie de confidentialiteit van dat congres. Verder benadrukt deze masterscriptie dat de organisator van het congres telefonisch heeft toegestemd met het gebruik van een van de discussievragen van dat congres als inspiratiebron voor mogelijke oplossingen ter regeling van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.



## **DANKWOORD**

Het onderwerp van deze masterscriptie kwam gedurende afgelopen academiejaar gaandeweg meer en meer tot leven: door de gesprekken en discussies met enkele deelnemers van congressen waaraan ik deelnam; door recente ontwikkelingen in verband met de inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde; én door de gesprekken met en de wijze raad van mijn promotor, professor Jan Theunis. Bedankt hiervoor en vooral om mij zoveel ruimte te geven in mijn denk- en schrijfproces.





## INHOUDSTAFEL

<b>SAMENVATTING .....</b>	<b>1</b>
<b>DANKWOORD .....</b>	<b>5</b>
<b>LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN .....</b>	<b>9</b>
<b>INLEIDING .....</b>	<b>11</b>
<i>Situering .....</i>	<i>11</i>
<i>Probleemstelling .....</i>	<i>17</i>
<i>Onderzoeksvragen, methodologie en structuur .....</i>	<i>18</i>
<i>Beperkingen .....</i>	<i>22</i>
<b>HOOFDSTUK 1. THEORETHISCH KADER .....</b>	<b>25</b>
1.1. <i>Protocol nr. 16 bij het EVRM .....</i>	<i>25</i>
1.1.1. Werking .....	25
1.1.1.1. Enkel hoogste rechtscolleges .....	25
1.1.1.2. Hoogste rechtscolleges niet verplicht om advies te vragen .....	26
1.1.1.3. EHRM niet verplicht om advies te verstrekken .....	26
1.1.1.4. Verzoek om advies moet gaan over principiële vraag .....	27
1.1.1.5. Verzoek om advies enkel mogelijk in hangende zaak .....	29
1.1.1.6. Geen (strikte) termijn waarbinnen EHRM advies moet leveren .....	29
1.1.1.7. Niet-bindend EHRM-advies .....	29
1.1.2. Historiek en <i>ratio legis</i> .....	30
1.2. <i>Samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH .....</i>	<i>34</i>
1.2.1. Werking .....	34
1.2.1.1. Volgorde tussen diffuse en centrale toetsing van wetgevende normen .....	34
1.2.1.2. Begrip 'samenloop van grondrechten' .....	36
1.2.1.3. Principiële plicht met drie uitzonderingen .....	37
1.2.1.4. Versterkt gezag van gewijsde van prejudiciële arresten .....	38
1.2.2. Historiek en <i>ratio legis</i> .....	39
1.2.2.1. Periode vóór <i>guerre des juges: modus vivendi</i> .....	40
1.2.2.2. Bijzondere wet van 9 maart 2003 en arrest nr. 136/2004 van GwH .....	43
1.2.2.3. Cassatiearresten van 9 en 16 november 2004 .....	44
1.2.2.4. Colloquium op 21 oktober 2005 .....	45
1.2.2.5. Bijzondere wet van 12 juli 2009 .....	49
1.2.2.6. Heropflakking van <i>guerre des juges</i> .....	51
1.3. <i>Inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in Belgische rechtsorde .....</i>	<i>55</i>

<b>HOOFDSTUK 2. OPLOSSINGEN.....</b>	<b>61</b>
2.1. <i>Oplossing 1°: opname van huidige oplossing in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH .....</i>	61
2.1.1. Grondslag van oplossing.....	61
2.1.2. Inhoud van oplossing .....	61
2.1.3. Flowchart .....	62
2.2. <i>Oplossing 2°: combinatie van oplossing 1° en mogelijkheid voor verwijzende rechter tot suggestie aan GwH over noodzaak van EHRM-advies .....</i>	63
2.2.1. Grondslag van oplossing.....	63
2.2.2. Inhoud van oplossing .....	63
2.2.3. Flowchart .....	65
2.3. <i>Oplossing 3°: verzoek om advies aan EHRM tegelijk met prejudiciële vraag aan GwH .....</i>	67
2.3.1. Grondslag van oplossing.....	67
2.3.2. Inhoud van oplossing .....	72
2.3.3. Flowchart .....	77
2.4. <i>Oplossing 4°: combinatie van oplossingen 2° en 3° .....</i>	78
2.4.1. Grondslag van oplossing.....	78
2.4.2. Inhoud van oplossing .....	78
2.4.3. Flowchart .....	79
<b>HOOFDSTUK 3. EVALUATIE VAN VOORGESTELDE OPLOSSINGEN .....</b>	<b>83</b>
3.1. <i>Evaluatie van oplossing 1° .....</i>	83
3.2. <i>Evaluatie van oplossing 2° .....</i>	83
3.3. <i>Evaluatie van oplossing 3° .....</i>	84
3.4. <i>Evaluatie van oplossing 4° .....</i>	87
<b>CONCLUSIE.....</b>	<b>91</b>
<b>AANBEVELINGEN .....</b>	<b>97</b>
<i>Voorstel 1° tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH .....</i>	98
<i>Voorstel 2° tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH .....</i>	100
<b>BIBLIOGRAFIE .....</b>	<b>105</b>

## LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Bijz.W.GwH	Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, <i>BS</i> 7 januari 1989
EEG-verdrag	Verdrag betreffende de oprichting van de Europese Economische Gemeenschappen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 1950
Gw.	Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, <i>BS</i> 17 februari 1994
GwH	Grondwettelijk Hof
HvC	Hof van Cassatie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake de Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake de Economische, Sociale en Culturele Rechten
MvT	Memorie van Toelichting
Prot. 16 EVRM	Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
pv	prejudiciële vraag
rnr.	randnummer
RvS	Raad van State
RvS-Wet	Gecoördineerde Wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, <i>BS</i> 21 maart 1973
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie



## INLEIDING

### Situering

1. Op 1 maart 2023 trad Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde in werking.<sup>2</sup> Dat Protocol biedt de mogelijkheid voor de 'hoogste rechtscolleges' van de Verdragsluitende Staten om een niet-bindend advies van het EHRM te vragen over principiële vragen betreffende de interpretatie of de toepassing van de fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM en de bijhorende Protocollen.<sup>3</sup> Elke Verdragsluitende Staat moet zelf bepalen welke van zijn nationale rechtscolleges bevoegd zullen zijn om adviezen te vragen van het EHRM.<sup>4</sup> België heeft volgende rechtscolleges aangemerkt als hoogste rechtscolleges die een advies kunnen vragen van het EHRM onder Protocol nr. 16 bij het EVRM: het Hof van Cassatie, de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak en het Grondwettelijk Hof.<sup>5</sup>

2. Om de probleemstelling te beschrijven waartoe Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde leidt (zie *infra*, rnr. 6-8) beschrijft deze masterscriptie eerst de rechterlijke toetsing van administratieve rechtshandelingen en wetgevende normen (zie *infra*, 3-5).

3. Volgens het artikel 14, § 1 RvS-Wet kan de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak bij wijze van arrest uitspraak doen over beroepen tot nietigverklaring tegen individuele en reglementaire administratieve rechtshandelingen. De Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak kan op basis van het artikel 14, § 1 RvSt-Wet administratieve rechtshandelingen vernietigen omwille van strijdigheid met een hogere rechtsnorm. Deze hogere rechtsnormen betreffen wetten, decreten, ordonnanties, reglementaire administratieve rechtshandelingen (t.a.v. individuele administratieve

---

<sup>2</sup> Wet 30 oktober 2022 houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het EVRM, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *BS* 5 december 2022. De datum van de inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde (1 maart 2023) werd als volgt bepaald: Volgens art. 8(2) Prot. 16 EVRM treedt Protocol nr. 16 bij het EVRM in werking voor een Verdragsluitende Staat op de *eerste dag van de maand volgend na een periode van drie maanden na de datum waarop de Verdragsluitende Staat zijn instemming om gebonden te zijn door het Protocol heeft gegeven overeenkomstig artikel 7 Prot. 16 EVRM*. Artikel 7(1) Prot. 16 EVRM bepaalt dat Verdragsluitende Staten instemming kunnen geven door ofwel ondertekening zonder voorbehoud van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring ofwel ondertekening onder voorbehoud van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring, gevolgd door bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring. Artikel 7(2) Prot. 16 EVRM vereist van de Verdragsluitende Staat dat het zijn akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring neerlegt bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. België heeft zijn akte van bekrachtiging neergelegd op 22 november 2022 bij de Secretaris-generaal van de Raad van Europa (Council of Europe, *Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023)). Op de eerste dag van de maand volgend na een periode van drie maanden na 22 november 2022, zijnde 1 maart 2023, trad Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde in werking.

<sup>3</sup> Art. 1(1) Prot. 16 EVRM en art. 5 Prot. 16 EVRM.

<sup>4</sup> Art. 10 Prot. 16 EVRM *juncto* art. 1(1) Prot. 16 EVRM.

<sup>5</sup> Verklaring van België die is vervat in de akte van bekrachtiging en is neergelegd op 22 november 2022 bij de Secretaris-generaal van de Raad van Europa (Council of Europe, *Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023)); MvT bij wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001, 6.

rechtshandelingen), de Grondwet, Europees en internationaal recht en ongeschreven rechtsbeginselen.<sup>6</sup>

Op basis van het artikel 159 Gw. moeten de gewone hoven en rechtbanken (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak) individuele en reglementaire administratieve rechtshandelingen buiten toepassing laten indien zij strijdig zijn met een hogere rechtsnorm. Ook hier betreffen hogere rechtsnorm wetten, decreten, ordonnanties, reglementaire administratieve rechtshandelingen (t.a.v. individuele administratieve rechtshandelingen), de Grondwet, Europees en internationaal recht en ongeschreven rechtsbeginselen.<sup>7</sup>

Op grond van het Simmenthal-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet elke nationale rechter nationaal recht, inclusief administratieve rechtshandelingen, buiten toepassing laten als deze strijdig zijn met bepalingen van het EU-recht met rechtstreekse werking.<sup>8</sup>

Het Grondwettelijke Hof kan geen administratieve rechtshandelingen toetsen. Het kan enkel wetgevende normen (zie *infra*, rnr. 4) toetsen.

**4.** Wat betreft de rechterlijke toetsing van wetgevende normen maakt de Belgische rechtsorde een onderscheid tussen de gewone hoven en rechtbanken enerzijds en het Grondwettelijk Hof anderzijds.

De gewone hoven en rechtbanken (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) mogen wetgevende normen niet toetsen aan de Grondwet.<sup>9</sup> Het verbod voor de gewone hoven en rechtbanken om wetgevende normen te toetsen aan de Grondwet dient te worden genuanceerd. Zo kunnen of moeten ze in sommige gevallen een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Artikel 26, § 2, lid 1 Bijz.W.GwH schrijft een principiële plicht tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk voor: als tijdens een geschil voor een rechtscollège de vraag rijst of een wet, een decreet of een ordonnantie in overeenstemming is met een van de referentienormen die behoren tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, moet dat rechtscollège in beginsel een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof.<sup>10</sup> De referentienormen waaraan het Grondwettelijk Hof wetgevende normen kan toetsen zijn: normen die de bevoegdheden tussen de

---

<sup>6</sup> Voor een uitgebreidere bespreking van het artikel 14 RvS-Wet zie J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 1247-1392 en S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht*, Morsel, Intersentia, 2019, 577 e.v.

<sup>7</sup> Voor een uitgebreidere bespreking van het artikel 159 Gw. zie onder meer: J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 1101-1111; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht*, Morsel, Intersentia, 2019, 553-556; en J. THEUNIS, *Onderzoek naar de rol en grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, doctoraatsthesis rechten KU Leuven, 2011, xx + 534.

<sup>8</sup> HvJ 9 maart 1978, nr. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, overw. 21-23. In het arrest Poplawski II verduidelijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat deze op basis van het Simmenthal-arrest rustende verplichting op nationale rechters om nationaal recht buiten toepassing te laten indien het strijdig is met EU-recht enkel geldt indien de desbetreffende norm van EU-recht rechtstreekse werking heeft (HvJ 24 juni 2019, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, overw. 60-63).

<sup>9</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 643 en 701 en G. GOEDERTIER en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1353.

<sup>10</sup> Op deze principiële plicht tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof lijst artikel 26, § 2 en 3 Bijz.W.GwH enkele uitzonderingen op waarin de rechtscollèges geen prejudiciële moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof maar indien ze dit toch doen, dan moet het Grondwettelijk Hof in beginsel antwoorden. Voor een uitgebreide bespreking van deze uitzonderingen zie onder meer: M.F. RIGAUX en B. RENAULD, *Cour constitutionnelle in Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Larcier, 2023, 214-233; en S. VERSTRAELEN, *Art. 26 Bijz.W. 6 januari 1989 in Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 38)*, Mechelen, Kluwer, 2015, (9) 50-61.

verschillende wetgevers (federaal en deelstatelijk) regelen, ook wel bevoegdheidsverdelende regels genaamd;<sup>11</sup> artikelen 10 (gelijkheidsbeginsel), 11 (non-discriminatiebeginsel) en 24 (vrijheid van onderwijs) Gw.;<sup>12</sup> alle bepalingen van Titel II van de Grondwet ('Belgen en hun rechten'),<sup>13</sup> de artikelen 170 (fiscaal legaliteitsbeginsel), 172 (fiscaal legaliteitsbeginsel en fiscaal gelijkheidsbeginsel) en 191 (niet-discriminatie van vreemdelingen) Gw.<sup>14</sup>; en artikel 143, § 1 Gw. (beginsel van de federale loyaliteit)<sup>15</sup>.

Op basis van het arrest Franco-Suisse Le Ski uit 1971 van het Hof van Cassatie, ook wel bekend als het Smeerkaas-arrest, kunnen de gewone hoven en rechtbanken wetgevende normen (wel) toetsen aan internationaal recht met rechtstreekse werking<sup>16</sup> en dienen ze wetgevende normen buiten toepassing te laten indien er zich een conflict voordoet tussen een wetgevende norm en een internationaal verdrag met rechtstreekse werking.<sup>17</sup> Op basis van het Simmenthal-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet elke nationale rechter nationaal recht, inclusief wetgevende normen, buiten toepassing laten indien deze strijdig zijn met rechtstreeks werkende bepalingen van het EU-recht.<sup>18</sup>

Het Grondwettelijk Hof is daarentegen wel bevoegd om de grondwettigheid van wetgevende normen te controleren. Verder is deze bevoegdheid exclusief, in die zin dat enkel het Grondwettelijk Hof wetgevende normen kan toetsen aan de Grondwet en dus niet, zoals deze masterscriptie reeds heeft vermeld, de gewone hoven en rechtbanken (zie *supra*).<sup>19</sup> Op basis van artikel 142 Gw. is het Grondwettelijk Hof bevoegd om wetgevende normen te toetsen aan de volgende normen: de bevoegdheidsverdelende regels;<sup>20</sup> artikelen 10, 11 en 24 Gw.;<sup>21</sup> en normen van de Grondwet die de bijzondere wetgever aanwijst<sup>22</sup>. Van deze laatste mogelijkheid heeft de bijzondere wetgever gebruik gemaakt. Zo breiden artikel 1 Bijz.W.GwH (indien het GwH uitspraak doet betreffende een beroep

---

<sup>11</sup> Art. 142, lid 2, 1° Gw. en art. 141 Gw. *juncto* art. 1, 1° Bijz.W.GwH (beroep tot vernietiging) en art. 26, § 1, 1°-2° Bijz.W.GwH (prejudiciële vraag).

<sup>12</sup> Art. 142, lid 2, 2° Gw. *juncto* art. 1, 2° Bijz.W.GwH (beroep tot vernietiging) en art. 26, § 1, 3° Bijz.W.GwH (prejudiciële vraag).

<sup>13</sup> Art. 142, lid 2, 3° Gw. en art. 142, lid 6 Gw. *juncto* art. 1, 2° Bijz.W.GwH (beroep tot vernietiging) en art. 26, § 1, 3° Bijz.W.GwH (prejudiciële vraag).

<sup>14</sup> Art. 142, lid 2, 3° Gw. en art. 142, lid 6 Gw. *juncto* art. 1, 2° Bijz.W.GwH en art. 26, § 1, 3° Bijz.W.GwH.

<sup>15</sup> Art. 142, lid 2, 3° Gw. en art. 142, lid 6 Gw. *juncto* art. 1, 3° Bijz.W.GwH en art. 26, § 1, 4° Bijz.W.GwH.

<sup>16</sup> Als een norm van Europees of internationaal recht rechtstreekse werking (*direct effect*) heeft, betekent dit dat particulieren deze norm kunnen invoeren voor de rechter. Opdat een dergelijke rechtsregel rechtstreekse werking zou hebben, is doorgaans vereist dat de norm voldoende nauwkeurig is omschreven en onvoorwaardelijk is (zie S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Mortsels, Intersentia, 2021 76-77, 79-81 en 96 en J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, Mortsels, Intersentia, 2020, 96-99).

<sup>17</sup> Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959. Het arrest Franco-Suisse Le Ski heeft het over internationale bepalingen met rechtstreekse werking. Sinds dat arrest heeft het Hof van Cassatie het over "*internationale en supranationale rechtsnormen*" met rechtstreekse werking (zie bv. Cass. 17 december 2002, nr. 679, *Arr.Cass.* 2002, 2782). Zie voor een uitgebreide bespreking van het Smeerkaas-arrest C. BEHRENDT en C. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 488-493.

<sup>18</sup> HvJ 9 maart 1978, nr. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, overw. 21-23. In het arrest Poplawski II verduidelijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat deze op basis van het Simmenthal-arrest rustende verplichting op nationale rechters om nationaal recht buiten toepassing te laten indien het strijdig is met EU-recht enkel geldt indien de desbetreffende norm van EU-recht rechtstreekse werking heeft (HvJ 24 juni 2019, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, overw. 60-63).

<sup>19</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 643, 648 en 701 en G. GOEDERTIER en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1353 en 1390.

<sup>20</sup> Art. 142, lid 2, 1° Gw. *juncto* art. 141 Gw.

<sup>21</sup> Art. 142, lid 2, 2° Gw.

<sup>22</sup> Art. 142, lid 2, 3° Gw. *juncto* art. 142, lid 6 Gw.



tot vernietiging) en artikel 26 Bijz.W.GwH (indien het GwH antwoordt op een prejudiciële vraag) de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uit tot alle bepalingen van Titel II van de Grondwet ('Belgen en hun rechten'),<sup>23</sup> tot de artikelen 170, 172 en 191 Gw.<sup>24</sup> en artikel 143, § 1 Gw.<sup>25</sup>.

Uit deze bevoegdheidsomschrijving op basis van de Grondwet en de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof blijkt dat het Grondwettelijk Hof wetgevende normen niet kan toetsen aan alle bepalingen van de Grondwet, algemene rechtsbeginselen, het internationaal en het Europees recht. Het Grondwettelijk Hof kan hier wel op onrechtstreekse wijze aan toetsen.<sup>26</sup> Wat betreft de onrechtstreekse toetsing van wetgevende normen aan het internationaal en Europees recht zijn de volgende twee technieken van onrechtstreekse toetsing van het Grondwettelijk Hof relevant.<sup>27</sup> De basis voor de eerste techniek heeft het Grondwettelijk Hof gelegd in het arrest nr. 23/89, ook wel beter bekend als het Biorim-arrest. Daarin argumenteerde de Ministerraad dat het non-discriminatiebeginsel van artikel 6*bis* Gw. (nu artikel 11 Gw.) enkel van toepassing is op discriminatie op grond van ideologische of filosofische redenen.<sup>28</sup> Daarop stelde het Grondwettelijk Hof dat deze bepaling een algemene draagwijdte heeft en elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan, verbiedt. Dit houdt in dat deze bepaling van toepassing is op alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend.<sup>29</sup> Deze rechtspraak verfijnde het Grondwettelijk Hof later in het arrest nr. 18/90. Daarin bevestigde het Grondwettelijk Hof zijn Biorim-rechtspraak: het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel van de artikelen 10 en 11 Gw. zijn van toepassing op alle fundamentele rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend. Vervolgens stelde het Hof dat tot deze fundamentele rechten en vrijheden ook die fundamentele rechten en vrijheden behoren die zijn vervat in internationale verdragen.<sup>30</sup> Op basis van deze eerste techniek kan het Grondwettelijk Hof wetgevende normen via het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel van de artikelen 10 en 11 Gw.

---

<sup>23</sup> Art. 1, 2° Bijz.W.GwH en art. 26, § 1, 3° Bijz.W.GwH.

<sup>24</sup> Art. 1, 2° Bijz.W.GwH en art. 26, § 1, 3° Bijz.W.GwH.

<sup>25</sup> Art. 1, 3° Bijz.W.GwH en art. 26, § 1, 4° Bijz.W.GwH.

<sup>26</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 652-654; J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans - Liber amicorum André Alen*, Mortsel, Intersentia, 2020, (247) 252; en A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht. Verslag van het Grondwettelijk Hof voor het 16e congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven (Wenen, 12-14 mei 2014)", *TBP* 2014, nr. 10, (619) 619.

<sup>27</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 655-656; J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans - Liber amicorum André Alen*, Mortsel, Intersentia, 2020, (247) 250 en 252; en A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht. Verslag van het Grondwettelijk Hof voor het 16e congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven (Wenen, 12-14 mei 2014)", *TBP* 2014, nr. 10, (619) 620-625.

<sup>28</sup> Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, A.2.2 en B.1.2.

<sup>29</sup> *Ibid.*, B.1.2.

<sup>30</sup> Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90, B.11.2. Aanvankelijk vereiste het Grondwettelijk Hof dat de internationale verdragsbepaling directe werking had (Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90, B.11.3). In latere arresten vereiste het Grondwettelijk Hof geen directe werking meer van internationale verdragsbepalingen (bv. Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003, B.2 en B.4.2). De rechtsleer en het Grondwettelijk Hof verklaren deze evolutie doordat het Grondwettelijk Hof uitspraak doet in het objectief contentieux en niet in het subjectief contentieux. Daarom is het voor het Grondwettelijk Hof niet relevant of de rechtzoekende een subjectief recht ontleent aan het internationaal verdrag en dus is het ook irrelevant of de internationale verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft. Voor het Grondwettelijk Hof is enkel de mate waarin het internationaal verdrag de wetgever beperkt in zijn beoordelingsvrijheid relevant (Arbitragehof 21 juni 2006, nr. 104/2006, B.9; J. THEUNIS, "Zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT (ed.), *Liber amicorum Anne Mie Draye*, Mortsel, Intersentia, 2015, (47) 57; en P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008, 138.).

(en dus op onrechtstreekse wijze) toetsen aan de fundamentele rechten en vrijheden vervat in voor België bindende internationale verdragen en Europees recht. Verder toetst het Grondwettelijk Hof wetgevende normen via de artikelen 10 en 11 Gw. ook aan internationaal of Europees recht die geen fundamentele rechten en vrijheden neerleggen.<sup>31</sup> De tweede techniek van onrechtstreekse toetsing steunt op het arrest nr. 136/2004. Het Grondwettelijk Hof stelde daarin dat, indien een voor België bindende internationale verdragsbepaling (en later ook Europees recht) een fundamenteel recht of vrijheid waarborgt dat een analoge draagwijdte heeft als een grondrecht vervat in Titel II van de Grondwet of de artikelen 170, 172 of 191 Gw., de mensenrechtenbepaling van internationaal of Europees recht een onlosmakelijk geheel vormt met de betrokken grondwetsbepaling. Hieruit leidde het Grondwettelijk Hof af dat bij het onderzoek van de overeenstemming van een wetgevende norm met het grondrecht uit Titel II van de Grondwet of de artikelen 170, 172 en 191 Gw., het Grondwettelijk Hof voortaan rekening zal houden met internationaalrechtelijke of Europeesrechtelijke bepalingen die analoge fundamentele rechten of vrijheden waarborgen.<sup>32</sup> Op die manier toetst het Grondwettelijk Hof wetgevende normen via de grondrechten uit Titel II van de Grondwet (dus op onrechtstreekse wijze) aan analoge grondrechten van internationaal of Europees recht.<sup>33</sup>

De toetsing van wetgevende normen aan de Grondwet en Europees en internationaal recht is in de Belgische rechtsorde dus gekenmerkt door een duaal toetsingssysteem, ook wel een dubbel toetsingssysteem genaamd: een diffuse en centrale toetsing. Enerzijds kunnen de gewone hoven en rechtbanken (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) volgens het Smeerkaas-arrest (wat betreft internationaal recht) en het Simmenthal-arrest (wat betreft Europees recht) wetgevende normen toetsen aan internationaal en Europees recht met rechtstreekse werking. Omdat verschillende rechtscolleges deze toetsing van wetgevende normen aan internationaal en Europees recht met rechtstreekse werking kunnen uitvoeren, is deze toetsing diffuus. Anderzijds kan het Grondwettelijk Hof wetgevende normen toetsen aan bepaalde onderdelen van de Grondwet, zoals de fundamentele rechten en vrijheden vervat in Titel II 'Belgen en hun rechten' van de Grondwet. Aangezien slechts één rechtscollege, zijnde het Grondwettelijk Hof, wetgevende normen kan toetsen aan de fundamentele rechten en vrijheden in de Grondwet, is deze toetsing centraal.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht. Verslag van het Grondwettelijk Hof voor het 16e congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven (Wenen, 12-14 mei 2014)", *TBP* 2014, nr. 10, (619) 621-622 en de verwijzingen aldaar naar arresten van het Grondwettelijk Hof.

<sup>32</sup> Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.3- B.5.4. Zie ook de volgende commentaar onder dit arrest: G. MAES, "De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden", *RW* 2004-05, nr. 22, 875-878.

Kort na het arrest nr. 136/2004 heeft het Grondwettelijk Hof deze rechtspraak bevestigd. Zie daarvoor onder meer: Arbitragehof 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.4.1-B.4.2; Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, B.2.1-B.2.3; en Arbitragehof 20 oktober 2004, nr. 158/2004, B.5.2. Voor een analyse van deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kort na arrest nr. 136/2004 zie A. ALEN en J. CLEMENT, *De hiërarchie der rechtsnormen in Themis Staatsrecht nr. 36*, Brugge, die Keure, 2006, (5) 14-17.

Voor recente arresten van deze vaste rechtspraak zie onder meer: GwH 8 december 2022, nr. 162/2022, B.7.3; GwH 16 december 2021, nr. 183/2021, B.5.1-B.5.2; en GwH 15 maart 2018, nr. 31/2018, B.5.6-B.5.7.

<sup>33</sup> A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht. Verslag van het Grondwettelijk Hof voor het 16e congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven (Wenen, 12-14 mei 2014)", *TBP* 2014, nr. 10, (619) 625.

<sup>34</sup> C. BEHRENDT, *Le mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle belge in Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2022*, Brugge, die Keure, 2022, (261) 270; C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginselen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022 654-655; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 487; G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel in Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 182; L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van

5. In geval van een situatie van samenloop van grondrechten (*concoures de droits fondamentaux*) doet de combinatie van de centrale en de diffuse toetsing van wetgevende normen in de Belgische rechtsorde veel vragen rijzen. Het begrip samenloop van grondrechten houdt in dat de verenigbaarheid van een wetgevende norm met een grondrecht dat op analoge wijze is geïncorporeerd in Titel II van de Grondwet en Europees of internationaal recht ter discussie staat. Wat moet een rechter, die behoort tot de gewone hoven en rechtbanken (vb. de rechtbank van eerste aanleg), doen indien een vraag rijst over de overeenstemming van een wetgevende norm met een fundamenteel recht of vrijheid dat is gewaarborgd in Titel II van de Grondwet en in een norm van internationaal en Europees Recht met rechtstreekse werking (bv. het EVRM)? Moet hij op grond van de Smeerkaas-doctrine de verenigbaarheid van de wetgevende norm met het fundamenteel recht in het EVRM controleren? Of moet hij een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof aangezien deze laatste exclusief bevoegd is om de verenigbaarheid van wetgevende normen met grondrechten uit Titel II van de Grondwet te controleren?

Deze vragen heeft de bijzondere wetgever opgelost met de regeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Volgens deze bepaling moet de bodemrechter eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof indien in het bodemgeding een situatie van samenloop van grondrechten zich voordoet. Nadat het Grondwettelijk Hof de wetgevende norm heeft getoetst aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met analoge mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht (zie *supra*, rnr. 4)) en dus deze prejudiciële vraag heeft beantwoord, behoudt de bodemrechter de mogelijkheid om de wetgevende norm zelf te toetsen aan het analoge grondrecht in Europees of internationaal recht met rechtstreekse werking, in casu het EVRM. Deze regeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH, die de samenloopregeling wordt genoemd, bouwt op die manier een volgorde van toetsing in: eerst de centrale toetsing door het Grondwettelijk Hof van de wetgevende norm aan Titel II van de Grondwet en daarna de toetsing door de verwijzende rechter van de wetgevende norm aan Europees en internationaal recht met rechtstreekse werking.<sup>35</sup>

De reden waarom de bijzondere wetgever met de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH voorrang geeft aan de toetsing aan Titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof boven de toetsing door de verwijzende rechter aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen in internationaal en Europees recht, is niet letterlijk terug te vinden in de parlementaire werkzaamheden van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. VELAERS verklaart deze keuze van de bijzondere wetgever door de bijzondere waarborgen van het Grondwettelijk Hof die de gewone hoven en rechtbanken niet bieden. De grondwetgever heeft destijds het Grondwettelijk Hof namelijk opgericht ter bescherming van de burger tegen wetgevende normen. Vanwege deze rol biedt het Grondwettelijk Hof bijzondere

---

artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-13, nr. 3, (509) 512; en J. VELAERS, "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", in A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA (eds.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling: preadviezen 2008*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, (81) 81.

<sup>35</sup> G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194-195; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge* in *Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2021, 250; en 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, nr. 7, (387) 390 en 401.

waarborgen. Een van deze bijzondere waarborgen is bijvoorbeeld dat het Grondwettelijk Hof voor de helft bestaat uit rechters-politici en voor de andere helft bestaat uit rechters-juristen.<sup>36</sup>

## Probleemstelling

**6.** De moeilijkheid van Protocol nr. 16 bij het EVRM stelt zich voor de Belgische rechtsorde enkel ten aanzien van de toetsing van wetgevende normen aan mensenrechtenbepalingen in de Grondwet en internationaal en Europees recht en niet ten aanzien van die toetsing van administratieve rechtshandelingen.

Enkel de gewone hoven en rechtbanken, inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State, en niet het Grondwettelijk Hof kunnen *administratieve rechtshandelingen* toetsen (zie *supra*, rnr. 3) Als het Hof van Cassatie of de Raad van State bij de toetsing van een administratieve rechtshandeling worden geconfronteerd met een principiële vraagstuk omtrent de uitlegging of toepassing van de fundamentele rechten en vrijheden vervat in het EVRM of de bijhorende Protocollen, dan kunnen beide hoogste rechtscolleges rechtstreeks een verzoek om advies richten aan het EHRM. Omdat administratieve rechtshandelingen niet behoren tot de normen die het Grondwettelijk kan toetsen, moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State geen prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof.

Wat moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State doen indien ze in een geding worden geconfronteerd met een *wetgevende norm* die aanleiding geeft tot een principiële vraag omtrent de interpretatie of de toepassing van een grondrecht in het EVRM of de bijhorende Protocollen en dit grondrecht op analoge wijze is geïncorporeerd in Titel II van de Grondwet (samenloop van grondrechten, zie *supra* rnr. 5)? Enerzijds biedt Protocol nr. 16 bij het EVRM de mogelijkheid aan het Hof van Cassatie en de Raad van State om rechtstreeks aan het EHRM advies te vragen (zie *supra*, rnr. 1). Anderzijds verplicht de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH het Hof van Cassatie en de Raad van State om een prejudiciële vraag over de overeenstemming van de wetgevende norm met het grondrecht uit Titel II van de Grondwet te stellen aan het Grondwettelijk Hof (zie *supra*, rnr. 5). De verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geeft derhalve aanleiding tot enkele vragen. Kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State (best) rechtstreeks advies van het EHRM vragen zonder eerst een prejudiciële vraag te moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof? Of moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en, nadat het Grondwettelijk Hof heeft geantwoord op deze prejudiciële vraag, een advies van het EHRM vragen? Met andere woorden, hoe verhouden de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM zich tot elkaar?

**7.** Ook de afdeling Wetgeving van de Raad van State merkte deze problematiek op in zijn advies over het voorontwerp van wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM. De afdeling Wetgeving raadde de federale wetgever namelijk aan om de verhouding tussen de adviesprocedure

---

<sup>36</sup> 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, nr. 7, (387) 391-392.

van het Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH te verduidelijken en daartoe de nodige wijzigingen in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH aan te brengen.<sup>37</sup>

**8.** De probleemstelling in deze masterscriptie onderzoekt aldus hoe de drie Belgische hoogste rechtscolleges best zouden moeten omgaan met de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH indien in het bodemgeding een wetgevende norm aanleiding geeft tot een principiële vraagstuk over de interpretatie of toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen en dit grondrecht op analoge wijze is geïncorporeerd in Titel II van de Grondwet. Of korter, de probleemstelling betreft hoe de verhouding tussen de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH het best kan worden geregeld en welke wijzigingen in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH daartoe nodig zijn.

**9.** De federale wetgever heeft reeds getracht tegemoet te komen aan de opmerking van de Raad van State afdeling Wetgeving (zie *supra*, rnr. 7) en heeft een oplossing bedacht voor deze probleemstelling. De memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM bevat namelijk het volgende: *“Teneinde de rechtszekerheid te waarborgen en verschillen in rechtspraak te voorkomen, is het belangrijk te benadrukken dat het aannemen van het Protocol geen afbreuk doet aan de chronologische voorrang van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 inzake de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties in geval van samenloop van grondrechten, dit is wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een ordonnantie van een grondrecht 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. Het Hof van Cassatie en de Raad van State zijn bijgevolg verplicht eerst het Grondwettelijk Hof te raadplegen en zich te schikken naar dit antwoord, alvorens een verzoek om advies te richten aan het Europees Hof.(eigen onderlijning)”*.<sup>38</sup> Op basis van deze opmerking in de memorie van toelichting moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State, wanneer zij worden geconfronteerd met een situatie van samenloop van grondrechten en een principiële vraag over de interpretatie of toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen, eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Na de beantwoording van deze prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State een verzoek om advies richten aan het EHRM.

### **Onderzoeksvragen, methodologie en structuur**

**10.** In zijn advies over het voorontwerp van wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM heeft de Raad van State afdeling Wetgeving aan de bijzondere wetgever aangeraden om de nodige wijzigingen aan te brengen in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH omtrent de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 26, § 4 van de Bijz.W.GwH (zie *supra*, rnr. 7). Gelet op de zonet uiteengezette probleemstelling (zie *supra*, rnr. 6-9) en deze opmerking van de Raad van State afdeling Wetgeving heeft deze masterscriptie de volgende aanbevelende, centrale onderzoeksvraag:

<sup>37</sup> Adv.RvS 29 september 2020, nr. 67.896/VR, 18 en 19.

<sup>38</sup> MvT bij wetsontwerp houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001, 6.

"In welke mate zou de bijzondere wetgever de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH moeten wijzigen ter implementatie van Protocol nr. 16 bij het EVRM?". Om een antwoord te formuleren op deze centrale onderzoeksvraag, en aldus aanbevelingen te formuleren voor de bijzondere wetgever, heeft deze masterscriptie vijf subonderzoeksvragen.

**11.** Het eerste hoofdstuk beantwoordt de volgende twee subonderzoeksvragen: "Wat houdt de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM in?" en "Wat houdt de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in?".

Om op deze subonderzoeksvragen te antwoorden, zet deze masterscriptie eerst de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM uiteen. Voor de beschrijving van dit mechanisme focust deze masterscriptie op de werking, de wetsgeschiedenis en de *ratio legis* ervan. Daarvoor maakt deze masterscriptie voornamelijk gebruik van verschillende rapporten en richtlijnen over Protocol nr. 16 bij het EVRM van allerlei organen van de Raad van Europa. Dit bronnenmateriaal vult deze masterscriptie aan met (internationale) rechtsleer. Het tweede onderdeel van het eerste hoofdstuk beschrijft de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Ook voor de bespreking van dit instrument bestudeert de masterscriptie de werking, de wetsgeschiedenis en *ratio legis* ervan. Hiervoor gebruikt deze masterscriptie parlementaire voorbereiding, rechtspraak en rechtsleer. Na de bespreking van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH volgt een korte bespreking van de inwerkingtreding van het Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde.

**12.** Het tweede hoofdstuk beantwoordt de volgende subonderzoeksvraag: "Wat kunnen mogelijke oplossingen zijn ter regeling van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH?". Het tweede hoofdstuk tekent allerlei verschillende oplossingen uit. Pas in het derde hoofdstuk evalueert deze masterscriptie elk van de in het tweede hoofdstuk uitgetekende oplossingen in het licht van twee geselecteerde evaluatiecriteria (zie *infra*, rnr. 13).

Voor elk van de voorgestelde oplossingen, ter regeling van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH, doet deze masterscriptie een voorstel in welke zin de bijzondere wetgever artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zou moeten wijzigen. Voor deze oplossingen gebruikt het tweede hoofdstuk de volgende drie inspiratiebronnen.

De eerste inspiratiebron betreft de huidige regeling in de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM (zie *supra*, rnr. 9).

De tweede inspiratiebron is een van de vragen die werden gesteld gedurende een congres aangaande Protocol nr. 16 bij het EVRM. De vraag luidde of het aangewezen zou zijn dat verwijzende rechters bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen motiveren waarom volgens hen een advies van het EHRM noodzakelijk is. Omdat dat congres een besloten karakter heeft, vermeldt deze masterscriptie niet de naam van de vraagsteller en de naam van het congres. Op die manier waarborgt deze masterscriptie de confidentialiteit van dat congres. Verder benadrukt deze masterscriptie dat de organisator van het congres telefonisch heeft toegestemd met het gebruik van deze vraag in deze masterscriptie. Tot slot zijn de oplossingen die deze masterscriptie construeert

op basis van deze vraag zodanig gedetailleerd dat de deelnemers van dat congres de vraag niet in diezelfde mate hebben besproken.

De derde inspiratiebron betreft het arrest Melki en Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de vraag of de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU voor het Hof van Justitie van de Europese Unie zich verzet tegen de Franse voorrangregeling (ook wel gekend als de *Question Prioritaire de Constitutionnalité*).<sup>39</sup> Kort samengevat moet een verwijzende rechter volgens de Franse voorrangregeling eerst de Franse Constitutionele Raad de mogelijkheid geven de wetgevende norm te toetsen aan de Grondwet waarna de verwijzende rechter de mogelijkheid heeft om de wetgevende norm te toetsen aan de internationale verplichtingen van Frankrijk.<sup>40</sup> Volgens artikel 267 VWEU kunnen en soms moeten de nationale rechters van de EU-lidstaten prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de interpretatie en geldigheid van het EU-recht.<sup>41</sup> Wat het Hof van Justitie van de Europese Unie meer bepaald heeft verduidelijkt in het arrest Melki en Abdeli is of artikel 267 VWEU er zich tegen verzet dat nationale bodemrechters eerst een prejudiciële vraag aan het nationale grondwettelijke hof moeten stellen en pas na dit onderzoek van de grondwettigheidsvraag een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het is dus de verhouding, en meer bepaald de volgorde, tussen de plicht tot prioritaire prejudiciële vraagstelling aan het nationale grondwettelijke hof en de prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie van de Europese Unie die het arrest Melki en Abdeli verduidelijkt. Deze verhouding is vergelijkbaar met de verhouding tussen de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en de mogelijkheid voor een verzoek om advies aan het EHRM op grond van Protocol nr. 16 bij het EVRM. De samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH is immers vergelijkbaar met de Franse *Question Prioritaire de Constitutionnalité*, die aanleiding gaf tot het arrest Melki en Abdeli, aangezien beide regelingen voorrang geven aan de grondwettigheidsvraag boven de vraag van overeenstemming van de wetgevende norm met het Europees en internationaal recht.<sup>42</sup> Verder is de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM vergelijkbaar met de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU aangezien beide regelingen in essentie de mogelijkheid geven aan een nationaal rechtscollege om raad te vragen aan een supranationaal rechtscollege, respectievelijk het EHRM en het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>43</sup> Omwille van deze vergelijkbaarheid tussen de relatie

---

<sup>39</sup> HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

<sup>40</sup> Zie art. 61-1 Constitution de la République française du 4 octobre 1958, JO 5 oktober 1958, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/> en Chapitre IIbis (art. 23-1 tot art. 23-12) van Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JO 9 november 1958, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000705065/>.

<sup>41</sup> Voor een uitgebreidere bespreking van de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Unie zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Mortsels, Intersentia, 2023, 698-712 en 738-739 en M. BROBERG en N. FENGER, "Preliminary References", in R. SCHUTZE en T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 981-1010.

<sup>42</sup> Hoewel de Franse en de Belgische voorrangregeling op hetzelfde beginsel steunen, zijnde de voorrang van de grondwettigheidstoets, bestaan er toch enkele opvallende verschillen tussen beide voorrangregelingen. Voor een uitgebreide analyse van de verschillen tussen de Franse en de Belgische voorrangregelingen zie J. VELAERS, "Het arrest-Melki en Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht", *RW* 2010-11, nr. 19, (770) 774-776.

<sup>43</sup> Voor een uitgebreide vergelijking tussen de adviesprocedure voor het EHRM onder Protocol nr. 16 bij het EVRM en de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU voor het Hof van Justitie van de Europese Unie zie onder meer: M. DAKA, "Advisory Opinion and Preliminary Ruling Procedure – A Comparative and Contextual Note", *Journal of Law, Social Sciences and Humanities* 2020, volume 36, nr. 3-4, 298-308; P. GRAGLJ, "(Judicial) love is not a one way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16", *European Law Review* 2013, volume 38, nr. 2, 229-247; en J. GERARDS, "Advisory

die aan de orde is in het arrest Melki en Abdeli (Franse voorrangregeling-prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU) en de relatie die centraal staat in deze masterthesis (Belgische voorrangregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH-adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM), vormt het arrest Melki en Abdeli een inspiratiebron voor de oplossing van de probleemstelling in deze masterscriptie (zie *supra*, rnr. 69).

**13.** Het derde hoofdstuk evalueert de in tweede hoofdstuk voorgestelde oplossingen in het licht van twee geselecteerde evaluatiecriteria.

Deze twee geselecteerde evaluatiecriteria zijn geïnspireerd vanuit de ambitie van deze masterscriptie dat de oplossingen, ter regeling van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH, op de best mogelijke manier de rechtsbescherming van de burger tegen wetgevende normen moeten waarborgen indien een wetgevende norm aanleiding geeft tot een principiële vraagstuk omtrent de toepassing of interpretatie van een grondrecht in het EVRM of een van zijn bijhorende Protocollen en dat grondrecht op analoge wijze is verankerd in Titel II van de Grondwet.

De bijzondere wetgever heeft met de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH ervoor gekozen dat de rechtsbescherming van de burger in geval van samenloop van grondrechten bestaat uit een volgorde van toetsing waarbij het grondwettigheidsonderzoek van de wetgevende norm door het Grondwettelijk Hof prioritair is aan het onderzoek van de overeenstemming ervan met rechtstreeks werkend Europees en internationaal recht door de gewone hoven en rechtbanken (zie *supra*, rnr. 5). Volgens de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH moet een verwijzende rechter in geval van een situatie van samenloop van grondrechten namelijk een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof behoudt de verwijzende rechter de mogelijkheid om de wetgevende norm te toetsen aan de mensenrechtenbepalingen in rechtstreeks werkend Europees en internationaal recht.<sup>44</sup> Hoewel dit niet uitdrukkelijk terug te vinden is in de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH, verklaart vooraanstaand grondwetspecialist VELAERS de keuze van de bijzondere wetgever voor de prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof vanuit de idee dat het Grondwettelijke Hof specifiek is opgericht ter bescherming van de burger tegen wetgevende normen en dat het Grondwettelijk Hof daarom bijzondere waarborgen biedt aan de burger die de gewone hoven en rechtbanken niet bieden (zie *supra*, rnr. 5; zie *infra*, rnr. 61).<sup>45</sup> Als de masterscriptie de ambitie heeft om oplossingen voor te stellen die op de best mogelijke manier de burger beschermen tegen wetgevende normen, is het belangrijk dat de voorgestelde oplossingen deze rangorde, en meer bepaald de prioriteit van het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof, respecteren. Het Grondwettelijk Hof heeft immers bijzondere waarborgen die de

---

Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, volume 21, nr. 4, 630-651.

<sup>44</sup> G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194-195 en 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, nr. 7, (387) 390-391 en 401.

<sup>45</sup> *Ibid.*, (387) 391-392.



gewone hoven en rechtbanken niet bieden. Het eerste evaluatiecriterium vergt dus van de oplossingen dat ze deze rangorde tussen beide toetsingen respecteren.

Het EHRM levert gemiddeld slechts na gemiddeld 9 maanden een advies.<sup>46</sup> Daarom kan het moment waarop een van de Belgische hoogste rechtscolleges advies vraagt van het EHRM bepalend zijn voor de lengte van de procedure. Vandaar dat het tweede evaluatiecriterium van de oplossingen vereist dat ze de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zo organiseren dat de rechtsbescherming van de burger tegen wetgevende normen op een zo efficiënt en dus zo proceseconomisch mogelijke manier wordt gewaarborgd.

De oplossingen (of oplossing) die deze masterscriptie aldus zal aanbevelen aan de bijzondere wetgever zijn de oplossingen die de rechtsbescherming van de burger tegen wetgevende normen het best garanderen. Dat is het geval wanneer de oplossingen de volgorde van toetsing zoals is vastgelegd in de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH respecteren (eerste evaluatiecriterium) en zo proceseconomisch mogelijk zijn (tweede evaluatiecriterium). Daarom staan de volgende twee subonderzoeksvragen centraal in het derde hoofdstuk: "In welke mate respecteren de voorgestelde oplossingen de volgorde van toetsing van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH?" en "In welke zijn de voorgestelde oplossingen proceseconomisch?"

**14.** Tot slot sluit deze masterscriptie af met een samenvattende conclusie en concrete aanbevelingen. Gelet op de centrale onderzoeksvraag (zie *supra*, rnr. 10) nemen de aanbevelingen de vorm aan van voorstellen tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

## **Beperkingen**

**15.** Waarom onderzoekt deze masterscriptie in het tweede hoofdstuk niet hoe de wetgever in de Franse rechtsorde de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en de *Franse Question Prioritaire de Constitutionnalité* heeft geregeld? Gelet op het feit dat Protocol nr. 16 bij het EVRM in Frankrijk reeds vanaf 1 augustus 2018 inwerking is getreden<sup>47</sup> en dat de *Franse Question Prioritaire de Constitutionnalité* vergelijkbaar is met de Belgische samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH (zie *supra*, rnr. 12), kan deze verhouding immers een inspiratiebron vormen voor de oplossing van de probleemstelling in deze masterscriptie, zijnde de regeling van de verhouding

---

<sup>46</sup> In totaal heeft het EHRM tot op vandaag de dag (28 juli 2023) zes adviezen geleverd (zie European Court of Human Rights, *Advisory Opinions*, <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions#:~:text=to%20the%20Convention-,Protocol%20No.,Convention%20or%20the%20protocols%20thereto> (laatste consultatie op 28 juli 2023)). Voor de berekening van de gemiddelde duurtijd waarna het EHRM deze adviezen heeft geleverd werd voor elk van de adviezen de tijdspanne berekend tussen de dag waarop het EHRM het verzoek om advies heeft geaccepteerd en de dag waarop het EHRM het advies heeft geleverd. De adviezen waren afkomstig van de volgende landen. De twee corresponderende datums en de tijdspanne in dagen tussen deze twee datums zijn de volgende: Frankrijk 3/12/2018-10/4/2019 (128d); Armenië 02/10/2019-29/05/2020 (240d); Litouwen 25/01/2021-08/04/2022 (438d); Armenië 10/05/2021-26/04/2022 (351d); Frankrijk 31/05/2021-13/07/2022 (408d); en Finland 07/11/2022-13/04/2023 (157d). Het gemiddelde van deze tijdspanne in dagen kan worden bekomen door deze zes tijdspannes in dagen op te tellen en te delen door zes (zes is het aantal adviezen): 128d + 240d + 438d + 351d + 408d + 157d = 1722d : 6 = 287d. De gemiddelde tijdspanne tussen de dag waarop het EHRM het verzoek om advies heeft geaccepteerd en de dag waarop het EHRM het advies geleverd is 287d. Omgerekend naar maanden bedraagt deze tijdspanne 9,4292 maanden ofwel 9 maanden en 13 dagen.

<sup>47</sup> Council of Europe, *Entry into force of the Protocol No.16 to the European Convention of Human Rights*, 12 april 2018, [https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/events/-/asset\\_publisher/E5WWthsy4Jfg/content/entry-into-force-of-the-protocol-no-16-to-the-european-convention-of-human-rights?inheritRedirect=false](https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/events/-/asset_publisher/E5WWthsy4Jfg/content/entry-into-force-of-the-protocol-no-16-to-the-european-convention-of-human-rights?inheritRedirect=false) (consultatie 15 oktober 2022).

tussen de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Deze masterscriptie heeft een dergelijke rechtsvergelijkende methodologie niet gekozen omwille van het gebrek aan geschreven bronnenmateriaal over de verhouding tussen de Franse *Question Prioritaire de Constitutionnalité* en de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM.

**16.** Deze masterscriptie heeft het onderzoek afgerond op 28 juli 2023. Ontwikkelingen in verband met de probleemstelling van deze masterscriptie die zich hebben voorgedaan na deze datum heeft deze masterscriptie niet in rekening kunnen nemen.



## HOOFDSTUK 1. THEORETISCH KADER

### 1.1. Protocol nr. 16 bij het EVRM

**17.** Op 18 april 2018 heeft Frankrijk het Protocol nr. 16 bij het EVRM ondertekend en was daarmee de tiende Verdragsluitende Staat die het instrument ondertekende.<sup>48</sup> Vervolgens trad het instrument voor de tot dan nog tien Verdragspartijen op 1 augustus 2018 in werking.<sup>49</sup> Het Protocol nr. 16 bij het EVRM staat voorlopig nog in zijn kinderschoenen: sinds zijn inwerkingtreding is het EHRM slechts acht keer om advies verzocht en heeft het EHRM zes adviezen geleverd.<sup>50</sup>

#### 1.1.1. Werking

##### 1.1.1.1. Enkel hoogste rechtscolleges

**18.** Niet alle nationale rechtscolleges kunnen om advies verzoeken van het EHRM. Enkel hoogste rechtscolleges van de Verdragsluitende Staten kunnen het EHRM om advies vragen.<sup>51</sup> Op het moment wanneer de Verdragsluitende Staat het Protocol nr. 16 bij het EVRM heeft ondertekend of wanneer de Staat zijn instrument van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring neerlegt bij de Secretaris-

---

<sup>48</sup> S. O'LEARY en T. EICKE, *Some Reflections on Protocol No. 16*, 25 Januari 2019, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech\\_20190125\\_O\\_Leary\\_Eicke\\_JY\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20190125_O_Leary_Eicke_JY_ENG), 1 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>49</sup> *Ibid.* De datum van inwerkingtreding van het Protocol nr. 16 bij het EVRM (1 augustus 2018) werd als volgt bepaald: Volgens artikel 8(1) Prot. 16 EVRM treedt Protocol nr. 16 bij het EVRM in werking op *de eerste dag van de maand volgend na een periode van drie maanden* nadat tien Verdragsluitende Staten hun instemming om gebonden te zijn door Protocol nr. 16 bij het EVRM hebben gegeven overeenkomstig het artikel 7 Prot. 16 EVRM. Frankrijk heeft Protocol nr. 16 bij het EVRM op 18 april 2018 ondertekend (Council of Europe, *Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023)). Op de eerste dag van de maand volgend na een periode van drie maanden na 18 april 2018, zijnde 1 augustus 2018, trad Protocol nr. 16 bij het EVRM in werking.

<sup>50</sup> De landen waarvan de hoogste rechtscolleges tot op vandaag de dag (28 juli 2023) acht adviezen hebben verzocht van het EHRM zijn Frankrijk (2x), Armenië (2x), Slovaakse, Litouwen, Finland en België. Het verzoek om advies afkomstig van België is nog hangende bij het EHRM.

Het verzoek om advies afkomstig van Slovaakse werd door het EHRM niet geaccepteerd.

De zes adviezen die het EHRM heeft geleverd tot op vandaag de dag (28 juli 2023) waren in antwoord op de verzoeken van de hoogste rechtscolleges van Frankrijk (2x), Armenië (2x), Litouwen en Finland: EHRM 13 april 2023, nr. P16-2022-001, Advisory Opinion requested by the Supreme Court of Finland on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult; EHRM 13 juli 2022, nr. P16-2021-002, Advisory Opinion requested by the French Council of State on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date; EHRM 26 april 2022, nr. P16-2021-001, Advisory Opinion requested by the Armenian Court of Cassation concerning the statute of limitations and torture; EHRM 8 april 2022, nr. P16-2020-002, Advisory Opinion requested by the Lithuanian Supreme Administrative Court on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings; EHRM 29 mei 2020, nr. P16-2019-001, Advisory Opinion requested by the Armenian Constitutional Court concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law; en EHRM 10 april 2019, nr. P16-2018-001, Advisory Opinion requested by the French Court of Cassation concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother.

Zie European Court of Human Rights, *Advisory Opinions*, <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions#:~:text=to%20the%20Convention-,Protocol%20No.,Convention%20or%20the%20protocols%20thereto> (laatste consultatie op 28 juli 2023).

<sup>51</sup> Art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.*(eigen onderlijning)".

Generaal van de Raad van Europa moet de Staat aangeven welke van zijn nationale rechtscolleges hoogste rechtscolleges zijn in de zin van Protocol nr. 16 bij het EVRM.<sup>52</sup>

**19.** De opstellers van Protocol nr. 16 bij het EVRM hebben bewust gekozen voor de term 'hoogste rechtscolleges' in plaats van 'de hoogste rechtscolleges'.<sup>53</sup> Met de term 'hoogste rechtscolleges' zouden de Verdragsluitende Staten meer keuzevrijheid hebben dan met de term 'de hoogste rechtscolleges'. De term 'de hoogste rechtscolleges' zou namelijk kunnen worden begrepen als enkel en alleen de grondwettelijke hoven en de hooggerechtshoven (zoals een hof van cassatie). Het was de bedoeling dat de Verdragsluitende Staten ook rechtscolleges, die ondergeschikt zijn aan de grondwettelijke hoven en hooggerechtshoven, bevoegd konden maken om advies te vragen van het EHRM. Aldus kozen de opstellers van het Protocol voor de term 'hoogste rechtscolleges' in plaats van 'de hoogste rechtscolleges'.<sup>54</sup>

Verder hebben de opstellers van Protocol nr. 16 bij het EVRM gekozen om de adviesprocedure enkel beschikbaar te stellen voor hoogste rechtscolleges en niet voor alle nationale rechtscolleges zodat de werklast van het EHRM niet exponentieel zou groeien.<sup>55</sup>

#### **1.1.1.2. Hoogste rechtscolleges niet verplicht om advies te vragen**

**20.** Hoogste rechtscolleges van de Verdragsluitende Staten die partij zijn bij het Protocol nr. 16 bij het EVRM zijn niet verplicht om advies van het EHRM te vragen.<sup>56</sup>

#### **1.1.1.3. EHRM niet verplicht om advies te verstrekken**

**21.** Wanneer een nationaal hoogste rechtscollege een verzoek om advies aan het EHRM richt, beslist een panel van vijf rechters van de Grote Kamer om het verzoek al dan niet te accepteren.<sup>57</sup> Indien het rechterspanel beslist om het verzoek te accepteren, zal de Grote Kamer van het EHRM<sup>58</sup> een advies verlenen.<sup>59</sup> Indien het rechterspanel het verzoek om advies weigert, moet het panel die weigering motiveren.<sup>60</sup>

---

<sup>52</sup> Art. 10 Prot. 16 EVRM.

<sup>53</sup> Art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.(eigen onderlijning)".

<sup>54</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de datum van de uitgave van dit document is onbekend, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_16_explanatory_report_ENG), paragraaf 8 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.(eigen onderlijning)".

<sup>57</sup> Art. 2(1) Prot. 16 EVRM.

<sup>58</sup> De Grote Kamer van het EHRM bestaat uit zeventien rechters, inclusief de voorzitter van het EHRM, de ondervoorzitters en de voorzitters van de Kamers (art. 26(1) en 26(5) EVRM).

<sup>59</sup> Art. 2(2) Prot. 16 EVRM.

<sup>60</sup> Art. 2(1) Prot. 16 EVRM.

**22.** Het panel dient hierbij na te gaan of het verzoek voldoet aan alle procedurele en formele vereisten.<sup>61</sup> Verder dient het panel na te gaan of het verzoek om advies aanleiding geeft tot een principiële vraag omtrent de interpretatie of toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijbehorende Protocollen.<sup>62</sup> Deze laatste vereiste brengt deze masterscriptie meteen bij het volgende te bespreken kenmerk van de adviesprocedure: het verzoek om advies van een nationaal hoogste rechtscollege moet gaan over een principiële vraag omtrent de interpretatie en toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen (zie *infra*, 23-25).<sup>63</sup>

#### **1.1.1.4. Verzoek om advies moet gaan over principiële vraag**

**23.** Het Protocol nr. 16 bij het EVRM bevat geen definitie van dit begrip. Het Toelichtende Rapport bij het Protocol nr. 16 bij het EVRM stelt wel dat het rechterspanel dit begrip verder zal specificeren wanneer het moet beslissen om verzoeken om advies al dan niet te accepteren.<sup>64</sup> Verder bepaalt het Toelichtend Rapport bij het Protocol nr. 16 bij het EVRM dat deze bewoordingen gestoeld zijn op de bewoordingen van artikel 43(2) EVRM.<sup>65</sup> Voordat deze masterscriptie verder de link tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 43(2) EVRM verduidelijkt (zie *infra*, rnr. 25), legt deze masterscriptie eerst de procedure van artikel 43 EVRM uit (zie *infra*, rnr. 24).

**24.** Overeenkomstig artikel 43 EVRM kan elke bij de zaak betrokken partij binnen een termijn van drie maanden na de datum van het arrest van de Kamer van het EHRM in uitzonderlijke gevallen verzoeken om de zaak naar de Grote Kamer van het EHRM te verwijzen.<sup>66</sup> Vervolgens onderzoekt een panel van vijf rechters van de Grote Kamer dit verzoek om verwijzing naar de Grote Kamer.<sup>67</sup> Indien dit rechterspanel het verzoek inwilligt, verwijst het de zaak naar de Grote Kamer.<sup>68</sup> Het uitgangspunt voor het rechterspanel om het verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer te accepteren, zit vervaat in de tweede paragraaf van artikel 43 EVRM. Deze paragraaf stelt dat het rechterspanel het verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer kan accepteren indien de zaak aanleiding geeft tot een ernstige vraag over de toepassing of interpretatie van het EVRM of een van de bijhorende Protocollen of indien de zaak aanleiding geeft tot een ernstige kwestie van algemeen

---

<sup>61</sup> Deze formele en procedurele vereisten zitten vervaat in artikel 92 van het Reglement van het EHRM (Registry of the European Court of Human Rights, *Rules of Court*, laatste editie trad inwerking op 23 juni 2023, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG) (laatste consultatie op 18 juli 2023)).

<sup>62</sup> European Court of Human Rights, *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention*, goedgekeurd op 18 september 2017 door de voltallige vergadering van het EHRM en laatst geüpdatet op 18 oktober 2021, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf), paragraaf 7 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>63</sup> Art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.* (eigen onderlijning)".

<sup>64</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de datum van uitgave van dit document is onbekend, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_16_explanatory_report_ENG), paragraaf 9 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Art. 43(1) EVRM.

<sup>67</sup> Art. 43(2) EVRM.

<sup>68</sup> Art. 43(3) EVRM.

belang.<sup>69</sup> Aangezien het Protocol nr. 11 bij het EVRM de verwijzingsprocedure van artikel 43 EVRM heeft ingevoerd in het EVRM verduidelijken de opstellers van artikel 43 EVRM in het Toelichtend Rapport bij Protocol nr. 11 bij het EVRM wat zij daarmee bedoelen. Ernstige vragen betreffende de *interpretatie* van het EVRM of een van de bijhorende Protocollen houden in dat de uitspraak in de zaak belangrijk is voor toekomstige zaken of de ontwikkeling van de EHRM-rechtspraak.<sup>70</sup> Dit is ook het geval wanneer het arrest van de Kamer, naar aanleiding waarvan een van de partijen een verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer heeft ingediend, niet strookt met eerdere EHRM-rechtspraak.<sup>71</sup> Ernstige vragen betreffende de *toepassing* van het EVRM of een van de bijhorende Protocollen betreffen zaken die een ingrijpende wijziging van nationale wetgeving of administratieve praktijk noodzakelijk maken, maar geen aanleiding geven tot een ernstige vraag omtrent de interpretatie van het EVRM of een van de bijhorende Protocollen.<sup>72</sup> Een zaak die aanleiding geeft tot een *ernstige kwestie van algemeen belang* gaat over een belangrijke politieke kwestie of beleidskwestie.<sup>73</sup>

De griffie van de Grote Kamer van het EHRM heeft een nota opgesteld over de praktijk van het rechterspanel over zijn beslissingen betreffende verzoeken tot verwijzing naar de Grote Kamer.<sup>74</sup> Deze nota brengt de zaken die het rechterspanel onder artikel 43 EVRM verwijst naar de Grote Kamer onder in verschillende categorieën. Zonder dat deze masterscriptie de ambitie heeft om dit gedetailleerd overzicht uitgebreid te beschrijven, doet het een poging om dit overzicht bondig samen te vatten. De eerste categorie omvat uitspraken van de Kamer die afwijken van de vaste EHRM-rechtspraak.<sup>75</sup> De tweede categorie omvat zaken die de huidige EHRM-rechtspraak verder kunnen doen ontwikkelen doordat het onderwerp van de zaak bijvoorbeeld buiten het huidige toepassingsgebied van de EHRM-rechtspraak valt.<sup>76</sup> De derde categorie betreft zaken die aanleiding geven tot verduidelijking van beginselen die door het EHRM reeds eerder werden ontwikkeld.<sup>77</sup> De vierde categorie omvat zaken van de Kamer die niet afwijken van EHRM-rechtspraak maar niettemin belangrijk zijn voor de door het EHRM ontwikkelde beginselen.<sup>78</sup> De vijfde categorie betreft zaken die een structureel probleem in een Verdragsluitende Staat blootleggen en dat vervolgens een substantiële wijziging van nationale wetgeving of een administratieve praktijk vergt.<sup>79</sup> De zesde en de zevende categorie omvatten zaken die gaan over een relatief nieuw rechtsgebied dat het EHRM nog niet eerder heeft onderzocht en zaken die gaan over een maatschappelijk of politiek gevoelig

---

<sup>69</sup> Art. 43(2) EVRM: “A panel of five judges of the Grand Chamber shall accept the request if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the Protocols thereto, or a serious issue of general importance. (eigen onderlijning)”.

<sup>70</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 11 mei 1194, <https://rm.coe.int/16800cb5e9>, paragraaf 100 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, paragraaf 101.

<sup>73</sup> *Ibid.*, paragraaf 102.

<sup>74</sup> Grand Chamber Registry of the European Court of Human Rights, *Practice followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on Requests for Referral under Article 42 of the Convention*, 2 juni 2021, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/note\\_gc\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/note_gc_eng), paragraaf 17-20 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>75</sup> *Ibid.*, paragraaf 21-23.

<sup>76</sup> *Ibid.*, paragraaf 24-26.

<sup>77</sup> *Ibid.*, paragraaf 27.

<sup>78</sup> *Ibid.*, paragraaf 28-29.

<sup>79</sup> *Ibid.*, paragraaf 30-32.

thema.<sup>80</sup> De achtste categorie omvat zaken die juridisch-technisch zeer complex zijn of zeer ernstige gevolgen hebben voor de Verdragsluitende Staat in kwestie.<sup>81</sup>

**25.** De verwijzing in het Toelichtend Rapport bij Protocol nr. 16 naar artikel 43(2) EVRM (zie *supra*, rnr. 23) doet vermoeden dat het rechterspanel van de adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM (zie *supra*, rnr. 21-22) de praktijk van het rechtspanel van de verwijzingsprocedure van artikel 43 EVRM zou volgen (zie *supra*, rnr. 24).<sup>82</sup>

#### **1.1.1.5. Verzoek om advies enkel mogelijk in hangende zaak**

**26.** Een nationaal rechtcollege kan enkel van het EHRM advies vragen binnen de context van een voor hem hangende zaak.<sup>83</sup>

#### **1.1.1.6. Geen (strikte) termijn waarbinnen EHRM advies moet leveren**

**27.** Het Protocol nr. 16 bij het EVRM bevat geen termijn waarbinnen het EHRM een advies moet leveren (indien het rechterspanel het verzoek om advies heeft geaccepteerd, zie *supra*, rnr. 21-22). Wel bepaalt het document genaamd *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention* dat het EHRM de verzoeken om advies met voorrang zal behandelen.<sup>84</sup>

#### **1.1.1.7. Niet-bindend EHRM-advies**

**28.** Op basis van artikel 46(1) EVRM zijn de *arresten* van het EHRM bindend voor de veroordeelde Verdragsluitende Staat.<sup>85</sup> Het Protocol nr. 16 bij het EVRM bepaalt dat de *adviezen* van het EHRM niet bindend zijn. Dit betekent dat het hoogste rechtcollege, dat om het advies heeft verzocht, kan beslissen om het advies te volgen of niet.<sup>86</sup>

**29.** Verder hebben de *arresten* van het EHRM interpretatief gezag van gewijsde (*res interpretata*). Dit betekent dat de interpretatie van de fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM en de bijhorende Protocollen door het EHRM in zijn arresten deel uitmaken van het EVRM en de bijhorende Protocollen.<sup>87</sup> Gelet op het feit dat de Verdragsluitende Staten gebonden zijn door het EVRM en zijn

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, paragraaf 33-34.

<sup>81</sup> *Ibid.*, paragraaf 36-38.

<sup>82</sup> K. LEMMENS, "Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?", *European Constitutional Law Review* 2019, nr. 15, (691) 696 en J. GERARDS, "Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)" in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 13.

<sup>83</sup> Art. 1(3) Prot. 16 EVRM.

<sup>84</sup> European Court of Human Rights, *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention*, goedgekeurd op 18 september 2017 door de voltallige vergadering van het EHRM en laatst geüpdatet op 18 oktober 2021, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf), paragraaf 15 (laatste consultatie op 18 juli 2023). Ook stelt artikel 93(2) van het Reglement van het EHRM dat het EHRM verzoeken om advies met voorrang moet behandelen (Registry of the European Court of Human Rights, *Rules of Court*, laatste editie trad in werking op 23 juni 2023, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG) (laatste consultatie op 18 juli 2023)).

<sup>85</sup> Art. 46(1) EVRM: "The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties (eigen onderlijning)".

<sup>86</sup> Art. 5 Prot. 16 EVRM: "Advisory opinions shall not be binding (eigen onderlijning)".

<sup>87</sup> M. MARMO, "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights – A Political Battle", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, nr. 15, (235) 242–243.



bijhorende Protocollen zijn dergelijke interpretaties van het EHRM in zijn arresten bindend ten aanzien van al de Verdragsluitende Staten en niet enkel voor de veroordeelde Verdragsluitende Staat in de zaak.<sup>88</sup> De rechtscolleges van al de Verdragsluitende Staten zijn geacht deze interpretaties van het EHRM te volgen.<sup>89</sup>

Het Toelichtend Rapport bij Protocol nr. 16 bij het EVRM vermeldt het volgende: “*The interpretation of the Convention and the Protocols thereto contained in such advisory opinions would be analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions.* (eigen onderlijning)”.<sup>90</sup> Volgens GERARDS bedoelt het Toelichtend Rapport bij Protocol nr. 16 bij het EVRM hiermee dat, net zoals de arresten van het EHRM, de *adviezen* van het EHRM interpretatief gezag van gewijsde (*res interpretata*) hebben.<sup>91</sup> Indien adviezen van het EHRM inderdaad interpretatief gezag van gewijsde hebben, wat zou dit dan concreet betekenen? GERARDS stelt dat het EHRM-advies bestaat uit twee onderdelen: de algemene interpretaties door het EHRM van de fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM en de bijhorende Protocollen enerzijds en de concrete toepassing van die interpretaties op de feiten van de zaak anderzijds. Het eerste onderdeel van het advies (de interpretaties van het EHRM) zou interpretatief gezag van gewijsde (*res interpretata*) hebben en is daarom bindend voor al de nationale rechtscolleges van al de Verdragsluitende Staten van het EVRM (inclusief die Verdragsluitende Staten die Protocol nr. 16 bij het EVRM (nog) niet hebben geratificeerd). Het tweede onderdeel van het advies (de toepassing door het EHRM van de interpretaties op de feiten) zou niet bindend zijn voor het verwijzende, nationale hoogste rechtscollege en al de nationale rechtscolleges van al de Verdragsluitende Staten van het EVRM (inclusief die Verdragsluitende Staten die Protocol nr. 16 bij het EVRM (nog) niet hebben geratificeerd).<sup>92</sup>

### 1.1.2. Historiek en *ratio legis*

**30.** Om de *ratio legis* van Protocol nr. 16 bij het EVRM te begrijpen (zie *infra*, rnr. 34), is een korte uiteenzetting vereist van de totstandkoming van het instrument (zie *infra*, rnr. 31-33).

---

<sup>88</sup> J. GERARDS, “Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)” in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 20 en 22 en J. GERARDS, “Advisory opinions, preliminary rulings and the new protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, nr. 21, (630) 635 en de verwijzingen aldaar naar eerdere rechtsleer.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de datum van uitgave van dit document is onbekend, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_16_explanatory_report_ENG), paragraaf 27 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>91</sup> J. GERARDS, “Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)” in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 20-22 en J. GERARDS, “Advisory opinions, preliminary rulings and the new protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, nr. 21, (630) 634-635.

<sup>92</sup> J. GERARDS, “Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)” in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 22 en J. GERARDS, “Advisory opinions, preliminary rulings and the new protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, nr. 21, (630) 635.

**31.** Het idee van een adviesprocedure bij het EHRM rees in de periode waarin het EHRM met twee crisissen werd geconfronteerd: de *backlog crisis* en *backlash crisis*.<sup>93</sup>

De *backlog crisis* vond plaats tijdens de jaren 1990 en 2000 nadat veel nieuwe landen partij waren geworden bij het EVRM. Dit leidde tot een exponentiële groei van het aantal verzoekschriften bij het EHRM. Al snel bleek het EHRM niet geschikt te zijn om al deze zaken tijdig en efficiënt af te handelen. Deze problematiek leidde tot een aantal structurele hervormingen van het EHRM.<sup>94</sup>

De *backlash crisis* duidt op de toenemende kritiek op het EHRM, vooral rond 2010, waardoor de legitimiteit van het EHRM onder druk kwam te staan. Zo stelden critici bijvoorbeeld dat het EHRM zich (te) vaak mengde in aangelegenheden die in beginsel aan de nationale autoriteiten van de Verdragsluitende Staten van het EVRM toekwamen.<sup>95</sup>

**32.** De combinatie van deze *backlog* en *backlash crisis* leidde tot reactie van verschillende nationale overheden.<sup>96</sup>

Zo richtten de lidstaten van de Raad van Europa in 2005 een groep van experts, genaamd *Wise Persons*, op. Het doel van deze groep was om na te denken over manieren die de effectiviteit van het EVRM-systeem op lange termijn kunnen verbeteren. Deze groep bracht in 2006 een verslag uit, het *Wise Persons Report* genaamd, en stelde daarin expliciet voor om een adviesprocedure op te richten: "*It would be useful to introduce a system under which the national courts could apply to the Court for advisory opinions on legal questions relating to interpretation of the Convention and the*

---

<sup>93</sup> J. GERARDS, "Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)" in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 25 en 26.

<sup>94</sup> J. GERARDS, "Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)" in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 25. Zie voor meer uitgebreide besprekingen onder meer: L.R. GLAS, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Mortsel, Intersentia, 2016, 37-48 en 52-55; A. BRADLEY, "Introduction: The need for both international and national protection of human rights – the European challenge" in S. FLOGAITIS, T. ZWART en J. FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Cheltenham, Edwar Elgar, 2013, (1) 4-5; I. CAMERON, "The Court and the member states: procedural aspects" in A. FOLLESDAL, B. PETERS en G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 25-63; L. WILDHABER, "Criticism and case-overload: Comments on the future of the European Court of Human Rights" in S. FLOGAITIS, T. ZWART en J. FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Cheltenham, Edwar Elgar, 2013, (9) 11-16; R. HARMSEN, "The Reform of the Convention System: Institutional Restructuring and the (Geo-) Politics of Human Rights" in J. CHRISTOFFERSEN en M. RASK MADSEN (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 119-143; en R. HARMSEN, "The European Convention on Human Rights after Enlargement", *International Journal on Human Rights* 2001, volume 5, nr. 4, (18) 26-29.

<sup>95</sup> J. GERARDS, "Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)" in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 26. Zie voor meer uitgebreide besprekingen onder meer: P. POPELIER, S. LAMBRECHTS en K. LEMMENS (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Mortsel, Intersentia, 2016, 571 p.; A. BRADLEY, "Introduction: The need for both international and national protection of human rights – the European challenge" in S. FLOGAITIS, T. ZWART en J. FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Cheltenham, Edwar Elgar, 2013, (1) 5-6; L. WILDHABER, "Criticism and case-overload: Comments on the future of the European Court of Human Rights" in S. FLOGAITIS, T. ZWART en J. FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Cheltenham, Edwar Elgar, 2013, (9) 10-11; N. BRATZA, "The relationship between the UK courts and Strasbourg", *European Human Rights Law Review* 2011, nr. 5, 505-5012; M. BOSSUYT, "Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers", *Inter-American and European Human Rights Journal* 2010, volume 3, nr. 1 en 2, 3-48; en M. BOSSUYT, "Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulation", *Human Rights Law Journal* 2007, 321-332.

<sup>96</sup> J. GERARDS, "Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)" in H. RUIZ FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018, paragraaf 27.

*protocols thereto, in order to foster dialogue between courts and enhance the Court's "constitutional" role.*(eigen onderlijning)".<sup>97</sup>

Sinds dat verslag vonden verschillende *High Level Conferences* over de toekomst van het EHRM plaats waaraan de lidstaten van de Raad van Europa deelnamen. Zoals hierna zal blijken, zijn de *High Level Conferences* van Interlaken (Zwitserland, 2010), Izmir (Turkije, 2011) en Brighton (Verenigd Koninkrijk, 2012) relevant voor de totstandkoming van Protocol nr. 16 bij het EVRM.<sup>98</sup> De Slotverklaring van de *High Level Conference* van Interlaken stelt het volgende: "Noting with deep concern that the number of applications brought before the Court (...) continues to grow; Considering that this situation causes damage to the effectiveness and credibility of the Convention (...) and the authority of the Court; Convinced that (...) additional measures are indispensable and urgently required.(eigen onderlijning)".<sup>99</sup> In verband daarmee heeft de Slotverklaring van de *High Level Conference* van Izmir het Comité van Ministers van de Raad van Europa<sup>100</sup> daaropvolgend uitgenodigd om een adviesprocedure bij het EHRM te overwegen: "Bearing in mind the need for adequate national measures to contribute actively to diminishing the number of applications, invites the Committee of Ministers to reflect on the advisability of introducing a procedure allowing the highest national courts to request advisory opinions from the Court (...).(eigen onderlijning)".<sup>101</sup> Het Comité van Ministers is ingegaan op deze uitnodiging: het heeft het *Steering Committee for Human Rights*<sup>102</sup> uitgenodigd om het Comité van Ministers te adviseren over een dergelijke adviesprocedure bij het EHRM.<sup>103</sup> Verder nodigde de Slotverklaring van de *High Level Conference* van Izmir ook het EHRM uit om zijn visie over een dergelijke adviesprocedure uiteen te zetten,<sup>104</sup> waarop het EHRM inging.<sup>105</sup> Deze visie van het EHRM vormde mede de grondslag van het debat gedurende de *High*

---

<sup>97</sup> Council of Europe, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15 November 2006, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893), paragraaf 135 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>98</sup> Na de aanneming van Protocol nr. 16 bij het EVRM zijn er nog andere *High Level Conferences* geweest waarin de lidstaten van de Raad van Europa de hervorming van het EHRM hebben besproken, zijnde in Oslo (2014), Brussel (2015) en Copenhagen (2018) (European Court of Human Rights, *Reform of the Court*, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictxts/reform> (consultatie 12 december 2022)).

<sup>99</sup> Council of Europe, *Interlaken Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 19 februari 2010, [https://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf), PP9 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>100</sup> Het Comité van Ministers bestaat uit de Ministers van Buitenlandse Zaken van de 46 lidstaten van de Raad van Europa en vormt het *decision-making body* van de Raad van Europa (Council of Europe, *About the Committee of Ministers*, <https://www.coe.int/en/web/cm/about-cm#:~:text=The%20Committee%20of%20Ministers%20is%20the%20Council%20of%20Europe's%20decision,collective%20responses%20to%20these%20challenges>. (laatste consultatie op 18 juli 2023)).

<sup>101</sup> Council of Europe, *Izmir Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 27 april 2011, [https://www.echr.coe.int/documents/2011\\_izmir\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2011_izmir_finaldeclaration_eng.pdf), D.1. (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>102</sup> Een van de taken van het *Steering Committee for Human Rights* is rapporteren aan het Comité van Ministers betreffende (beleids)vragen omtrent mensenrechten (Council of Europe, *Presentation of the Steering Committee for Human Rights*, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/presentation-of-the-cddh> (laatste consultatie op 18 juli 2023)).

<sup>103</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de datum van uitgave van dit document is onbekend, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_16_explanatory_report_ENG), paragraaf 2 met in voetnoot nr. 4 een verwijzing naar een document van het Comité van Ministers met nummer CM/Del/Dec(2011)1114/1.5.

<sup>104</sup> Council of Europe, *Izmir Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 27 april 2011, [https://www.echr.coe.int/documents/2011\\_izmir\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2011_izmir_finaldeclaration_eng.pdf), D.2. (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>105</sup> European Court of Human Rights, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Courts Advisory Jurisdiction*, de datum van de uitgave van dit document is onbekend, [https://echr.coe.int/Documents/Courts\\_advisory\\_jurisdiction\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Level Conference in Brighton.<sup>106</sup> De lidstaten van de Raad van Europa bereikten op de *High Level Conference* in Brighton een overeenkomst over de opstelling van Protocol nr. 16 bij het EVRM: “*Notes that the interaction between the Court and national authorities could be strengthened by the introduction into the Convention of a further power of the Court, which States Parties could optionally accept, to deliver advisory opinions upon request on the interpretation of the Convention in the context of a specific case at domestic level, without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States Parties; invites the Committee of Ministers to draft the text of an optional protocol to the Convention with this effect by the end of 2013; and further invites the Committee of Ministers thereafter to decide whether to adopt it.* (eigen onderlijning)”.<sup>107</sup>

**33.** In maart 2013 finaliseerde het *Steering Committee for Human Rights* een ontwerptekst van Protocol nr. 16 bij het EVRM.<sup>108</sup> Daarna, in juni 2013, heeft de Parlementaire Vergadering<sup>109</sup> van de Raad van Europa een positief advies geleverd over deze ontwerptekst.<sup>110</sup> In dit advies stelt de Parlementaire Vergadering dat het Comité van Ministers deze ontwerptekst zou moeten goedkeuren omdat de Parlementaire Vergadering ervan overtuigd was dat het Protocol nr. 16 bij het EVRM zou bijdragen aan: “(...) the link between the Court and States’ highest courts by creating a platform for judicial dialogue, thereby facilitating the application of the Court’s case law by national courts” en “from ex post to ex ante, the resolution of a number of questions of interpretation of the Convention’s provisions in the domestic forum, saving – in the long run – the valuable resources of the Court; the speedier resolution of similar cases on the domestic plane will also reinforce the principle of subsidiarity (eigen onderlijning)”.<sup>111</sup> Op 10 juli 2013 heeft het Comité van Ministers uiteindelijk het Protocol nr. 16 bij het EVRM aangenomen.<sup>112</sup>

**34.** Deze wetsgeschiedenis toont aan dat Protocol nr. 16 bij het EVRM twee doelstellingen heeft. De ene doelstelling is inhoudelijk en de andere is procedureel. Enerzijds streeft het adviesmechanisme naar een dialoog tussen nationale hoogste rechtscolleges en het EHRM om op die manier de toepassing door nationale (hoogste) rechtscolleges van het EVRM en de bijhorende EHRM-rechtspraak te vergroten (inhoudelijke doelstelling). Anderzijds ambieert het adviesmechanisme een reductie van het aantal inkomende verzoekschriften bij het EHRM in een later stadium van de zaak

---

<sup>106</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de datum van de uitgave van dit document is onbekend, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_16_explanatory_report_ENG), paragraaf 3 (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>107</sup> Council of Europe, *Brighton Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 19-20 april 2012, [https://www.echr.coe.int/documents/2012\\_brighton\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf), B.12.d) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>108</sup> Steering Committee for Human Rights, *Draft Protocol No. 16 to the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 28 maart 2012, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045fdf1> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>109</sup> De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa telt in totaal 306 leden van alle 46 lidstaten van de Raad van Europa en vormt een forum voor debat (Council of Europe, *Structure*, <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure> (laatste consultatie op 18 juli 2023)).

<sup>110</sup> Parliamentary Assembly, *Opinion 285 on the Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 28 juni 2013, <https://pace.coe.int/pdf/c300b44c90a80190353b154641ebd164042ffe7dfcc346b5f255ca16e6662ef6/opinion%20285.pdf> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Committee of Ministers, nr. CM/Del/Dec(2013)1176/4.4-app23, 10 juli 2013, [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=09000016805c8403](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016805c8403) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

(procedurele doelstelling). Of korter: de *ratio legis* van het Protocol nr. 16 bij het EVRM is een samenwerking tussen hoogste nationale rechtscolleges en het EHRM doordat hoogste nationale rechtscolleges advies kunnen vragen aan het EHRM, wat ertoe zou moeten leiden dat minder individuele verzoekschriften worden ingediend in een later stadium van de zaak zodat de werklast van het EHRM op zijn beurt zou moeten verminderen.<sup>113</sup>

## 1.2. Samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH

### 1.2.1. Werking

#### 1.2.1.1. Volgorde tussen diffuse en centrale toetsing van wetgevende normen

**35.** Zoals de inleiding reeds uitgebreid heeft besproken, is de Belgische rechtsorde gekenmerkt door een duaal toetsingssysteem van wetgevende normen: een diffuse toetsing door de gewone hoven en rechtbanken aan Europees en internationaal recht met rechtstreekse werking en een centrale toetsing door het Grondwettelijk Hof van wetgevende normen aan bepaalde onderdelen van de Grondwet, zoals de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet. De bijzondere wetgever heeft deze twee toetsingen met elkaar proberen te verzoenen door de invoering van de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH (zie ook *supra*, rnr. 45).<sup>114</sup> De Nederlandstalige versie van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH luidt als volgt:

« (...)

*§ 4. Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht 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, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.*

*In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet :*

*1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3;*

*2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is;*

*3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is;*

*4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt*

<sup>113</sup> K. LEMMENS, "Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?", *European Constitutional Law Review* 2019, (691) 695 en G. ZAMPETTI, "The recent challenges for the European system of fundamental rights: Protocol No. 16 to the ECHR and its role facing constitutional and European Union level of protection – Discussion paper 2/18", *Europa-Kolleg Hamburg – Institute for European Integration* 2018, 9-10.

<sup>114</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Beginnelsen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022 654-655; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Morsel, Intersentia, 2021, 487; L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-13, nr. 3, (509) 512; en J. VELAERS, "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", in A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA (eds.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling: preadviezen 2008*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, (81) 81.

*dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is.*(eigen onderlijning) »

De Franstalige versie van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH luidt als volgt:

« (...)

*§ 4. Lorsqu'est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.*

*Par dérogation à l'alinéa 1er, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :*

*1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3;*

*2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée;*

*3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;*

*4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée.*(eigen onderlijning) »

**36.** Het artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH tracht beide toetsingen met elkaar te verzoenen door een volgorde in te bouwen tussen de diffuse en de centrale toetsing van wetgevende normen in geval van samenloop van grondrechten (zie ook *supra*, rnr. 5). De volgorde van toetsing bestaat erin dat artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH bepaalt dat rechtscollages eerst in beginsel een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof wanneer de verenigbaarheid van een wetgevende norm met een grondrecht dat op analoge wijze is geïncorporeerd in Titel II van de Grondwet en Europees of internationaal recht ter discussie staat. Na de beantwoording van deze prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof behoudt de rechter de mogelijkheid om de wetgevende norm zelf te toetsen aan de analoge grondrechten vervat in het Europees en internationaal recht met rechtstreekse werking op basis van de Smeerkaas-doctrine (voor internationaal recht) en het Simmenthal-arrest (voor Europees recht).<sup>115</sup>

<sup>115</sup> Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH legt deze mogelijkheid van de gewone hoven en rechtbanken niet uitdrukkelijk vast maar de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH benadrukt verschillende keren dat de prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken om, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, op basis van de Smeerkaas-doctrine en het Simmenthal-arrest de wetgevende norm te toetsen aan internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking: Verslag namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen over het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008- 2009, 52-1283/4, 4; Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 3-4; en Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERHE en L. VAN DEN BRANDE) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 4-5. Zie ook G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194-195; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge* in *Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2021, 250; en J.

### 1.2.1.2. Begrip 'samenloop van grondrechten'

**37.** De regeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geldt enkel in geval van samenloop van grondrechten, vandaar zijn benaming 'de samenloopregeling'. Zoals de inleiding ook reeds heeft besproken, duidt het begrip samenloop van grondrechten op de situatie waarin een fundamenteel recht of vrijheid wordt gewaarborgd in zowel Titel II van de Grondwet als het internationaal en Europees recht (zie *supra*, rnr. 5).<sup>116</sup> Deze situatie onderscheidt zich van twee andere situaties waarin geen sprake is van samenloop van grondrechten: de situatie waarin een fundamenteel recht of vrijheid enkel is gewaarborgd in Titel II van de Grondwet en de situatie waarin een fundamenteel recht of vrijheid enkel is gewaarborgd in het internationaal of Europees recht.<sup>117</sup>

De situatie waarin een rechter wordt geconfronteerd met de verenigbaarheid van een wetgevende norm met een fundamenteel recht of vrijheid dat enkel is gewaarborgd in Titel II van de Grondwet lokt de principiële plicht tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof uit (zie *supra*, rnr. 4). Deze plicht tot prejudiciële vraagstelling is gebaseerd op artikel 26, § 1, 3° Bijz.W.GwH. In de situatie waarin een fundamenteel recht of vrijheid enkel is gewaarborgd in het internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking kan het rechtscollege op basis van de Smeerkaas-doctrine (internationaal recht) en het Simmenthal-arrest (Europees recht) de wetgevende norm toetsen aan het internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking zonder dat het rechtscollege een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof.<sup>118</sup>

**38.** De samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geldt bij grondrechten die op geheel of gedeeltelijk analoge wijze zijn gewaarborgd in Titel II van de Grondwet en in het internationaal en Europees recht.<sup>119</sup> Geheel analoge grondrechten zijn grondrechten die een gelijk toepassingsgebied, een gelijke draagwijdte en gelijke beperkingsvoorwaarden hebben. Gedeeltelijk analoge grondrechten zijn grondrechten met een gelijke draagwijdte maar met een verschillend toepassingsgebied of grondrechten met een gelijke draagwijdte maar met verschillende beperkingsvoorwaarden.<sup>120</sup>

---

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, nr. 7, (387) 390 en 401.

<sup>116</sup> P. POPELIER, "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-10, nr. 2, (50) 50; J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, nr. 4-5, (297) 297; en J. VELAERS, "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", in A. NIEUWENHUIS en L. DRAGSTRA (eds.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtssystemen, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling: preadviezen 2008*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, (81) 81.

<sup>117</sup> 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, nr. 7, (387) 392.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194 en 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, nr. 7, (387) 392.

<sup>120</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRATE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 103. Later nam de toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. deze betekenis van de begrippen 'geheel en gedeeltelijk analoge grondrechten' ook over (Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE) 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, 4 en 6).

**39.** De verplichting tot prejudiciële vraagstelling in geval van samenloop geldt bij materiële samenloop van grondrechten. Dit houdt in dat het volstaat dat in de zaak een fundamenteel recht of vrijheid in het geding is dat zowel in Titel II van de Grondwet als in het Europees of internationaal recht is gewaarborgd zonder dat het nodig is dat een van de partijen in het bodemgeding formeel de schending door de wetgevende norm van een van beide of beide bepalingen (grondwetsbepaling en mensenrechtenbepaling in internationaal of Europees recht) dient in te roepen. Het volstaat dat een van beide partijen de schending van een fundamenteel recht of vrijheid inroept zonder dat de partij de correcte grondwetsbepaling en internationale of Europese mensenrechtenbepaling moet aanvoeren. De bodemrechter dient dus ambtshalve na te gaan of er sprake is van een situatie van samenloop van grondrechten en, indien dat het geval is, moet de bodemrechter ambtshalve een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof.<sup>121</sup>

### **1.2.1.3. Principiële plicht met drie uitzonderingen**

**40.** Op de plicht tot prejudiciële vraagstelling vervat in artikel 26, § 4, eerste lid Bijz.W.GwH bestaan enkele uitzonderingen. Op basis van deze uitzonderingen dient de bodemrechter in geval van samenloop van grondrechten toch geen prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Zonder een gedetailleerd overzicht te geven van de verschillende uitzonderingen schetst deze masterscriptie de krijtlijnen van deze uitzonderingen.

**41.** De uitzonderingen die gelden in geval van samenloop van grondrechten kunnen in twee groepen worden verdeeld. Ten eerste gelden de uitzonderingen in de andere gevallen dan de gevallen waarin sprake is van samenloop van grondrechten.<sup>122</sup> Ten tweede gelden er drie uitzonderingen die enkel gelden in geval van samenloop van grondrechten: wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit Titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is (*acte clair*);<sup>123</sup> wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is (*acte éclairé*);<sup>124</sup> en wanneer

---

<sup>121</sup> De Nederlandstalige versie van artikel 26, § 4, eerste lid Bijz.W.GwH bepaalt namelijk: "(...) *Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. (...)* (eigen onderlijning)". De Franstalige versie van artikel 26, § 4, eerste lid Bijz.W.GwH bepaalt: "(...) *Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. (...)* (eigen onderlijning)". Zie ook G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194; E. MAES, *De bevoegdheden van en de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Capita selecta en de nieuwigheid na de Zesde Staatshervorming en de bijzondere wet van 4 april 2014* in *Themis Publiekrecht* nr. 90, Brugge, die Keure, 2014, (1) 15; 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, nr. 7, (387) 395-398; en P. POPELIER, "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-10, nr. 2, (50) 52.

<sup>122</sup> Art. 26, § 4, lid 2, 1° Bijz.W.GwH met verwijzing daarin naar de uitzonderingen in artikel 26, § 2 en 3 Bijz.W.GwH. Voor een uitgebreide bespreking van de uitzonderingen in artikel 26, § 2 en 3 Bijz.W.GwH zie onder meer: M.F. RIGAUX en B. RENAULD, *Cour constitutionnelle* in *Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Larcier, 2023, 214-233 en S. VERSTRAELEN, *Art. 26 Bijz.W. 6 januari 1989* in *Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 38)*, Mechelen, Kluwer, 2015, (9) 50-61.

<sup>123</sup> Art. 26, § 4, lid 2, 2° Bijz.W.GwH.

<sup>124</sup> Art. 26, § 4, lid 2, 3° Bijz.W.GwH.



het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit Titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is (*acte éclairé*)<sup>125,126</sup>

#### 1.2.1.4. Versterkt gezag van gewijsde van prejudiciële arresten

**42.** Het artikel 28 Bijz.W.GwH bepaalt dat het rechtscollege dat de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof heeft gesteld en de andere rechtscolleges die in dezelfde zaak uitspraak doen, verplicht zijn zich te schikken naar het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof. Indien het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid van een wetgevende norm vaststelt in een prejudicieel arrest dan moet de verwijzende rechter en de andere rechtscolleges die in dezelfde zaak uitspraak doen de wetgevende norm buiten toepassing laten. Artikel 28 Bijz.W.GwH doet dus vermoeden dat een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof louter relatief gezag van gewijsde zou hebben. Echter heeft een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof op basis van artikel 26, § 2, tweede lid, 2° Bijz.W.GwH meer dan een enkel relatief gezag van gewijsde. Deze bepaling stelt dat een rechtscollege niet verplicht is een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof wanneer hij in een geding wordt geconfronteerd met een identiek onderwerp waarover het Grondwettelijk Hof zich reeds heeft uitgesproken. Op basis van deze bepaling leidt het Grondwettelijk Hof af dat prejudiciële arresten bindend zijn voor alle rechtscolleges die in andere zaken over een identiek onderwerp uitspraak moeten doen. Indien het Grondwettelijk Hof dus in een prejudicieel arrest de ongrondwettigheid van een wetgevende norm heeft vastgesteld, dan moeten rechtscolleges in andere zaken met een identiek onderwerp deze wetgevende norm buiten toepassing laten op basis van het gezag van het eerder prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof. Wel behouden deze rechtscolleges in andere zaken met een identiek onderwerp de mogelijkheid om alsnog een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Omdat het prejudicieel arrest dus niet alleen bindend is voor de verwijzende rechters en al de andere rechters in diezelfde zaak maar ook voor alle andere rechters die uitspraak moeten doen omtrent een identiek onderwerp spreken het Grondwettelijk Hof en de rechtsleer van het versterkt gezag van gewijsde (*l'autorité relative renforcée*) van een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof.<sup>127</sup>

**43.** Zoals de inleiding reeds heeft besproken, houdt het Grondwettelijk Hof bij de toetsing van wetgevende normen aan fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet rekening

---

<sup>125</sup> Art. 26, § 4, lid 2, 4° Bijz.W.GwH.

<sup>126</sup> Voor een uitgebreide bespreking van de uitzonderingen in art. 26, § 4 lid 2, 2°-4° Bijz.W.GwH zie onder meer: A. MAYENCE, "La théorie de l'acte éclairé comme exception à l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel en cas de concours de droits fondamentaux : quelle liberté pour le juge saisi du litige?", *APT* 2018, nr. 4, 497-507; S. VERSTRAELEN, *Art. 26 Bijz.W. 6 januari 1989 in Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 38)*, Mechelen, Kluwer, 2015, (9) 70-72; en T. MOONEN, "De klaarblijkelijke (niet-)schending van samenlopende grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State", *CDPK* 2013, nr. 2, 124-135.

<sup>127</sup> M.F. RIGAUX en B. RENAULD, *Cour constitutionnelle in Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Larcier, 2023, 303-304; J. SMETS, *Art. 28 Bijz.W. 6 januari 1989 in Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 46)*, Mechelen, Kluwer, 2019, (1) 11-17; J. VANPRAET en C. FORNOVILLE, "Art. 26-30 Bijz.W. 6 januari 1989" in W. TIMMERMANS (ed.), *Wet & Duiding Publiek Procesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, p. (53) 87; M. BOSSUYT, "De invloed van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op de evolutie van het recht", *RW* 2011-12, nr. 8, (382) 385; A. ALEN en K. MUYLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 550-551 met verwijzing naar de volgende arresten van het Grondwettelijk Hof: GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009, B.2.4; GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008, B.6; GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008, B.3.5; GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008, B.2.5; Arbitragehof 1 december 1993, nr. 83/93, B.6; en GwH 4 juli 1991, nr. 18/91, B.9; en P. POPELIER, "De doorwerking van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof in de rechtspraak", *CDPK* 2010, nr. 3, (392) 393.

met analoge mensenrechtenbepalingen in internationaal en Europees recht (bv. het EVRM) (zie *supra*, rnr. 4). Indien een verwijzende rechter op basis van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof dan zal deze laatste de wetgevende norm toetsen aan het grondrecht in Titel II van de Grondwet in samenhang gelezen met het analoge grondrecht in internationaal en Europees recht. Het prejudicieel arrest bevat derhalve overwegingen omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet én overwegingen omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht.

De parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH stelt dat het versterkt gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof echter beperkt blijft tot het onderzoek van de grondwettigheid van de wetgevende normen. Het versterkt gezag van gewijsde van het prejudicieel arrest strekt zich dus niet uit tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de overeenstemming van de wetgevende norm met mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht. Als reden hiervoor haalt de parlementaire voorbereiding aan dat het Grondwettelijk Hof op basis van de Grondwet en de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof (dus formeel gezien) niet bevoegd is om wetgevende normen te toetsen aan internationaal en Europees recht (zie ook *supra*, rnr. 4).<sup>128</sup> Aldus zijn de verwijzende rechter, alle andere rechters die in dezelfde zaak uitspraak doen en alle andere rechters in andere zaken met een identiek onderwerp (zie *supra*, rnr. 42) enkel gebonden door de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de grondwettigheid van de wetgevende norm en niet door de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met internationaal en Europees recht (zie *infra*, rnr. 64).<sup>129</sup>

### 1.2.2. Historiek en *ratio legis*

**44.** In 2009 voerde de bijzondere wetgever de vierde paragraaf van artikel 26 Bijz.W.GwH (de samenloopregeling) in.<sup>130</sup> De aanleiding hiervan was dat het Hof van Cassatie de spontaan gegroeide *modus vivendi* tussen de drie Belgische hoogste rechtscolleges (het Hof van Cassatie, de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak en het Grondwettelijk Hof) betreffende het stellen van prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop van grondrechten had doorbroken. Deze wrijving tussen de hoogste rechtscolleges, en voornamelijk tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, duidt de rechtsleer aan met de term *guerre des juges*.<sup>131</sup> Zoals

---

<sup>128</sup> Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, 4-12/4, 15 en Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE), *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 8.

<sup>129</sup> J. SMETS, *Art. 28 Bijz.W. 6 januari 1989 in Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 46)*, Mechelen, Kluwer, 2019, (1) 47-51; J. VANPRAET en C. FORNOVILLE, "Art. 26-30 Bijz.W. 6 januari 1989" in W. TIMMERMANS (ed.), *Wet & Duiding Publiek Procesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, (53) 90; en 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, nr. 7, (387) 407.

<sup>130</sup> Bijz.Wet 12 juli 2009 tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, *BS* 31 juli 2009.

<sup>131</sup> Het was de toenmalige eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, LONDERS, die de term *guerre des juges* als eerste gebruikte om deze spanning tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof aan te duiden. Hij vermeldde deze term tijdens een van de hoorzittingen in de Senaatscommissie betreffende de wetsvoorstellen tot invoering van een vierde paragraaf in artikel 26 Bijz.W.GwH (de samenloopregeling) ter oplossing van de problematiek van de samenloop van grondrechten (Verslag namens de Commissie voor de Institutionele

hierna zal blijken was deze *guerre des juges* het rechtstreekse gevolg van de combinatie van de diffuse en de centrale toetsing van wetgevende normen in de Belgische rechtsorde (zie *supra*, rnr. 4). De bijzondere wetgever trachtte deze *guerre des juges*, en dus de combinatie van de diffuse en de centrale toetsing van wetgevende normen, op te lossen door de invoering van de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

#### **1.2.2.1. Periode vóór *guerre des juges*: *modus vivendi***

**45.** Voordat de bijzondere wetgever artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in 2009 had ingevoerd, en meer bepaald voorafgaand aan de *guerre des juges*, bestond er een zogenaamde *modus vivendi* tussen de drie Belgische hoogste rechtscolleges met betrekking tot het al dan niet stellen van prejudiciële vragen in geval van samenloop van grondrechten.

**46.** Om deze *modus vivendi* helemaal te begrijpen, start deze masterscriptie bij het jaar 1989. De Belgische rechtsorde kreeg in 1989 namelijk voor het eerst te maken met de problematiek van de samenloop van grondrechten.<sup>132</sup> De reden hiervoor was dat in dit jaar de grondwetgever en de bijzonder wetgever de bevoegdheid van het Arbitragehof (nu Grondwettelijk Hof) heeft uitgebreid tot de artikelen 10 (gelijkheidsbeginsel), 11 (non-discriminatiebeginsel) en 24 (vrijheid van onderwijs) Gw.<sup>133</sup> Voor deze bevoegdheidsuitbreiding was het Grondwettelijk Hof namelijk enkel bevoegd om wetgevende normen te toetsen aan bevoegdheidsverdelende regels (zie *supra*, rnr. 4). Door deze bevoegdheidsuitbreiding kon het Grondwettelijk Hof voor het eerst wetgevende normen toetsen aan enkele mensenrechtenbepalingen van Titel II van de Grondwet.<sup>134</sup>

**47.** De houding van het Hof van Cassatie en de Raad van State ten aanzien van het stellen van prejudiciële vragen in gevallen van samenloop van grondrechten verschilde destijds (lees: tussen 1989 en 2004) naargelang deze hoven werden geconfronteerd met rechtstreekse samenloop dan wel onrechtstreekse samenloop van grondrechten.<sup>135</sup>

---

Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 9).

<sup>132</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 104.

<sup>133</sup> Deze bevoegdheidsuitbreiding was het gevolg van de Bijz.Wet 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 7 januari 1989. Deze bijzondere wet gaf uitvoering aan art. 107ter, § 2 GW (nu art. 142 GW). Deze laatste bepaling breidde de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof uit tot de grondwetsartikelen 6 (het gelijkheidsbeginsel, nu art. 10 GW), 6bis (het discriminatieverbod, nu art. 11 GW) en 17 (vrijheid van onderwijs, nu art. 24 GW). Zie voor een meer uitgebreide analyse van deze bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof en meer in het algemeen van de aanneming van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof: A. ALEN en F. MEERSSCHAUT, "Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989", *TBP* 1989, nr. 4, 211-232.

<sup>134</sup> J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans - Liber amicorum André Alen*, Mortsels, Intersentia, 2020, (247) 247-249.

<sup>135</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 104.

**48.** Rechtstreekse samenloop was aan de orde wanneer de verenigbaarheid van een wetgevende norm ter discussie stond met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in de artikelen 10 en 11 Gw. en de artikelen 14 EVRM, 26 IVBPR of 7 EEG-Verdrag (nu artikel 18 VWEU) anderzijds. Van rechtstreekse samenloop was ook sprake indien de overeenstemming van een wetgevende norm met de vrijheid van onderwijs, zoals is gewaarborgd in artikel 24 van de Grondwet enerzijds en in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM en de artikelen 13 en 14 IVESCR anderzijds, aan de orde was. De problematiek van de rechtstreekse samenloop bestond er aldus in dat enerzijds de gewone hoven en rechtbanken op basis van de Smeerkaas-doctrine (voor internationaal recht) en het Simmenthal-arrest (voor Europees recht) de wetgevende norm konden toetsen aan het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van onderwijs van Europees en internationaal recht en anderzijds het Grondwettelijk Hof bevoegd was (en is) om de wetgevende norm te toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van onderwijs in Titel II van de Grondwet.<sup>136</sup>

Onrechtstreekse samenloop van grondrechten was aan de orde wanneer de artikelen 10 en 11 Gw. in samenhang met een fundamenteel recht of vrijheid van Europees of internationaal recht in het geding waren. Zoals de inleiding reeds heeft besproken (zie *supra*, rnr. 4), kan het Grondwettelijk Hof via de artikelen 10 en 11 Gw. de overeenstemming van wetgevende normen met Europese en internationaalrechtelijke mensenrechtenbepalingen nagaan. De problematiek van de onrechtstreekse samenloop van grondrechten hield derhalve in dat enerzijds de gewone hoven en rechtbanken wetgevende normen konden toetsen aan mensenrechtenbepalingen van Europees en internationaal recht met rechtstreekse werking op basis van de Smeerkaas-doctrine en het Simmenthal-arrest en anderzijds het Grondwettelijk Hof zich bevoegd achtte om via de artikelen 10 en 11 Gw wetgevende normen te toetsen aan Europese en internationaalrechtelijke mensenrechtenbepalingen.<sup>137</sup>

**49.** In geval van rechtstreekse samenloop zaten het Hof van Cassatie en de Raad van State op dezelfde lijn: beide hoven stelden eerst een prejudiciële vraag over de overeenstemming met de artikelen 10 en 11 Gw. aan het Grondwettelijk Hof zonder dat ze voorafgaand de wetgevende norm zelf toetsten aan de gelijkheids- en non-discriminatiebepalingen van internationaal of Europees recht.<sup>138</sup> Verder aanvaardden ze het gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof. Zo zijn er geen arresten waarin het Hof van Cassatie overging tot de toetsing van de wetgevende norm aan de gelijkheids- en non-discriminatiebepalingen van Europees of

---

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUWSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 105-106, 109-110 en 112 en de verwijzingen aldaar naar de volgende arresten van het Hof van Cassatie en de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak.

Voor de arresten van het Hof van Cassatie zie: Cass. 2 december 2003, nr. 611, *Arr.Cass.* 2003, 2218 met arrest van het Arbitragehof 15 september 2004, nr. 152/2004; Cass. 24 juni 2003, nr. 373, *Arr.Cass.* 2003, 1486 met arrest van het Arbitragehof 12 mei 2004, nr. 84/2004; Cass. 26 oktober 1999, nr. 563, *Arr.Cass.* 1999, 1340 met arrest van het Arbitragehof 8 november 2000, nr. 112/2000; Cass. 14 februari 1995, nr. 88, *Arr.Cass.* 1995, 174 met arrest van het Arbitragehof 9 november 1995, nr. 76/95; Cass. 2 maart 1990, nr. 402, *Arr.Cass.* 1990, 872 met arrest van het Arbitragehof 4 juli 1991, nr. 18/91; en Cass. 26 januari 1990, nr. 327, *Arr.Cass.* 1990, 683 met arrest van het Arbitragehof 22 november 1990, nr. 36/90.

Voor de arresten van de Raad van State afdeling bestuursrechtspraak zie: RvS 13 maart 2002, nr. 104.653 (zie in het bijzonder overweging 3.1.3.) met arrest van het Arbitragehof 17 september 2003, nr. 111/2003; RvS 28 november 2001, nr. 101.222 met arrest van het Arbitragehof 25 september 2002, nr. 136/2002; en RvS 1 februari 1999, nr. 78.468 met arrest van het Arbitragehof 20 april 1999, nr. 48/99.

internationaal recht nadat het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest de wetgevende norm reeds had getoetst aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel van de artikelen 10 en 11 Gw.<sup>139</sup> Dat de Raad van State het gezag van gewijsde van een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof respecteerte, blijkt uit enkele arresten waarin de Raad van State meermaals had geoordeeld dat een wetgevende norm in overeenstemming was met een gelijkheids- en non-discriminatiebepaling uit internationaal of Europees recht indien het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest van oordeel was dat geen schending voorlag van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (de artikelen 10 en 11 Gw).<sup>140</sup>

In geval van onrechtstreekse samenloop zaten het Hof van Cassatie en de Raad van State niet op dezelfde lijn. Het Hof van Cassatie toetste de wetgevende norm eerst zelf aan de mensenrechtenbepaling van internationaal of Europees recht en, indien het Hof geen schending daarvan vaststelde, stelde het Hof van Cassatie vervolgens een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof betreffende de overeenstemming met de artikelen 10 en 11 Gw.<sup>141</sup> Verder aanvaardde het Hof van Cassatie het gezag van gewijsde van het arrest van het Grondwettelijk Hof niet wat betreft het onderdeel van de overeenstemming met de internationale mensenrechtenbepaling, wat het Grondwettelijk Hof via de artikelen 10 en 11 Gw. ook had onderzocht.<sup>142</sup> In tegenstelling tot het Hof van Cassatie stelde de Raad van State in geval van onrechtstreekse samenloop steeds eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof.<sup>143</sup> Ook

---

<sup>139</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 108 en 112.

<sup>140</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 108-109 en 111 met verwijzing naar RvS 1 september 1999, nr. 82.167 en RvS 4 december 1995, nr. 56.569.

<sup>141</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 106-108 met verwijzing naar de hierna volgende cassatiearresten. Dit was het geval vanaf 1997: Cass. 30 maart 2004, nr. 172, *Arr.Cass.* 2004, 541; Cass. 21 februari 2000, nr. 139, *Arr.Cass.* 2000, 468; en Cass. 17 oktober 1997, nr. 412, *Arr.Cass.* 1997, 996.

Vóór 1997 stelde het Hof van Cassatie wél eerst de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof zonder daarbij vooraf zelf de overeenstemming van de wetgevende norm met de mensenrechtenbepaling van internationaal of Europees recht na te gaan: Cass. 25 juni 1996, nr. 256, *Arr.Cass.* 1996, 642; Cass. 14 februari 1995, nr. 88, *Arr.Cass.* 1995, 174; Cass. 2 maart 1990, nr. 402, *Arr.Cass.* 1990, 872; en Cass. 26 januari 1990, nr. 327, *Arr.Cass.* 1990, 683.

<sup>142</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 109 met verwijzing naar het Jaarverslag van het Hof van Cassatie van 2003. Dat Jaarverslag stelt: "*In de optiek van het Hof is de beslissing van het Arbitragehof dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (al dan niet) geschonden zijn, niet bindend ten aanzien van de vraag of er schending is van de bepalingen van het EVRM. De vaststelling dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (niet) zijn geschonden, impliceert nog niet dat er (geen) schending is van het EVRM. Daarom onderzoekt het Hof steeds eerst of het EVRM geschonden is en oordeelt het pas daarna of het gehouden is tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof.*" (eigen onderlijning)" (HvC, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2003-II*, <https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/cass2003nl.pdf>, 236-237 (laatste consultatie op 27 juli 2023)).

<sup>143</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen*

erkende de Raad van State het gezag van gewijsde van het prejudiciële arrest van het Grondwettelijk Hof, inclusief de overwegingen van het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming van de wetgevende norm met de Europese of internationale mensenrechtenbepaling. Dit hield in dat, als het Grondwettelijk Hof had beslist dat de wetgevende norm de artikelen 10 en 11 Gw. in samenhang gelezen met een fundamenteel recht of vrijheid uit internationaal of Europees recht niet schond, de Raad van State naliet om achteraf zelf de wetgevende norm alsnog te toetsen aan de desbetreffende Europese of internationale mensenrechtenbepaling.<sup>144</sup>

### 1.2.2.2. Bijzondere wet van 9 maart 2003 en arrest nr. 136/2004 van GwH

**50.** De aanleiding voor de omslag door het Hof van Cassatie waarmee het Hof deze *modus vivendi* tussen de drie Belgische hoogste rechtscolleges (zie *supra*, rnr. 45-49) doorbrak, was tweeledig.<sup>145</sup>

**51.** De eerste reden was de bevoegdheidsuitbreiding van het Grondwettelijk Hof door de bijzondere wetgever in 2003 tot de gehele Titel II van de Grondwet en tot de artikelen 170, 172 en 191 Gw.<sup>146</sup> De rechtsleer bestempelt deze bevoegdheidsuitbreiding ook wel als de derde fase in de evolutie van de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. In de eerste fase (1985-1989) kon het Grondwettelijk Hof enkel de overeenstemming van wetgevende normen met de bevoegdheidsverdelende regels tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten controleren. In een tweede fase (1989-2003) kon het Grondwettelijk Hof wetgevende normen bijkomend toetsen aan de artikelen 10 en 11 Gw. (gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel) en artikel 24 Gw. (vrijheid van onderwijs). De Bijzondere Wet van 9 maart 2003 leidde de derde fase in: naast de bevoegdheidsverdelende regels en de artikelen 10, 11 en 24 Gw. kon het Grondwettelijk Hof door deze bijzondere wet wetgevende normen voortaan toetsen aan alle grondwetsartikelen die een grondrecht waarborgen. Die laatste grondwetsartikelen zijn alle bepalingen van Titel II van de Grondwet ('Belgen en hun rechten') en de artikelen 170, 172 en 191 Gw.<sup>147</sup>

---

*tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 111 met verwijzing naar de volgende arresten van de Raad van State: RvS 20 december 2004, nr. 138.686; RvS 15 mei 2001, nr. 95.367; RvS 13 december 2000, nr. 91.594; RvS 30 september 1999, nr. 82.608; RvS 16 september 1998, nr. 75.797; en RvS 23 april 1998, nr. 73.218.

<sup>144</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 111 met verwijzing naar de volgende arresten van de Raad van State: RvS 10 december 2003, nr. 126.261; RvS 1 september 1999, nr. 82.167; en RvS 18 december 1997, nr. 70.404 (zie in het bijzonder overweging 3.2.2.4).

<sup>145</sup> 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, nr. 7, (387) 387.

<sup>146</sup> Bijz. Wet 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 11 januari 2003. Voor een uitgebreide bespreking van de Bijzondere wet van 9 maart 2003 zie onder meer: P. POPELIER, "Het vernieuwde Arbitragehof: de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk", *CDPK* 2006, nr. 1, 3-29; F. TULKENS, "La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage: changements de fond ou améliorations de façade?", *RBDC* 2003, nr. 3, 251-269; J. THEUNIS, "Bevoegdheidsuitbreiding en ander wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003", *NJW* 2003, nr. 42, 954-960; J. VELAERS, "Het Arbitragehof «derde fase»: de bijzondere wet van 9 maart 2003", *RW* 2003-04, nr. 36, 1401-1416; en 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, nr. 7, 458-479.

<sup>147</sup> A. ALEN, J. SPREUTELS, E. PEREMANS en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht. Verslag van het Grondwettelijk Hof voor het 16e congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven (Wenen, 12-14 mei 2014)", *TBP* 2014, nr. 10, (619) 620.

**52.** De tweede reden was het arrest nr. 136/2004 waarin het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat hij bij de toetsing van een wetgevende norm aan een fundamenteel recht of vrijheid in Titel II van de Grondwet of de artikelen 170, 172 of 191 Gw. steeds zal rekening houden met analoge bepalingen in het EVRM en andere mensenrechtenverdragen (en later ook met mensenrechtenbepalingen van Europees recht). De reden daarvoor volgens het Grondwettelijk Hof is dat analoge mensenrechtenbepalingen van Titel II van de Grondwet en mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht een onlosmakelijk geheel vormen (zie *supra*, rnr. 4).<sup>148</sup>

**53.** Deze bevoegdheidsuitbreidingen van het Grondwettelijk Hof (zie *supra*, rnr. 51-52) bemoeilijkten de problematiek van de samenloop van grondrechten. Door deze bevoegdheidsuitbreiding zou zich veel vaker een situatie van rechtstreekse samenloop van grondrechten voordoen. Het Hof van Cassatie en de Raad van State zouden dus op basis van de *modus vivendi* (zie *supra* rnr. 45-49) in veel meer gevallen een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof moeten stellen voordat ze de wetgevende norm zouden mogen toetsen aan analoge mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht.<sup>149</sup>

### **1.2.2.3. Cassatiearresten van 9 en 16 november 2004**

**54.** Het Hof van Cassatie doorbrak met zijn arresten van 9 en 16 november 2004 de *modus vivendi* tussen de drie Belgische hoogste rechtscolleges.<sup>150</sup>

In het arrest van 9 november 2004 verzocht een van de partijen het Hof van Cassatie om een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen over de verenigbaarheid van de artikelen 1 en 3 van de Antiracismewet<sup>151</sup> met het recht op vrijheid van meningsuiting, vergadering en vereniging vervat in de artikelen 19, 26 en 27 Gw. in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 EVRM. Het Hof van Cassatie stelde eerst dat de wetgevende bepalingen de opgeworpen EVRM-bepalingen niet schond. Vervolgens besloot het Hof van Cassatie om geen prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof omdat het EVRM zou primeren op de Grondwet, de Grondwet geen strengere vereisten zou stellen aan de beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting, vergadering en vereniging dan het EVRM en dat de interpretatie en de toepassing van het EVRM in de eerste plaats zouden toekomen aan de rechter.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.5.4.-B.5.3.

Kort na het arrest nr. 136/2004 heeft het Grondwettelijk Hof deze rechtspraak bevestigd. Zie daarvoor onder meer: Arbitragehof 22 juni 2005, nr. 109/2005, B.4.1-B.4.2; Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, B.2.1-B.2.3; en Arbitragehof 20 oktober 2004, nr. 158/2004, B.5.2. Voor een analyse van deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kort na arrest nr. 136/2004 zie A. ALEN en J. CLEMENT, *De hiërarchie der rechtsnormen in Themis Staatsrecht nr. 36*, Brugge, die Keure, 2006, (5) 14-17.

Voor recente arresten van deze vaste rechtspraak zie onder meer: GwH 8 december 2022, nr. 162/2022, B.7.3; GwH 16 december 2021, nr. 183/2021, B.5.1-B.5.2; en GwH 15 maart 2018, nr. 31/2018, B.5.6-B.5.7.

<sup>149</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 113.

<sup>150</sup> 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, nr. 7, (387) 387.

<sup>151</sup> Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, *BS* 8 augustus 1981.

<sup>152</sup> Cass. 9 november 2004, nr. 539, *Arr.Cass.* 2004, 1781 met commentaar van F. MEERSSCHAUT, "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet", *TBP* 2005, nr. 1, 48-53.

In het latere arrest van 16 november 2004 maakte het Hof van Cassatie een vergelijkbare redenering. In deze zaak verzocht een van de partijen het Hof van Cassatie om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof omtrent de overeenstemming van de artikelen 87, 88 en 89bis van het Wetboek van Strafvordering met de artikelen 15 en 12, lid 2 Gw. in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 EVRM. Ook in deze zaak oordeelde het Hof van Cassatie eerst dat de wetgevende bepalingen de opgeworpen EVRM-bepalingen niet schond. Nadien oordeelde het Hof van Cassatie om geen prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof omdat de bevoegdheid om de verenigbaarheid van wetgevende normen met rechtstreeks werkende internationale verdragsbepalingen na te gaan in de eerste plaats zou toekomen aan de rechter, rechtstreeks werkende internationaal verdragen voorrang zouden hebben op de Grondwet en dat de toetsing van de wetgevende norm aan de Grondwet onnodig zou zijn indien de Grondwet geen ruimere bescherming biedt dan het betreffende rechtstreeks werkend internationaal verdrag.<sup>153</sup>

**55.** Samengevat was het Hof van Cassatie dus van mening dat, indien de strijdigheid van een wetgevende norm met een grondrecht uit een rechtstreeks werkend internationaal verdrag en uit de Grondwet ter discussie staat voor de rechter, die rechter zelf de bevoegdheid heeft om te oordelen of het grondrecht in de Grondwet ruimere waarborgen biedt dan het rechtstreeks werkend internationaal verdrag én, indien de Grondwet geen ruimere bescherming biedt, die rechter de wetgevende norm mag toetsen aan het internationaal verdrag zonder dat die rechter (eerst) een prejudiciële vraag over de overeenstemming van de wetgevende norm met het grondrecht uit de Grondwet moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof. Indien de rechter tot het oordeel zou komen dat het grondrecht in de Grondwet wél ruimere waarborgen biedt dan de mensenrechtenbepaling van het internationaal verdrag, dan moet de rechter wel nog de prejudiciële vraag omtrent de overeenstemming van de wetgevende norm met het grondrecht in de Grondwet stellen aan het Grondwettelijk Hof.<sup>154</sup>

#### **1.2.2.4. Colloquium op 21 oktober 2005**

**56.** Het was de toenmalige eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, LONDERS, die de term *guerre des juges* gebruikte om deze wrijving tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof aan te duiden.<sup>155</sup> Deze *guerre des juges* tussen de hoogste rechtscolleges, en meer bepaald tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, leidde tot een colloquium op 21 oktober 2005 betreffende de verhouding tussen de drie Belgische hoogste rechtscolleges. Academics, advocaten en de magistraten en de leden van het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en de Raad van State namen hieraan deel. Het was de toenmalige voorzitter van het Grondwettelijk Hof, ARTS, die het

---

<sup>153</sup> Cass. 16 november 2004, nr. 549, *Arr.Cass.* 2004, 1829 met commentaren van P. POPELIER, "Wie is de hoeder van onze grondrechten?", *RW* 2005-06, nr. 10, 388-389 en A. VAN DAELE, "Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van prejudiciële vraagstelling", *CDPK* 2005, nr. 3, 611-624. In een arrest van 28 maart 2007 heeft het Hof van Cassatie de cassatiearresten van 9 en 16 november bevestigd (*Cass.* 28 maart 2007, nr. 157, *Arr.Cass.* 2007, 703.).

<sup>154</sup> A. ALEN en J. CLEMENT, *De hiërarchie der rechtsnormen* in *Themis Staatsrecht* nr. 36, Brugge, die Keure, 2006, (5) 18.

<sup>155</sup> Hij gebruikte deze term meer bepaald tijdens een van de hoorzittingen in de Senaatscommissie aangaande de wetsvoorstellen tot invoeging van een vierde paragraaf in artikel 26 Bijz.W.GwH (de samenloopregeling) ter oplossing van de problematiek van de samenloop van grondrechten (Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 9).



initiatief nam om dit wetenschappelijk congres te organiseren. De deelnemers werden in een aantal werkgroepen verdeeld waarvan de verslagen later zijn gebundeld in een gepubliceerde gezamenlijke bijdrage.<sup>156</sup> Een van deze werkgroepen, namelijk de tweede werkgroep met grondwetspecialist VELAERS als verslaggever, boog zich over de problematiek van de samenloop van grondrechten.<sup>157</sup>

**57.** Deze tweede werkgroep onderzocht twee extreme oplossingen voor de samenloopproblematiek.<sup>158</sup>

De eerste optie houdt een strikte scheiding in tussen de centrale toetsing aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof enerzijds en de diffuse toetsing aan grondrechten in internationaal en Europees recht door de gewone hoven en rechtbanken (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) anderzijds. Daarbij moet elke rechter zich strikt houden aan de referentienormen die behoren tot zijn toetsingsbevoegdheid: de gewone hoven en rechtbanken toetsen wetgevende normen enkel aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen in internationaal en Europees recht en dus niet aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet, het Grondwettelijk Hof toetst wetgevende normen enkel aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet en dus niet aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen in internationaal en Europees recht.<sup>159</sup>

De tweede optie is een volstrekte eenheid van toetsing. Dit houdt in dat eenzelfde rechter de bevoegdheid heeft om beide toetsingen (de toetsing van wetgevende normen aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet en de toetsing van wetgevende normen aan mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht) uit te voeren. Aldus biedt de tweede optie twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid houdt in dat beide toetsingen tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof behoren. Dat impliceert dat de gewone hoven en rechtbanken de Smeerkaas-doctrine en het Simmenthal-arrest niet meer mogen toepassen voor wat betreft rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht. Concreet betekent dit dat de gewone hoven en rechtbanken geen wetgevende normen meer mogen toetsen aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht en daarmee strijdige wetgevende normen niet meer buiten toepassing mogen laten. De tweede mogelijkheid houdt in dat beide toetsingen tot de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken behoren. Deze laatste mogelijkheid impliceert ofwel de afschaffing van het Grondwettelijk Hof of ten

---

<sup>156</sup> Naar deze gezamenlijke bijdrage verwijst deze masterscriptie als volgt: A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, 394 p.

<sup>157</sup> Naar dit verslag van de tweede werkgroep verwijst deze masterscriptie als volgt: J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnances aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, 99-149.

<sup>158</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnances aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99) 116.

<sup>159</sup> *Ibid.*, (99) 117.

minste de afschaffing van de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet en de artikelen 170, 172 en 191 Gw.<sup>160</sup>

**58.** De tweede werkgroep concludeerde dat een strikte scheiding tussen beide toetsingen noch een volstreekte eenheid van toetsing wenselijk waren.<sup>161</sup>

De tweede werkgroep achtte een strikte scheiding van beide toetsingen vanuit principieel-mensrechtelijk en proceseconomisch standpunt niet wenselijk. Het principieel-mensrechtelijke bezwaar hield in dat een strikte scheiding zou betekenen dat grondwettelijke, internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke waarborgen ter bescherming van één grondrecht van elkaar worden gescheiden terwijl deze net onlosmakelijk met elkaar zijn verweven. Ook omwille van proceseconomische redenen was de tweede werkgroep van mening dat een strikte scheiding tussen beide toetsingen niet aan te bevelen was. Een strikte scheiding zou namelijk impliceren dat, na de vaststelling door de gewone hoven en rechtbanken dat een wetgevende norm in overeenstemming is met een mensenrechtenbepaling van internationaal of Europees recht, deze gewone hoven en rechtbanken nog steeds een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid met het analoge grondrecht in Titel II van de Grondwet.<sup>162</sup>

Ook wat betreft de tweede optie, een volstreekte eenheid tussen de twee soorten toetsingen, adviseerde de tweede werkgroep om deze niet door te voeren. Zoals reeds is aangehaald, veronderstelt deze optie ofwel de afschaffing van het Grondwettelijk Hof of ten minste de afschaffing van de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof aan de fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet ofwel dat de gewone hoven en rechtbanken de Smeermaas-doctrine en het Simmenthal-arrest ten aanzien van rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht niet meer mogen toepassen. De tweede werkgroep beschouwde beide toetsingen van wetgevende normen (de toetsing ervan door de gewone hoven en rechtbanken aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht en de toetsing ervan door het Grondwettelijk Hof aan de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet) als essentiële hoekstenen van de rechtsbescherming die onze rechtstaat biedt.<sup>163</sup>

**59.** De tweede werkgroep besloot aldus dat een strikte scheiding noch een volstreekte scheiding tussen beide toetsingen (de centrale toetsing van wetgevende normen aan de fundamentele rechten

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, (99) 118.

<sup>161</sup> *Ibid.*, (99) 118-119.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.*, (99) 119. Zie ook de volgende bijdrage van latere datum van VELAERS waarin hij nog andere redenen aanhaalt waarom de volstreekte eenheid van toetsing destijds niet tot de mogelijkheden behoorde ter oplossing van de samenloopproblematiek: 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, nr. 7, (387) 390. Een van de redenen die VELAERS aanhaalt is bijvoorbeeld dat een louter centrale toetsing van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof aan mensenrechtenbepalingen in de Grondwet, internationaal en Europees recht op gespannen voet stond (en nog steeds staat) met het EU-recht. Elke nationale rechter is namelijk op basis van het EU-recht verplicht om elke regel van nationaal recht, dus ook een wetgevende norm, die strijdig is met het een norm van EU-recht met rechtstreekse werking buiten toepassing te laten (HvJ 9 maart 1978, nr. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Simmenthal, overw. 21-23 In het arrest Poplawski II verduidelijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat deze op basis van het Simmenthal-arrest rustende verplichting op nationale rechters om nationaal recht buiten toepassing te laten indien het strijdig is met EU-recht enkel geldt indien de desbetreffende norm van EU-recht rechtstreekse werking heeft (HvJ 24 juni 2019, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, overw. 60-63)).

en vrijheden in Titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof enerzijds en de diffuse toetsing ervan aan mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht met rechtstreekse werking door de gewone hoven en rechten anderzijds) aan te bevelen was. Vandaar dat de tweede werkgroep voorstelde om te streven naar een zoveel als mogelijk samengaan van beide toetsingen. Op basis van deze idee van samengaan stelde de tweede werkgroep voor om een volgorde van toetsing in te stellen tussen de centrale en de diffuse toetsing van wetgevende normen. De tweede werkgroep vond dat de centrale toetsing van wetgevende normen aan Titel II van de Grondwet door het Grondwettelijk Hof voorrang moest krijgen omdat de gewone hoven en rechtbanken de rol van het Grondwettelijk Hof zouden uithollen indien ze de wetgevende norm eerst zelf zouden mogen toetsen aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht. Daarom stelde de tweede werkgroep aan de bijzondere wetgever voor om een vierde paragraaf aan artikel 26 Bijz.W.GwH toe te voegen die bepaalt dat de rechter in een geval van samenloop van grondrechten eerst een prejudiciële vraag moet stellen aan het Grondwettelijk Hof.<sup>164</sup> Het voorstel van de tweede werkgroep luidde:

*« § 4 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 gedeeltelijke analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een verdragsbepaling, is het rechtscollege, verplicht eerst aan het Arbitragehof [nu Grondwettelijk Hof] de prejudiciële vraag te stellen over de overeenstemming met de bepaling uit titel II van de Grondwet tenzij het oordeelt dat deze bepaling klaarblijkelijk niet geschonden is of tenzij het oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege of van het Arbitragehof [nu Grondwettelijk Hof] blijkt dat de bepaling uit het verdrag of uit de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is. ».*<sup>165</sup>

**60.** Verder stelde de tweede werkgroep aan de bijzondere wetgever voor dat prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof niet enkel versterkt gezag van gewijsde moeten hebben betreffende de overwegingen van het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van de wetgevende norm met fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet maar ook betreffende de overwegingen van het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht. Dergelijke overwegingen zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden. Met andere woorden, de tweede werkgroep stelde voor dat de verwijzende rechter, alle andere rechters die in dezelfde zaak uitspraak doen en alle andere rechters die in andere zaken met een identiek onderwerp uitspraak doen, gebonden moeten zijn door de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de grondwettigheid van de wetgevende norm én de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> J. VELAERS, "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAUX, R. RYCKEBOER en A. DE WOLF (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, (99), 120-122.

<sup>165</sup> *Ibid.*, (99) 122.

<sup>166</sup> *Ibid.*

### 1.2.2.5. Bijzondere wet van 12 juli 2009

**61.** Een aantal senatoren namen het voorstel van de vierde paragraaf bij artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH van de tweede werkgroep (zie *supra*, rnr. 59) integraal in 2007 over in een voorstel tot wijziging van artikel 26 Bijz.W.GwH.<sup>167</sup> Dit voorstel, met kleine aanpassingen, voegde de bijzondere wetgever op 12 juli 2009 in.<sup>168</sup>

**62.** Zoals hierboven reeds is duidelijk gemaakt (zie *supra*, rnr. 36), geeft de bijzondere wetgever door artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH prioriteit aan de grondwettigheidstoetsing door het Grondwettelijk Hof doordat de gewone hoven en rechtbanken in geval van samenloop van grondrechten in beginsel zijn verplicht eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof waarna ze de wetgevende norm zelf nog kunnen toetsen aan het internationaal en Europees recht met rechtstreekse werking.<sup>169</sup> Waarom heeft de bijzondere wetgever (en de tweede werkgroep) ervoor gekozen dat een rechtscollege eerst een prejudiciële vraag moet stellen aan het Grondwettelijk Hof en dus niet zelf eerst de (on)verenigbaarheid van de wetgevende norm met een rechtstreeks werkende mensenrechtenbepaling van internationaal en Europees recht kan vaststellen? De reden waarom de bijzondere wetgever en de tweede werkgroep (zie *supra*, rnr. 59 en 61) voorrang gaven aan de toetsing door het Grondwettelijk Hof aan de Grondwet boven de toetsing door de gewone hoven en rechtbanken aan mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht met rechtstreekse werking is niet terug te vinden in de parlementaire werkzaamheden van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en het verslag van de tweede werkgroep.

**63.** In een bijdrage van latere datum verklaart de verslaggever van de tweede werkgroep, VELAERS, dat de keuze van de bijzondere wetgever voor een prioritair grondwettigheidstoetsing door het Grondwettelijk Hof is ingegeven vanuit de bijzondere waarborgen die het Grondwettelijk Hof biedt en die de gewone hoven en rechtbanken niet bieden. Deze bijzondere waarborgen stemmen voort uit de specifieke rol van het Grondwettelijk Hof om rechtsbescherming te bieden aan de burger tegen

---

<sup>167</sup> Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERGHE, F. DELEPEREE, C. NYSENS en L. VAN DEN BRANDE) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2042/1 en Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE) 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. Beide voorstellen bepalen in de eerste voetnoot: "Het voorstel is ontleend aan het verslag van een werkgroep (samengesteld uit leden van de advocatuur, de magistratuur, de academische wereld, de Raad van State, het Hof van Cassatie en het Arbitragehof), dat werd voorgesteld op een symposium dat op 21 oktober 2005 plaatsvond en dat werd gepubliceerd in A. Arts, I. Verougstraete, R. Andersen e.a. (eds.), De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State, Brugge, die Keure, 2006, 99-149. Ook deze toelichting is in grote mate schatplichtig aan dat verslag. (eigen onderlijning)".

<sup>168</sup> Bijz.Wet 12 juli 2009 tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, *BS* 31 juli 2009.

<sup>169</sup> Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH legt deze mogelijkheid van de gewone hoven en rechtbanken niet uitdrukkelijk vast maar de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH benadrukt verschillende keren dat de prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken om, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, op basis van de Smeerkaas-doctrine en het Simmenthal-arrest de wetgevende norm te toetsen aan internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking: Verslag namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen over het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008- 2009, 52-1283/4, 4; Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 4-5; en Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 3-4. Zie ook G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194-195.

wetgevende normen. VELAERS heeft het over de volgende vier waarborgen van het Grondwettelijk Hof.<sup>170</sup>

Het Grondwettelijk Hof bestaat uit twaalf rechters waarvan zes Nederlandstalig en de andere zes Franstalig zijn.<sup>171</sup> Verder zetelt de ene helft van de rechters vanwege hun politieke ervaring als voormalig lid van de Senaat, de Kamer van Volksvertegenwoordiger of een gewest- of gemeenschapsparlement en de andere helft zetelt omwille van hun juridische ervaring als voormalig magistraat in de Raad van State of het Hof van Cassatie, referendaris bij het Grondwettelijk Hof of hoogleraar in een Belgische universiteit.<sup>172</sup>

In de prejudiciële procedure voor het Grondwettelijk Hof krijgen de Ministerraad, de Regeringen en de voorzitters van de wetgevende vergaderingen de mogelijkheid hun verdediging over de bestreden wetgevende norm te voeren.<sup>173</sup>

Zoals deze masterscriptie reeds eerder heeft toegelicht (zie *supra*, nmr. 42), heeft een prejudicieel arrest versterkt gezag van gewijsde. Indien het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest de ongrondwettigheid van de wetgevende norm vaststelt, moet elke rechter (de verwijzende rechter, de andere rechters die oordelen in dezelfde zaak en elke andere rechter in een zaak met een identiek onderwerp) weigeren de wetgevende norm toe te passen.<sup>174</sup>

Indien het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest de ongrondwettigheid van de wetgevende norm vaststelt, heropent de beroepstermijn van zes maanden om een beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof in te stellen tegen deze wetgevende norm.<sup>175</sup>

**64.** Zoals deze masterscriptie eerder heeft besproken (zie *supra*, nmr. 60), had de tweede werkgroep van het colloquium van 21 oktober 2005 de bijzondere wetgever aangeraden om in de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof te bepalen dat het versterkt gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich uitstrekt tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet én tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht. De bijzondere wetgever heeft dit advies van de tweede werkgroep echter niet opgevolgd.<sup>176</sup> Zo stelt de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH meermaals dat het versterkt gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich niet uitstrekt tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht en zich enkel uitstrekt tot de overwegingen omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet. Met andere woorden, de

---

<sup>170</sup> 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, nr. 7, (387) 391-392.

<sup>171</sup> Art. 31 Bijz.W.GwH.

<sup>172</sup> Art. 34, § 1 en 2 Bijz.W.GwH.

<sup>173</sup> Art. 77, 85 en 94bis Bijz.W.GwH.

<sup>174</sup> Art. 28 en 26, § 2, lid 2, 2<sup>o</sup> Bijz.W.GwH.

<sup>175</sup> Art. 4, lid 2 Bijz.W.GwH.

<sup>176</sup> G. ROSOUX, "Panorama de la protection juridictionnelle nationale des droits fondamentaux: qui est le juge des droits fondamentaux en Belgique", in F. KRENC, F. BOUHIN en C. DEPREEZ (eds.), *Contentieux des droits fondamentaux*, Limal, Anthemis, 2021, (7) 50 en voetnoot 177.

verwijzende rechter, alle andere rechters die in dezelfde zaak uitspraak doen en alle andere rechters die in andere zaken met een identiek onderwerp uitspraak doen, zijn enkel gebonden door de overwegingen van het Grondwettelijk Hof in het prejudicieel arrest omtrent de grondwettigheid van de wetgevende norm en niet door de overwegingen omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht. Als reden haalt de bijzondere wetgever aan dat het Grondwettelijk Hof immers op basis van de Grondwet en de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof niet bevoegd is om wetgevende normen te toetsen aan mensenrechtenbepalingen van internationaal en Europees recht.<sup>177</sup>

#### **1.2.2.6. Heropflakking van *guerre des juges***

**65.** Nadat de bijzondere wetgever in 2009 de samenloopregeling in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH had ingevoegd, heeft het Hof van Cassatie de *guerre des juges* doen herleven door zijn arresten van 15 december 2014 en 29 september 2017.

**66.** In het eerste cassatiearrest van 15 december 2014 stond een arrest van het Arbeidshof van Gent ter discussie.<sup>178</sup> Het Arbeidshof had besloten dat het recht op een rustpensioen een eigendomsrecht was dat werd beschermd door artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM. Verder oordeelde het Arbeidshof dat artikel 27 van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, dat is vervangen door artikel 9 van de wet van 5 juni 1970<sup>179</sup> en dat derhalve kracht van wet heeft, een verschil in behandeling invoerde aangaande de betalingsvoorwaarden van een rustpensioen tussen verschillende categorieën van begunstigen van vreemde nationaliteit. Volgens het Arbeidshof was dat verschil in behandeling strijdig met artikel 14 EVRM (verbod van discriminatie) zodat het Arbeidshof artikel 27 van KB nr. 50 van 24 oktober 1967, dat werd vervangen door artikel 9 van de wet van 5 juni 1970, buiten toepassing liet. Het Hof van Cassatie besloot op 27 mei 2013 om op basis van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof aangaande de overeenstemming van artikel 27 van KB nr. 50 van 24 oktober 1976 vervangen door artikel 9 van de wet van 5 juni 1970 met de artikelen de artikelen 10, 11, 16 en 191 Gw.<sup>180</sup>

In het arrest nr. 86/2014 heeft het Grondwettelijk Hof geantwoord op deze prejudiciële vraag. Het Grondwettelijk Hof had geoordeeld dat de bestreden wetgevende bepaling geen schending vormde van de artikelen 10 en 11 Gw. in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM, artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.<sup>181</sup>

In dezelfde zaak heeft het Hof van Cassatie later in zijn arrest van 15 december 2014 – zonder verwijzing naar het prejudicieel arrest nr. 86/2014 van het Grondwettelijk Hof – geoordeeld dat

---

<sup>177</sup> Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, 4-12/4, 15 en Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE), *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 8.

<sup>178</sup> Cass. 15 december 2014, nr. 789, *Arr.Cass.* 2014, 2944.

<sup>179</sup> Wet van 5 juni 1970 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de pensioenregelingen voor werknemers, arbeiders, bedienden, mijnwerkers en vrijwillig verzekerden en het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, *BS* 30 juli 1970.

<sup>180</sup> Cass. 27 mei 2013, nr. 323, *Arr.Cass.* 2013, 1296.

<sup>181</sup> GwH 6 juni 2014, nr. 86/2014, B.12 en dictum.

artikel 27 van KB nr. 50 van 24 oktober 1967 vervangen door artikel 9 van de wet van 5 juni 1970 een schending vormt van artikel 14 EVRM in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM.<sup>182</sup> Het Hof van Cassatie oordeelde aldus in tegenovergestelde zin dan het Grondwettelijk Hof: het Grondwettelijk Hof oordeelde in zijn prejudicieel arrest nr. 86/2014 dat de bestreden wetgevende bepaling geen schending vormde van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 10 en 11 Gw. in samenhang gelezen met artikel 14 EVRM, 26 IVBPR en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM terwijl het Hof van Cassatie oordeelde dat de bestreden wetgevende bepaling wel het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM schond. De reden voor dit tegenovergesteld oordeel van het Hof van Cassatie lijkt te steunen op de gelijklopende conclusie van de advocaat-generaal. Daarin stelde de advocaat-generaal dat de verplichting van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH voor de gewone hoven en rechtbanken om eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop van grondrechten niet uitsluit dat de gewone hoven en rechtbanken na het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof de overeenstemming van de wetgevende norm met een fundamenteel recht of vrijheid uit het internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking kunnen nagaan. Het gegeven dat het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest zich uitspreekt over de verenigbaarheid van een wetgevende norm met een fundamenteel recht of vrijheid van Titel II van de Grondwet in samenhang gelezen met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal of Europees recht doet aan deze bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken geen afbreuk.<sup>183</sup> Deze overweging van de advocaat-generaal van het Hof van Cassatie in combinatie met het arrest van 15 december 2014 van het Hof van Cassatie komt er eigenlijk op neer dat het Hof van Cassatie van mening is dat het verstrekt gezag van gewijsde van een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof zich enkel uitstrekt tot de overwegingen betreffende de overeenstemming van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet en niet tot de overwegingen betreffende de overeenstemming ervan met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht.<sup>184</sup>

**67.** Wat impliciet de grondslag vormde van het cassatiearrest van 15 december 2014 drukt het cassatiearrest van 29 september 2017 wél expliciet uit.<sup>185</sup> In het arrest van 29 september 2017 oordeelde het Hof van Cassatie namelijk het volgende: *"Uit die bepaling [art. 26, § 4 Bijz.W.GwH] volgt niet dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof wordt uitgebreid tot het onderzoek naar de verenigbaarheid van de daarin bedoelde normen van intern recht met normen van Europees of internationaal recht die grondrechten bekrachtigen die tevens op geheel of gedeeltelijk analoge wijze zijn gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet. Hieruit volgt dat, wanneer het Grondwettelijk Hof aan die normen van Europees of internationaal recht nog het onderzoek toevoegt naar de verenigbaarheid van een norm van intern recht met een bepaling uit titel II van de Grondwet, zijn beslissing, in zoverre ze betrekking heeft op de voornoemde, rechtstreeks toepasselijke normen*

<sup>182</sup> Cass. 15 december 2014, nr. 789, *Arr.Cass.* 2014, 2944.

<sup>183</sup> Concl. J.-M. GENICOT bij Cass. 15 december 2014, nr. 789, *Arr.Cass.* 2014, 2944.

<sup>184</sup> M. BOSSUYT, "Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde?", *RW* 2014-15, nr. 41, (1624) 1626.

<sup>185</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, "La Court constitutionnelle et la primauté du droit international - L'héritage Le Ski sous bénéfice d'inventaire", *JT* 2021, nr. 31, (618) 621.

van het internationaal verdragsrecht, niet het gezag heeft dat artikel 9, § 2, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof eraan toekent.(eigen onderlijning)".<sup>186</sup>

**68.** Omwille van twee redenen kwam deze heropflakking van de *guerre des juges* eigenlijk niet als een verassing.<sup>187</sup> Ten eerste stelde de bijzondere wetgever in 2009 met de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH slechts een volgorde van toetsing in waardoor de gewone hoven en rechtbanken, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, de wetgevende normen nog kunnen toetsen aan rechtstreeks werkende mensenrechtenbepalingen in internationaal en Europees recht (zie *supra*, rnr. 5 en 36).<sup>188</sup> Ten tweede strekt het versterkt gezag van gewijsde van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich enkel uit tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof betreffende de verenigbaarheid van de wetgevende norm met de fundamentele rechten en vrijheden in Titel II van de Grondwet en niet tot de overwegingen betreffende de verenigbaarheid ervan met analoge mensenrechtenbepalingen in internationaal recht (zie *supra*, rnr. 43, 60 en 64). Met andere woorden, de gewone hoven en rechtbanken zijn niet gebonden door de overwegingen van het Grondwettelijk Hof betreffende de verenigbaarheid van de wetgevende norm met mensenrechtenbepalingen van internationaal recht.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Cass. 29 september 2017, nr. F.15.0010.F. Op basis van artikel 9, § 1 Bijz.W.GwH hebben de arresten van het Grondwettelijk Hof waarin het een wetgevende norm vernietigt absoluut gezag van gewijsde. De wetgevende norm verdwijnt uit de rechtsorde (R. MOERENHOUT en H. BORTELS, *Art. 26 Bijz.W. 6 januari 1989 in Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 52)*, Mechelen, Kluwer, 2022, (9) 13-22 en A. ALEN en K. MUYLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 534).

<sup>187</sup> Reeds in 2010 en 2011 voorspelde VELAERS en MOONEN een dergelijke heropflakking van de *guerre des juges*: zie T. MOONEN, "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *RBDC* 2011, nr. 2, (111) 137-139 en 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, nr. 7, (387) 407-408. Zie ook G. ROSOUX, "Panorama de la protection juridictionnelle nationale des droits fondamentaux: qui est le juge des droits fondamentaux en Belgique", in F. KRENC, F. BOUHIN en C. DEPREZ (eds.), *Contentieux des droits fondamentaux*, Limal, Anthemis, 2021, (7) 50.

<sup>188</sup> Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH legt deze mogelijkheid van de gewone hoven en rechtbanken niet uitdrukkelijk vast maar de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH benadrukt verschillende keren dat de prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken om, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, op basis van de Smeerkaas-doctrine en het Simmenthal-arrest de wetgevende norm te toetsen aan internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking: Verslag namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen over het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008- 2009, 52-1283/4, 4; Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 3-4; en Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERHE en L. VAN DEN BRANDE) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 4-5. Zie ook G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel in Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 194-195; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge in Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2021, 250; en 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, nr. 7, (387) 390 en 401.

<sup>189</sup> Zoals deze masterscriptie reeds eerder heeft besproken, had de tweede werkgroep van het colloquium van 21 oktober 2005 de bijzondere wetgever aangeraden om in de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof te bepalen dat het versterkt gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich uitstrekt tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet én tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht. De bijzondere wetgever heeft dit advies van de tweede werkgroep echter niet opgevolgd. Zo stelt de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH dat het versterkt gezag van gewijsde van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich niet uitstrekt tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht: Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, 4-12/4, 15 en Voorstel van bijzondere



**69.** De heropflakking van de *guerre des juges* gaf onmiddellijk aanleiding tot een reactie in de rechtsleer. Zo heeft de rechtsleer het cassatiearrest van 15 december 2014 (zie *supra*, rnr. 66) negatief onthaald.<sup>190</sup>

BOSSUYT is van mening dat het Hof van Cassatie in het arrest van 15 december 2014 niet tot een ander, weliswaar tegengesteld oordeel mocht komen dan het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof. In essentie stelt BOSSUYT dat het gezag van gewijsde van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich uitstrekken tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming van de wetgevende norm met het fundamenteel recht of vrijheid van Titel II van de Grondwet én de analoge EVRM-bepalingen. Immers, beide overwegingen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.<sup>191</sup> Hij voegt hier nog aan toe dat er een verontrustende rechtsonzekerheid zou bestaan in de rechtsstaat en bij de rechtzoekende indien elke verwijzende rechter voortaan een wet onverenigbaar zou verklaren met mensenrechtenbepalingen van internationaal recht nadat het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest reeds heeft geoordeeld dat de wetgevende norm niet strijdig is met het analoge grondrecht van Titel II van de Grondwet.<sup>192</sup>

BEHERENDT en VRANCKEN stellen, in tegenstelling tot BOSSUYT, terecht dat het Hof van Cassatie in het arrest van 15 december 2014 wél tot een andere, weliswaar tegengesteld oordeel kon komen dan het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof in diezelfde zaak. Daarvoor baseren ze zich op twee argumenten. Ten eerste stellen ze correct dat de verwijzende rechter de mogelijkheid heeft om, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, de wetgevende norm alsnog te toetsen aan analoge mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht (zie *supra*, rnr. 5 en 36).<sup>193</sup> Ten tweede stellen ze terecht dat het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof enkel bindend is voor wat betreft zijn overwegingen aangaande de verenigbaarheid van de wetgevende norm met de fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet en niet voor wat betreft de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht (zie *supra*, rnr. 43, 6064).<sup>194</sup> Op basis van deze

---

wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE), *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 8.

<sup>190</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, "Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination", *JLMB* 2015, nr. 24, 1126-1137 en M. BOSSUYT, "Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde?", *RW* 2014-15, nr. 41, 1624-1628.

<sup>191</sup> M. BOSSUYT, "Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde?", *RW* 2014-15, nr. 41, (1624) 1626-1628 en meer bepaald randnummers 8 en 10.

<sup>192</sup> *Ibid.*, (1624) 1628.

<sup>193</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, "Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination", *JLMB* 2015, nr. 24, (1126) 1131-1132 en meer bepaald randnummer 13. Zoals al meerdere keren is aangehaald in deze masterscriptie legt artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH deze mogelijkheid van de gewone hoven en rechtbanken niet uitdrukkelijk vast maar de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH benadrukt verschillende keren dat de prioriteit aan het grondwettigheidsonderzoek door het Grondwettelijk Hof van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken om, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, op basis van de Smeerkaas-doctrine en het Simmenthal-arrest de wetgevende norm te toetsen aan internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking: Verslag namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen over het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008- 2009, 52-1283/4, 4; Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, 3-4; en Voorstel van bijzondere wet (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 4-5.

<sup>194</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, "Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination", *JLMB* 2015, nr. 24, (1126) 1132-1133 en meer bepaald randnummers 14 en 15.

redenen concluderen BEHRENDT en VRANKCEN dat het volledig geoorloofd was dat het Hof van Cassatie zelf de wetgevende norm had getoetst aan analoge EVRM-bepalingen nadat het Grondwettelijk Hof ter beantwoording van een prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie in diezelfde de wetgevende norm reeds had getoetst aan de analoge grondwettelijke bepaling van Titel II van de Grondwet en dat daarbij het Hof van Cassatie tot een ander, tegengesteld oordeel kwam dan het Grondwettelijk Hof.<sup>195</sup> Ondanks deze conclusie adviseren BEHRENDT en VRANCKEN de verwijzende rechters om niet te vaak over te gaan tot een dergelijke tweede toetsing van de wetgevende norm aan analoge mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht nadat het Grondwettelijk Hof in zijn prejudicieel arrest de wetgevende norm reeds heeft getoetst aan Titel II van de Grondwet. Als de gewone hoven en rechtbanken te snel overgaan tot een dergelijke tweede toetsing ontstaat volgens hen de kans op rechtsonzekerheid waardoor het vertrouwen van de rechtszoekende in de rechtscolleges zou afnemen.<sup>196</sup>

### 1.3. Inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in Belgische rechtsorde

**70.** Op 8 november 2018 heeft België Protocol nr. 16 bij het EVRM ondertekend.<sup>197</sup> Ongeveer drie en een half jaar later, op 2 juni 2022, heeft de Kamer het wetsontwerp houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM goedgekeurd.<sup>198</sup> Op 5 december 2022 werd de instemmingswet betreffende Protocol nr. 16 bij het EVRM in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd waarna Protocol nr. 16 bij het EVRM vanaf 1 maart 2023 in de Belgische rechtsorde inwerking trad.<sup>199</sup> Zoals deze

---

Zoals deze masterscriptie reeds eerder heeft besproken, had de tweede werkgroep van het colloquium van 21 oktober 2005 de bijzondere wetgever aangeraden om vast te leggen dat het versterkt gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich uitstrekt tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met Titel II van de Grondwet én tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht. De bijzondere wetgever heeft dit advies van de tweede werkgroep echter niet opgevolgd. Zo stelt de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH meermaals dat het versterkt gezag van gewijsde van de prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof zich niet uitstrekt tot de overwegingen van het Grondwettelijk Hof omtrent de verenigbaarheid van de wetgevende norm met analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal recht: Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, 4-12/4, 15 en Voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (H. VANDENBERGHE en L. VAN DEN BRANDE), *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1, 8.

<sup>195</sup> C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, "Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination", *JLMB* 2015, nr. 24, (1126) 1133-1134 en meer bepaald randnummers 17-19.

<sup>196</sup> *Ibid.*, (1126) 1136 en meer bepaald randnummer 24.

<sup>197</sup> Council of Europe, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 214*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyNum=214> (consultatie 6 oktober 2022).

<sup>198</sup> Wetsontwerp houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/004.

<sup>199</sup> Wet 30 oktober 2022 houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het EVRM, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, BS 5 december 2022. De datum van de inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde (1 maart 2023) werd als volgt bepaald: Volgens art. 8(2) Prot. 16 EVRM treedt Protocol nr. 16 bij het EVRM inwerking voor een Verdragsluitende Staat *op de eerste dag van de maand volgend na een periode van drie maanden na de datum waarop de Verdragsluitende Staat zijn instemming om gebonden te zijn door het Protocol heeft gegeven overeenkomstig artikel 7 Prot. 16 EVRM.* Artikel 7(1) Prot. 16 EVRM bepaalt dat Verdragsluitende Staten instemming kunnen geven door ofwel ondertekening zonder voorbehoud van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring ofwel ondertekening onder voorbehoud van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring, gevolgd door bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring. Artikel 7(2) Prot. 16 EVRM vereist van de Verdragsluitende Staat dat het zijn akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring neerlegt bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. België heeft zijn akte van bekrachtiging neergelegd op 22 november 2022 bij de Secretaris-generaal van de Raad van Europa (Council of Europe, Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023)). Op de eerste dag

masterscriptie reeds herhaaldelijke keren heeft vermeld (zie *supra*, rnr. 118-19), kunnen de hoogste rechtscolleges van de Verdragsluitende Staten die Protocol nr. 16 bij het EVRM hebben geratificeerd het EHRM om advies verzoeken wanneer ze in een geschil te maken hebben met een principiële vraag over de toepassing of interpretatie van de fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen. België heeft het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak aangemerkt als hoogste rechtscolleges die om een dergelijk advies van het EHRM kunnen verzoeken.<sup>200</sup>

**71.** Zoals de inleiding van deze masterscriptie reeds heeft aangekaart (zie *supra*, rnr. 6-8), leidt de inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde en meer bepaald de verhouding van dat instrument tot de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH tot enkele vragen. Wat moeten het Hof van Cassatie of de Raad van State doen indien in een geding een wetgevende norm aanleiding geeft tot een principiële vraag omtrent de interpretatie of de toepassing van een grondrecht in het EVRM of een van de bijhorende Protocollen en dit grondrecht op analoge wijze is neergelegd in Titel II van de Grondwet? Moet het Hof van Cassatie of de Raad van State op basis van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in dat geval eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof? Of kunnen het Hof van Cassatie of de Raad van State op grond van Protocol nr. 16 bij het EVRM in dat geval rechtstreeks een advies van het EHRM vragen zonder daarbij (eerst) een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof?

**72.** De federale wetgever heeft deze verhouding verduidelijkt in de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM. Deze memorie van toelichting bepaalt: *“Teneinde de rechtszekerheid te waarborgen en verschillen in rechtspraak te voorkomen, is het belangrijk te benadrukken dat het aannemen van het Protocol geen afbreuk doet aan de chronologische voorrang van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 inzake de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties in geval van samenloop van grondrechten, dit is wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een ordonnantie van een grondrecht 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. Het Hof van Cassatie en de Raad van State zijn bijgevolg verplicht eerst het Grondwettelijk Hof te raadplegen en zich te schikken naar dit antwoord, alvorens een verzoek om advies te richten aan het Europees Hof. (eigen onderlijning)”.<sup>201</sup> Op basis van deze opmerking in de memorie van toelichting moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State, wanneer zij worden geconfronteerd met een situatie van samenloop van grondrechten en een principiële vraag over de interpretatie of toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen, eerst een*

---

van de maand volgend na een periode van drie maanden na 22 november 2022, zijnde 1 maart 2023, trad Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde in werking.

<sup>200</sup> Verklaring van België die vervat is in de akte van bekrachtiging is neergelegd op 22 november 2022 bij de Secretaris-generaal van de Raad van Europa (Council of Europe, *Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023)); MvT bij wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001, 6.

<sup>201</sup> MvT bij wetsontwerp houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001, 6.

prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State een verzoek om advies richten aan het EHRM.

**73.** De bespreking van de inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM in de Belgische rechtsorde zou niet volledig zijn zonder een bespreking van het arrest van 4 april 2023 van de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak. Met dit arrest is de Raad van State het eerste en voorlopig het enige rechtscollege van de drie Belgische hoogste rechtscolleges dat het EHRM om advies heeft verzocht.<sup>202</sup> Op 13 april 2023 heeft het EHRM het verzoek om advies ontvangen en op 10 mei 2023 heeft het rechterspanel het verzoek om advies aanvaard.<sup>203</sup> Hierna volgt een korte bespreking van de feiten van de zaak, de argumenten van beide partijen, het oordeel van de Raad van State en een korte commentaar.

De verzoekende partij was een veiligheidsagent bij het beveiligingsbedrijf G4S Event Security sinds 2010. GS4 Event Security had op 2 mei 2019 de verlenging van de identificatiekaart van de verzoekende partij gevraagd aan de Minister van Binnenlandse Zaken, de verwerende partij, zodat de verzoekende partij werkzaam zou kunnen blijven als bewakingsagent. In België is een dergelijke identificatiekaart nodig om werkzaam te kunnen zijn en blijven als bewakingsagent. Artikelen 61 tot en met 64 van de wet van 2 oktober 2017 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid lijsten enkele voorwaarden op waaraan de beveiligingsagent moet voldoen opdat zijn identificatiekaart kan worden verlengd. De Minister van Binnenlandse Zaken startte een onderzoek en vroeg de Staatsveiligheid om informatie over de verzoekende partij. De Staatsveiligheid deelde op 30 maart 2020 in een brief aan de Minister van Binnenlandse Zaken mee dat de verzoekende partij bekend staat bij de Staatsveiligheid omdat hij contact heeft met personen binnen het salafisme en dat hij een aanhanger is van het salafisme. Verder schreef de Staatsveiligheid in een online beschikbare brochure dat het salafisme op de middellange en lange termijn een gevaar vormt voor België omwille van drie redenen: het salafisme zou de legitimiteit van Belgische rechtsregels niet erkennen, zou geen gendergelijkheid waarborgen en zou beweren te spreken voor de gehele moslimgemeenschap wat aanleiding vormt voor polarisatie van de samenleving. Vanwege deze vermeende banden van de verzoekende partij met het salafisme en het vermeende gevaar van het salafisme voor België op de middellange of lange termijn was de Minister van Binnenlandse Zaken van oordeel dat de verzoekende partij niet voldeed aan artikel 61, 6<sup>o</sup> *juncto* artikel 64 van de wet van 2 oktober 2017 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid. Deze artikelen vereisen onder andere dat het profiel van bewakingsagenten gekenmerkt moet zijn door respect voor grondrechten, integriteit, respect voor democratische waarden en de afwezigheid van een risico voor de staatsveiligheid of de openbare orde. Vervolgens heeft de Minister van Binnenlandse Zaken op 15 oktober 2021 besloten om de identificatiekaart van de verzoekende partij niet te verlengen en in te trekken.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> RvS (15e k.) 4 april 2023, nr. 256.222 met korte commentaar F. BOUHON, "Première demande d'avis consultatif par une juridiction belge à la Cour européenne des droits de l'homme", *JLMB* 2023, nr. 24, 1070-1072.

<sup>203</sup> European Court of Human Rights, *Press Release – The Court has accepted a request for an advisory opinion from the Belgian Conseil d'état*, 16 mei 2023, <https://www.echr.coe.int/w/request-for-advisory-opinion-accepted-1> (laatste consultatie op 16 juli 2023).

<sup>204</sup> RvS (15e k.) 4 april 2023, nr. 256.222 verwijst voor de uiteenzetting van de feiten naar zijn eerder arrest, RvS (15e k.) 29 oktober 2021, nr. 252.020. De aanleiding voor dit eerdere arrest was de door de verzoekende partij ingestelde vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijk (UDN) tegen de weigeringsbeslissing

Op 25 oktober 2021 heeft de verzoekende partij tegen deze weigerings- en intrekingsbeslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijk en een beroep tot vernietiging ingesteld bij de Raad van State. Op 29 oktober 2021 heeft de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid toegekend waardoor de weigerings- en intrekingsbeslissing worden geschorst.<sup>205</sup>

In essentie voerde de verzoekende partij aan dat de Minister van Buitenlandse Zaken de weigerings- en intrekingsbeslissing heeft genomen op basis van onvoldoende bewijs dat zou kunnen aantonen dat de verzoekende partij wel degelijk een aanhanger was van het salafisme en dat zijn vermeend lidmaatschap tot het salafisme een negatieve impact had op de uitoefening van zijn beroep als bewakingsagent. Daardoor vormen de weigerings- en intrekingsbeslissing volgens de verzoekende partij ongerechtvaardigde inmengingen op het recht op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. De verzoekende partij stelde dat zowel de brief als de brochure van de Staatsveiligheid geen concrete feiten daartoe bevatten. Ter ondersteuning van dit argument voerde de verzoekende partij het EHRM-arrest *Sodan t. Turkije*<sup>206</sup> aan waarin het EHRM heeft geoordeeld dat "*la seule proximité ou appartenance, réelle ou supposée, du requérant à un mouvement religieux ne saurait constituer un motif suffisant en soi pour prendre à son encontre une mesure défavorable, dès lors qu'il n'a pas été clairement démontré, soit que le requérant n'agissait pas de manière impartiale ou recevait des instructions des membres dudit mouvement, soit que le mouvement en question représentait véritablement un danger pour la sécurité nationale*"<sup>207</sup>. Verder verzocht de verzoekende partij in ondergeschikte orde van de Raad van State om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof omtrent de grondwettigheid betreffende de interpretatie van de administratie van artikel 64 van de wet van 2 oktober 2017 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, de wetgevende norm op basis waarvan de administratie de weigeringsbeslissing had genomen.<sup>208</sup>

De Raad van State stelde dat niets van het administratief dossier wees op concrete feiten waaruit bijvoorbeeld zou blijken dat de verzoekende partij anderen discriminerend behandelde omwille van zijn vermeende banden met het salafisme. Verder stelde de Raad van State dat de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken tot weigering en intrekking van de identificatiekaart alleen is gebaseerd op de brief en de online brochure van de Staatsveiligheid. Zoals deze masterscriptie reeds heeft aangehaald, bepalen die twee documenten dat de verzoekende partij banden zou hebben met het salafisme en dat het salafisme op de middellange en lange termijn een gevaar zou vormen voor België. Vervolgens besloot de Raad van State om over de volgende vraag advies van het EHRM te vragen: "*La seule proximité ou appartenance à un mouvement religieux, considéré par l'autorité*

---

van 15 oktober 2021 van de Minister van Binnenlandse Zaken. In dat eerder arrest kent de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijk toe. Zie voor een bondige samenvatting van de feiten ook EHRM, *Press Release – The Court has accepted a request for an advisory opinion from the Belgian Conseil d'état*, 16 mei 2023, <https://www.echr.coe.int/w/request-for-advisory-opinion-accepted-1> (laatste consultatie op 16 juli 2023).

<sup>205</sup> RvS (15<sup>e</sup> k.) 29 oktober 2021, nr. 252.020

<sup>206</sup> EHRM 2 februari 2016, nr. 18650/05, *Sodan/Turkije*.

<sup>207</sup> *Ibid.*, § 54. Een vrije vertaling naar het Nederlands van § 54 luidt als volgt: "*De loutere verbondenheid of lidmaatschap, werkelijk dan wel vermeend, tot een religieuze beweging van de verzoeker kan op zich geen voldoende reden vormen om een ongunstige maatregel te nemen tegen de verzoeker als niet is aangetoond dat de verzoeker partijdig heeft gehandeld, instructies van de leden van die beweging heeft uitgevoerd of dat de beweging een werkelijk gevaar vormt voor de nationale veiligheid.*"

<sup>208</sup> RvS (15<sup>e</sup> k.) 4 april 2023, nr. 256.222.

*administrative compétente, compte tenu de ses caractéristiques, comme présentant à moyen ou à long terme une menace pour le pays, constitue-t-elle au regard de l'article 9(2) de la CEDH un motif suffisant pour prendre une mesure défavorable à l'encontre de quelqu'un, telle que l'interdiction d'exercer la profession d'agent de gardiennage?"*<sup>209</sup>. Op het verzoek van de verzoekende partij tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof heeft de Raad van State geantwoord dat het eerst noodzakelijk was om de draagwijdte van het recht op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst in artikel 9(2) EVRM te bepalen en daartoe een advies van het EHRM te vragen alvorens *"de s'approprier éventuellement l'interprétation de l'article 64 précité suggérée dans la question"*.<sup>210</sup>

**74.** Men kan zich terecht afvragen of in deze zaak een situatie van samenloop van grondrechten aanwezig was. Men zou namelijk kunnen beargumenteren dat de verenigbaarheid van een wetgevende norm (namelijk artikel 64 van de wet van 2 oktober 2017 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid) met een grondrecht dat op analoge wijze is gewaarborgd in Titel II van de Grondwet en het EVRM (het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst gewaarborgd in artikel 19 Gw. en artikel 9 EVRM) ter discussie stond. Opvallend is dat de Raad van State in zijn arrest uitdrukkelijk heeft gesteld dat het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst op analoge wijze is geïncorporeerd in artikel 19 Gw. en artikel 9 EVRM.<sup>211</sup> Gelet op deze situatie van samenloop van grondrechten was de Raad van State op basis van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH verplicht om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Meer bepaald was de Raad van State op basis van de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM (zie *supra*, rnr. 72) verplicht om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof en mocht hij niet rechtstreeks van het EHRM advies vragen. De prejudiciële vraag die de Raad van State aan het Grondwettelijk Hof volgens deze visie had moeten stellen, zou als volgt kunnen worden geformuleerd: *"Schendt artikel 64 van de wet van 2 oktober 2017 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst in artikel 19 Gw. in samenhang gelezen met artikel 9 EVRM in de interpretatie dat die bestreden bepaling het zou toelaten dat het enkele feit van verbondenheid met of lidmaatschap van een religieuze beweging, die door de bevoegde administratieve autoriteiten wordt beschouwd als een bedreiging van het land op middellange of lange termijn, een voldoende grond vormt voor de bevoegde administratieve autoriteiten om een ongunstige maatregel te nemen jegens een individu, zoals een verbod om te werken als beveiliging of bewakingsagent?"*.

---

<sup>209</sup> In een vrije vertaling naar het Nederlands luidt de vraag van de Raad van State: *"Vormt het enkele feit van verbondenheid met of lidmaatschap van een religieuze beweging die door de bevoegde administratieve autoriteiten wordt beschouwd als een bedreiging van het land op middellange of lange termijn overeenkomstig het recht op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst in artikel 9(2) EVRM een voldoende grond voor het nemen van een ongunstige maatregel jegens een individu, zoals een verbod om te werken als beveiliging of bewakingsagent?"*.

<sup>210</sup> RvS (15e k.) 4 april 2023, nr. 256.222.

<sup>211</sup> *Ibid.*



## HOOFDSTUK 2. OPLOSSINGEN

### 2.1. Oplossing 1<sup>o</sup>: opname van huidige oplossing in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH

#### 2.1.1. Grondslag van oplossing

**75.** De eerste oplossing is gebaseerd op de huidige in de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM vervatte regeling (zie ook *supra*, rnr. 9 en 72). Deze memorie van toelichting bepaalt namelijk dat het Hof van Cassatie en de Raad van State, wanneer zij worden geconfronteerd met een situatie van samenloop van grondrechten en een principiële vraag over de interpretatie of toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen, eerst een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof. Verder bepaalt deze memorie van toelichting dat het Hof van Cassatie en de Raad van State een verzoek om advies kunnen richten aan het EHRM nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord.<sup>212</sup>

#### 2.1.2. Inhoud van oplossing

**76.** Bij deze oplossing blijft het Grondwettelijk Hof ook bevoegd om het EHRM om advies te verzoeken. Aldus kunnen zich twee situaties voordoen. Het einde van dit onderdeel bevat een flowchart (zie *infra*, rnr. 79) die de volgende twee randnummers visualiseert.

**77.** In de eerste situatie stelt het Hof van Cassatie of de Raad van State een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof, waarna deze laatste een advies van het EHRM vraagt. In dit geval is het aangewezen voor het Grondwettelijk Hof om te wachten op de uitkomst van de adviesprocedure voor het EHRM alvorens het de prejudiciële vraag beantwoordt.

Ofwel beslist het rechterspanel om het verzoek om advies af te wijzen. In dat geval zal het Grondwettelijk Hof, na deze beslissing van dit panel, de prejudiciële vraag zonder meer kunnen beantwoorden. Daarna behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State de bevoegdheid om op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm te toetsen aan het EVRM. Wel beveel ik, op basis van de eerder besproken bijdragen van BEHRENDT en VRANCKEN (zie *supra*, rnr. 69), het Hof van Cassatie en de Raad van State aan enige terughoudendheid aan de dag te leggen en niet te snel over te gaan tot een dergelijke tweede toetsing van de wetgevende norm.

Ofwel accepteert het panel het verzoek om advies van het Grondwettelijk Hof, waarna het EHRM een advies zal leveren. In dat geval is het aangewezen dat het Grondwettelijk Hof wacht tot het EHRM zijn advies heeft geleverd zodat het Grondwettelijk Hof dit advies in rekening kan nemen bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord rekening houdend met het EHRM-advies behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State op basis van de Smeerkaas-doctrine de mogelijkheid om de wetgevende norm zelf te toetsen aan het EVRM en het EHRM-advies. Ook hier geef ik op basis van de bijdrage van BEHRENDT en

---

<sup>212</sup> MvT bij wetsontwerp houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001, 6.

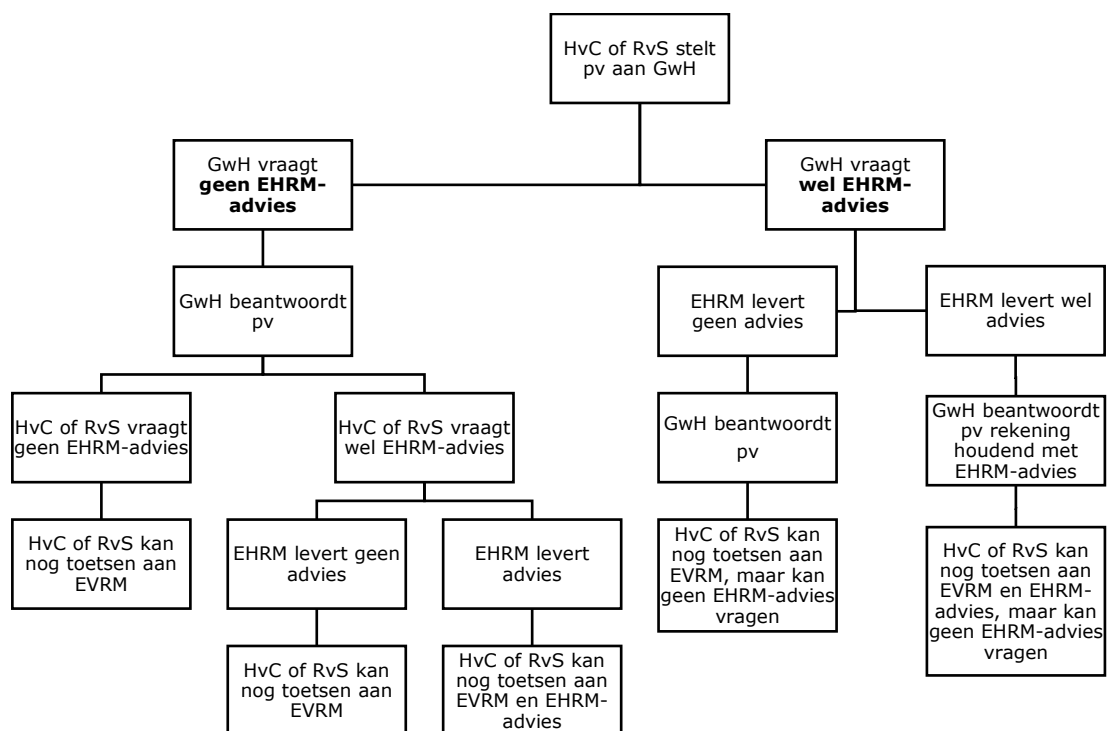


VRANCKEN (zie *supra*, rnr. 69) het Hof van Cassatie en de Raad van State hetzelfde advies: ga niet al te snel over tot een dergelijke tweede toetsing van de wetgevende norm.

**78.** In de tweede situatie stelt het Hof van Cassatie en de Raad van State een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof en vraagt deze laatste geen advies van het EHRM. Na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof hebben het Hof van Cassatie en de Raad van State twee mogelijkheden: hetzij de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine zelf toetsen aan het EVRM, hetzij het EHRM om advies verzoeken en de wetgevende norm daarna zelf toetsen aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies. Ook hier weer op basis van de eerder besproken bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN (zie *supra*, rnr. 69) hetzelfde advies: het Hof van Cassatie en de Raad van State zouden best niet al te snel een dergelijke tweede toetsing van de wetgevende norm uitvoeren.

### 2.1.3. Flowchart

**79.** Deze flowchart visualiseert de eerste oplossing en meer bepaald randnummers 77 en 78 (zie *supra*).



**Flowchart 1.**

## **2.2. Oplossing 2°: combinatie van oplossing 1° en mogelijkheid voor verwijzende rechter tot suggestie aan GwH over noodzaak van EHRM-advies**

### **2.2.1. Grondslag van oplossing**

**80.** De tweede oplossing is een variant van de eerste oplossing. Verder is de inhoud van deze tweede oplossing geïnspireerd op een van de vragen die werden gesteld gedurende een congres aangaande Protocol nr. 16 bij het EVRM. De vraag luidde of het aangewezen zou zijn dat verwijzende rechters bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen motiveren waarom volgens hen een advies van het EHRM noodzakelijk is. Om het besloten karakter en dus de confidentialiteit van dat congres te waarborgen, vermeldt deze masterscriptie niet de naam van de vraagsteller en de naam van het congres (zie *supra*, rnr. 12).

### **2.2.2. Inhoud van oplossing**

**81.** De tweede oplossing bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel is een overname van de eerste oplossing die erin bestaat de huidige regeling in de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM op te nemen in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH (zie *supra*, rnr. 75-78).

**82.** Het tweede onderdeel van de tweede oplossing is waar deze tweede oplossing verschilt van de eerste oplossing. Het tweede onderdeel bestaat erin dat artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zou toelaten dat het verwijzend rechtscollege bij zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting toevoegt waarin het verduidelijkt waarom een verzoek om advies aan het EHRM nodig zou zijn. Elke verwijzende rechter heeft dus twee mogelijkheden: ofwel voegen ze bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting toe waarin ze aangeven waarom volgens hen een verzoek om advies aan het EHRM noodzakelijk is ofwel stellen ze aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag zonder een dergelijke uiteenzetting. Het verdere verloop van elk van deze twee mogelijkheden zet deze masterscriptie in de volgende randnummers uiteen. Om het verdere verloop van deze twee mogelijkheden te verduidelijken, bevat dit onderdeel aan het einde twee flowcharts (zie *infra*, rnr. 85).

**83.** Bij de eerste mogelijkheid bindt de uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies het Grondwettelijk Hof niet. Het Grondwettelijk Hof kan dus zelf beslissen om al dan niet het verzoek om advies aan het EHRM te richten.

Indien het Grondwettelijk Hof een advies vraagt van het EHRM en dat vervolgens verkrijgt, is het raadzaam dat het Grondwettelijk Hof dit advies in rekening neemt bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof kan de verwijzende rechter (dus ook het Hof van Cassatie en de Raad van State) op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm zelf nog toetsen aan het EVRM en desgevallend het verkregen EHRM-advies. Echter adviseer ik, opnieuw op basis van de bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN (zie *supra*, rnr. 69), de verwijzende rechter om deze tweede toetsing niet al te vaak uit te voeren.

Indien het Grondwettelijk Hof heeft besloten om geen verzoek om advies te vragen van het EHRM, zijn er twee mogelijke vervolgsenario's. In het eerste scenario betreft de verwijzende rechter een lager rechtscollege dat niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft. Indien het Grondwettelijk Hof de suggestie van deze lagere verwijzende rechter om een verzoek om advies te vragen van het EHRM niet opvolgt dan heeft deze lagere rechter niet de mogelijkheid om een verzoek om advies te richten aan het EHRM nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord. Enkel hoogste rechtscolleges kunnen immers van het EHRM advies vragen (zie *supra*, rnr. 18 en 19). Voor België zijn dat (enkel) het Hof van Cassatie, de Raad van State afdeling Bestuursrechtspraak en het Grondwettelijk Hof.<sup>213</sup> Wel heeft de verwijzende rechter op basis van de Smeerkaas-doctrine de mogelijkheid om de wetgevende norm zelf nog te toetsen aan het EVRM nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord. Echter is het raadzaam voor de verwijzende rechter om niet al te snel over te gaan tot deze tweede toetsing (zie *supra*, rnr. 69). In het tweede scenario betreft de verwijzende rechter het Hof van Cassatie of de Raad van State. Indien het Grondwettelijk Hof de suggestie van het Hof van Cassatie en de Raad van State om advies te vragen van het EHRM niet opvolgt dan hebben deze verwijzende rechters twee mogelijkheden: ofwel de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine zelf toetsen aan het EVRM ofwel het EHRM om advies vragen en daarna de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine zelf toetsen aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies. Ook hier adviseer ik, op basis van de bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN, het Hof van Cassatie en de Raad van State om niet te snel over te gaan tot deze tweede toetsing van de wetgevende norm (zie *supra*, rnr. 69).

**84.** Ook bij de tweede mogelijkheid, die erin bestaat dat de verwijzende rechter een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof zonder daarbij te motiveren waarom volgens hen een EHRM-advies noodzakelijk is (zie *supra*, rnr. 82), heeft het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid om een advies van het EHRM te vragen.

Indien het Grondwettelijk Hof het EHRM om advies vraagt en dat bijgevolg verkrijgt, is het raadzaam dat het Grondwettelijk Hof dit advies in rekening neemt bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Nadat het Grondwettelijk Hof die prejudiciële vraag heeft beantwoord, behoudt de verwijzende rechter (dus ook het Hof van Cassatie en de Raad van State) om de wetgevende norm zelf nog te toetsen aan het EVRM en desgevallend het verkregen EHRM-advies. Echter geef ik hier opnieuw op basis van de bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN (zie *supra*, rnr. 69) hetzelfde advies aan de verwijzende rechter over deze tweede toetsing van de wetgevende norm: oefen deze tweede toetsing niet al te vaak uit.

Indien het Grondwettelijk Hof het EHRM niet om advies vraagt, moet opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen twee scenario's: ofwel betreft de verwijzende rechter een lager rechtscollege ofwel betreft de verwijzende rechter het Hof van Cassatie of de Raad van State. In het eerste scenario

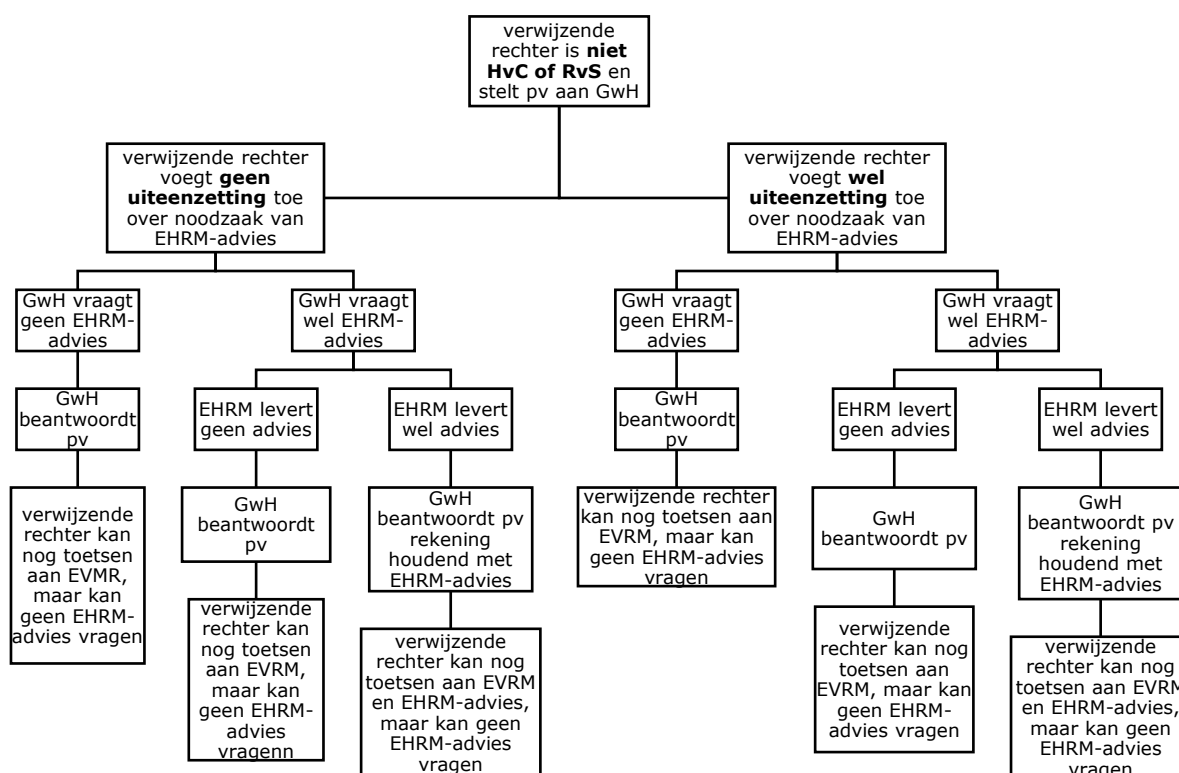
---

<sup>213</sup> MvT bij wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *Parl. St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001, 6; Verklaring van België die vervat is in de akte van bekrachtiging neergelegd op 22 november 2022 bij de Secretaris-generaal van de Raad van Europa (Council of Europe, *Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023)).

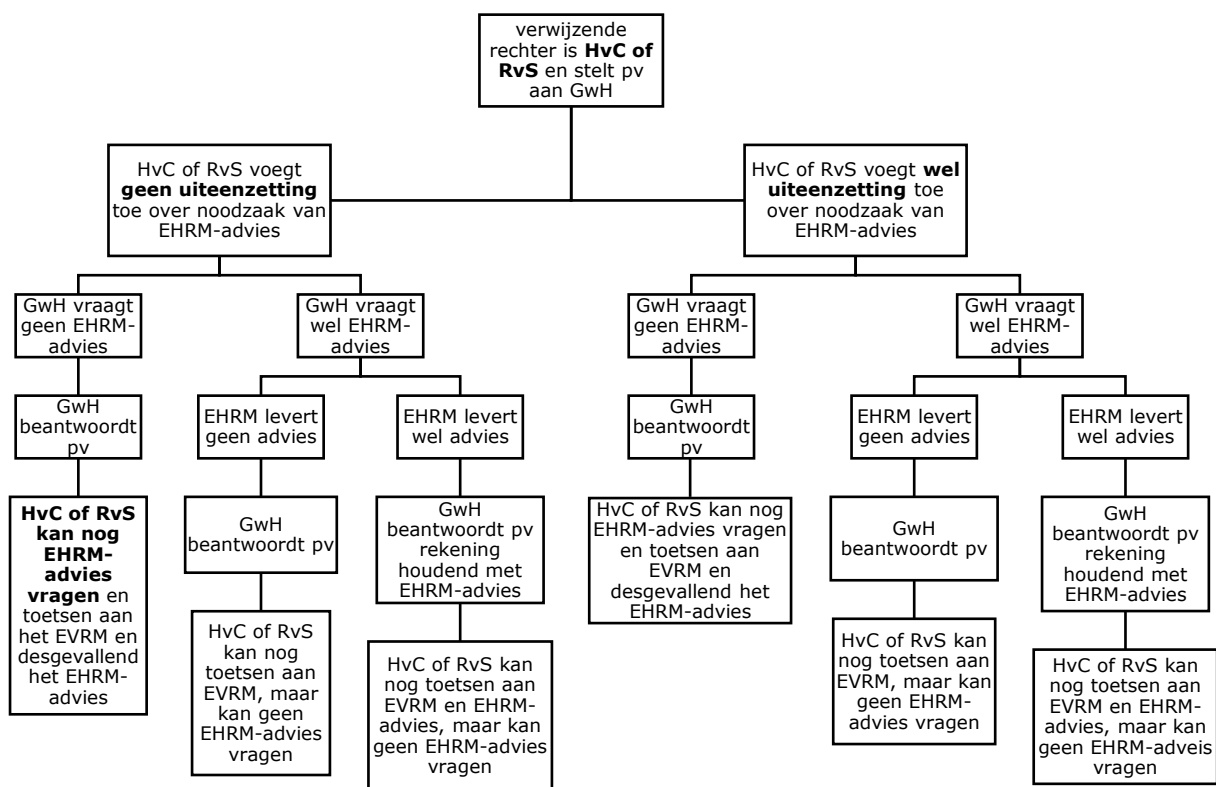
betreft de verwijzende rechter een lager rechtscollege dat niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, heeft deze lagere rechter niet de mogelijkheid om het EHRM om advies te verzoeken. Wel behoudt de verwijzende rechter de mogelijkheid om op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm alsnog zelf te toetsen aan het EVRM maar is het niet aangeraden om deze tweede toetsing vaak uit te voeren (zie *supra*, rnr. 69). In het tweede scenario betreft de verwijzende rechter het Hof van Cassatie of de Raad van State. Indien het Grondwettelijk Hof het EHRM niet om advies verzoekt dan hebben deze verwijzende rechters twee mogelijkheden: de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine zelf toetsen aan het EVRM of een EHRM-advies vragen en de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine daarna zelf toetsen aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies. Ook hier raad ik, weer op basis van de bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN (zie *supra*, rnr. 69), het Hof van Cassatie en de Raad van State aan om niet te snel over te gaan tot deze tweede toetsing.

### 2.2.3. Flowchart

**85.** Deze twee flowcharts visualiseren de tweede oplossing en meer bepaald randnummers 83 en 84 (zie *supra*). De eerste flowchart geldt indien de verwijzende rechter die een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft. De tweede flowchart geldt indien de verwijzende rechter wel het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft.



**Flowchart 2.1.**



Flowchart 2.2.

## 2.3. Oplossing 3<sup>o</sup>: verzoek om advies aan EHRM tegelijk met prejudiciële vraag aan GwH

### 2.3.1. Grondslag van oplossing

**86.** De derde oplossing steunt op het veelbesproken<sup>214</sup> arrest Melki en Abdeli van 22 juni 2010 van het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>215</sup> In dat arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag van het Franse Hof van Cassatie beantwoord. In essentie vroeg deze laatste of de met artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vergelijkbare Franse voorrangsregeling (bekend onder de naam *Question Prioritaire de Constitutionnalité*) in overeenstemming was met artikel 267 VWEU (prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Unie).<sup>216</sup>

**87.** De Franse voorrangsregeling is neergelegd in artikel 61-1 van de Franse Grondwet en verder uitgewerkt in Titel IIbis van de Beschikking nr. 58-1067 van 7 november 1958 betreffende de organieke wet op de Constitutionele Raad.<sup>217</sup> Wanneer een partij in het bodemgeding opwerpt dat een wetgevende norm de rechten en vrijheden in de Franse Grondwet<sup>218</sup> schendt,<sup>219</sup> dan dient de Franse rechter na te gaan of drie voorwaarden zijn voldaan.<sup>220</sup> Deze drie voorwaarden zijn: de bestreden wetgevende bepaling is van toepassing op het geschil of vormt de grondslag van de vervolging; de Franse Constitutionele Raad (*Conseil Constitutionnel*) heeft de wetgevende norm niet reeds grondwettig verklaard; en de gestelde vraag moet ernstig zijn.<sup>221</sup> Indien de Franse rechter een lagere rechter betreft (dus niet het Franse Hof van Cassatie of de Raad van State) en deze drie voorwaarden zijn vervuld dan zendt de rechter de grondwettigheidsvraag naar het Franse Hof van

<sup>214</sup> Zie onder andere: J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht" in W. PAS, P. PEETERS en W. VERRIJDT (eds.), *Liber Discipulorum André ALEN*, Brugge, die Keure, 2015, (409) 420-423; J. SPREUTELS, "Droits fondamentaux en concours et concours des questions préjudicielles. La Cour constitutionnelle et la jurisprudence Melki et Chartry de la Cour de justice de l'Union européenne" in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN en W. VERRIJDT (eds.), *Liberæ cogitationes: liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013, 681-694; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry" in V. ALLAERTS, L. BOUTELIGIER, E. JANSSENS en J. VERSTRAETE (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (87) 99-103; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *European Constitutional Law Review* 2011, volume 7, nr. 3, 355-391; J. VELAERS, "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht", *RW* 2010-11, nr. 19, 770-794; T. MOONEN, "Joined cases C-188/10 and C-189/10, proceedings against Aziz Melki and Sélim Abdeli: or how the last shall be the first: the court of justice rules on priority constitutional review", *The Columbia Journal of European Law* 2011, volume 17, nr. 1, 129-149; en G. MARTI, "L'arrêt Melki de la Cour de justice, la clef d'un pluralisme constitutionnel renforcé? CJUE, gde ch., 22 juin 2010, Melki et Abdeli", *RAE* 2009-10, nr. 4, 889-904.

<sup>215</sup> HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

<sup>216</sup> *Ibid.*, overw. 22 en 31.

<sup>217</sup> Art. 61-1 Constitution de la République française du 4 octobre 1958 bepaalt: "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.". Chapitre IIbis (art. 23-1 tot art. 23-12) van Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JO 9 novembre 1958, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000705065> werkt deze bepaling verder uit.

<sup>218</sup> Het betreft niet enkel de rechten en vrijheden in de Franse Grondwet, maar ook de rechten en vrijheden die vervat zitten in de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, de Préambule van de Franse Grondwet van 1946 en het *Charte de l'environnement de 2004* (zie <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F21088#:~:text=Qu'est%2Dce%20qu'une%20QPC%20%3F,le%20proc%3%A8s%20est%20en%20cours.>).

<sup>219</sup> De rechter mag niet uit eigen beweging, dus ambsthelvé, een grondwettigheidsvraag stellen (Art. 23-1, eerste lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

<sup>220</sup> Art. 23-2, eerste en tweede lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>221</sup> Artikel 23-2, eerste lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Cassatie (indien het een rechtbank is in het civielrechtelijk of strafrechtelijk contentieux) of naar de Raad van State (indien het een administratieve rechtbank is).<sup>222</sup> Indien de partij naast een vraag van overeenstemming van de wetgevende bepaling met de rechten en vrijheden in de Franse Grondwet ook een vraag van overeenstemming van de wetgevende bepaling met de internationale verplichtingen van Frankrijk opwerpt (lees: internationaal recht en EU-recht), moet de rechter voorrang geven aan de grondwettigheidsvraag en derhalve de grondwettigheidsvraag voorleggen aan hetzij het Franse Hof van Cassatie hetzij de Franse Raad van State.<sup>223</sup> Vervolgens beslist het Franse Hof van Cassatie of de Franse Raad van State om al dan niet de grondwettigheidsvraag voor te leggen aan de Franse Constitutionele Raad.<sup>224</sup> Na het onderzoek van de grondwettigheidsvraag door de Franse Constitutionele Raad blijft de verwijzende rechter bevoegd om de overeenstemming van de wetgevende norm met de internationale verplichtingen van Frankrijk te onderzoeken.<sup>225</sup>

Een partij kan ook voor het eerst in cassatie, voor het Franse Hof van Cassatie of de Franse Raad van State, opwerpen dat de wetgevende norm de rechten en vrijheden in de Franse Grondwet schendt.<sup>226</sup> Ook hier moet het Hof van Cassatie of de Raad van State beslissen om al dan niet de grondwettigheidsvraag te stellen aan de Franse Constitutionele Raad.<sup>227</sup> Indien een partij in cassatie zowel een grondwettigheidsvraag als een vraag van overeenstemming van de wetgevende bepaling met de internationale verplichtingen van Frankrijk opwerpt, moet het Franse Hof van Cassatie of de Franse Raad van State voorrang geven aan de grondwettigheidsvraag en eerst beslissen om deze al dan niet voor te leggen aan de Franse Constitutionele Raad.<sup>228</sup> Na het eventuele onderzoek van de grondwettigheidsvraag door de Franse Constitutionele Raad blijft het verwijzende Franse Hof van Cassatie of de verwijzende Franse Raad van State bevoegd om de overeenstemming van de wetgevende norm met de internationale verplichtingen van Frankrijk te onderzoeken.<sup>229</sup> Indien de Franse Constitutionele Raad de wetgevende bepaling ongrondwettig verklaart dan trekt hij die wetgevende bepaling in met ingang van de datum van de bekendmaking van de uitspraak van de Constitutionele Raad of met ingang van een in die uitspraak bepaalde latere datum.<sup>230</sup>

**88.** De Franse *Question Prioritaire de Constitutionnalité* is dus net zoals de Belgische samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH een voorbeeld van een voorrangregeling waarin de vraag over de overeenstemming met de Grondwet prioritair is aan de vraag over de

---

<sup>222</sup> Artikel 23-2 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>223</sup> Artikel 23-2, tweede lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel bepaalt: "*En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.*" (eigen onderlijning)".

<sup>224</sup> Artikel 23-4 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>225</sup> Conseil Constitutionnel (Franse Grondwettelijk Raad) 3 december 2009, nr. 2009-595, overw. 14 en 22 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009595DC.htm>).

<sup>226</sup> Artikel 23-5, eerste en tweede lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>227</sup> Artikel 23-5, derde lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>228</sup> Artikel 23-5, tweede lid Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel bepaalt: "*En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.*" (eigen onderlijning)".

<sup>229</sup> Conseil Constitutionnel (Franse Grondwettelijk Raad) 3 december 2009, nr. 2009-595, overw. 14 en 22 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009595DC.htm>).

<sup>230</sup> Art. 62 Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

overeenstemming met internationaal of Europees recht. Beide voorrangsregelingen leiden ertoe dat, wanneer in het bodemgeding wordt opgeworpen dat een wetgevende akte zowel de grondwet als het EU of internationaal recht schendt, de bodemrechter eerst de vraag over de overeenstemming met de grondwet moet voorleggen aan het grondwettelijk hof.<sup>231</sup>

**89.** Op basis van artikel 267 VWEU kunnen, en soms moeten, de nationale rechtscolleges van de EU-lidstaten prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de interpretatie van primair EU-recht en over de geldigheid en interpretatie van secundair EU-recht. Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen nationale rechtscolleges waartegen beroep kan worden ingesteld op basis van nationaal recht enerzijds en nationale rechtscolleges waartegen geen beroep kan worden ingesteld op basis van nationaal recht anderzijds. De eerste groep van nationale rechtscolleges hebben in beginsel een loutere mogelijkheid om een prejudiciële vraag aangaande de interpretatie van primair en secundair EU-recht te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De tweede groep van nationale rechtscolleges zijn in beginsel verplicht een prejudiciële vraag betreffende de interpretatie van primair en secundair EU-recht te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Over de geldigheid van secundair EU-recht dienen alle nationale rechtscolleges, ongeacht of een beroep tegen de uitspraken ervan kan worden ingesteld, verplicht een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>232</sup>

**90.** De overeenstemming van de Franse voorrangsregeling met artikel 267 VWEU was aan de orde in het arrest Melki en Abdeli omdat het Hof van Justitie van de Europese Unie artikel 267 VWEU zodanig uitlegt dat elk nationaal rechtscollege op elk passend ogenblik al dan niet ambsthalfve een prejudiciële vraag moet (kunnen) stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Een voorrangsregeling, zoals de Franse, lijkt op het eerste gezicht strijdig hiermee omdat de bodemrechter eerst de grondwettigheidsvraag moet stellen aan het grondwettelijk hof voordat hij de prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Op die manier lijkt de nationale bodemrechter van de mogelijkheid te worden ontnomen om op elk passend ogenblik een prejudiciële vraag te mogen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>233</sup>

Waarop het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Melki en Abdeli dus antwoord geeft is de vraag of artikel 267 VWEU zich ertegen verzet dat nationale bodemrechters eerst een prejudiciële vraag aan het grondwettelijke hof moeten stellen en pas na dit onderzoek van de

---

<sup>231</sup> J. VELAERS, "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht", *RW* 2010-11, nr. 19, (770) 776. Hoewel de Franse *Question prioritaire de constitutionnalité* van artikel 61-1 van de Franse Grondwet en de Belgische samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zijn gegrond op hetzelfde beginsel, zijnde de voorrang van de grondwettigheidstoets, bestaan er toch enkele opvallende verschillen tussen beide voorrangsregelingen. Voor een uitgebreide analyse van deze verschillen zie J. VELAERS, "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht", *RW* 2010-11, nr. 19, (770) 774-776.

<sup>232</sup> Voor een uitgebreidere bespreking van de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (art. 267 VWEU) zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Mortsels, Intersentia, 2023, 698-712 en 738-739 en M. BROBERG en N. FENGER, "Preliminary References", in R. SCHUTZE en T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 981-1010.

<sup>233</sup> J. VELAERS, "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht", *RW* 2010-11, nr. 19, (770) 776 en 779.



grondwettigheidsvraag een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het is dus de verhouding en meer bepaald de volgorde tussen een nationale voorrangsregeling en de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in dit arrest specificeert.

**91.** Die verhouding is vergelijkbaar met de verhouding tussen de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en de adviesprocedure voor het EHRM van Protocol nr. 16 bij het EVRM. De samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH is immers een voorrangsregeling net zoals de Franse *Question Prioritaire de Constitutionnalité* die aan de orde was in het arrest Melki en Abdeli (zie *supra*, rnr. 88). Verder geeft Protocol nr. 16 bij het EVRM een mogelijkheid aan een nationaal rechtscollege om raad te vragen van een supranationaal rechtscollege, net zoals dat het geval is bij de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU dat aan de orde was in het arrest Melki en Abdeli. Bij Protocol nr. 16 bij het EVRM betreft dat supranationaal rechtscollege het EHRM. Bij de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU betreft dat supranationaal rechtscollege het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>234</sup> Vanwege deze vergelijkbaarheid tussen de verhouding die aan de orde is in het arrest Melki en Abdeli (Franse voorrangsregeling en prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU voor het Hof van Justitie van de Europese Unie) en de verhouding die aanleiding geeft tot de centrale probleemstelling van deze masterscriptie (Belgische voorrangsregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en adviesprocedure voor het EHRM in Protocol nr. 16 bij het EVRM; zie *supra*, rnr. 6-8) haalt deze masterscriptie inspiratie uit het arrest Melki en Abdeli voor de oplossing van deze probleemstelling.

**92.** In het arrest Melki en Abdeli oordeelt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat artikel 267 VWEU zich niet verzet tegen een voorrangsregeling, zoals die in Frankrijk geldt, zolang deze voorrangsregeling voldoet aan vier voorwaarden. Ten eerste moeten de nationale bodemrechters op elk passend ogenblik, ook na een incidentele procedure van de grondwettigheidstoetsing, prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>235</sup> Ten tweede moeten de nationale bodemrechters, hangende de incidentele procedure van het grondwettigheidsonderzoek, alle voorlopige maatregelen kunnen nemen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van EU-rechten.<sup>236</sup> Ten derde moeten de nationale bodemrechters, nadat het grondwettelijk hof heeft geoordeeld dat de wetgevende bepaling niet in strijd is met de grondwet, bevoegd blijven om de in het geding zijnde wetgevende bepaling toch buiten toepassing te laten wegens onverenigbaarheid met het EU-recht.<sup>237</sup> De vierde voorwaarde is van toepassing in de situatie waarin de geldigheid van een wetgevende bepaling aan de orde is die de omzetting vormt van een dwingende bepaling van een EU-richtlijn. In dat geval staat niet enkel de geldigheid van een wetgevende bepaling maar ook

---

<sup>234</sup> Voor een uitgebreide vergelijking tussen de adviesprocedure voor het EHRM van Protocol nr. 16 bij het EVRM en de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU voor het Hof van Justitie van de Europese Unie zie onder meer: M. DAKA, "Advisory Opinion and Preliminary Ruling Procedure – A Comparative and Contextual Note", *Journal of Law, Social Sciences and Humanities* 2020, volume 36, nr. 3-4, 298-308; P. GRAGLJ, "(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16", *European Law Review* 2013, volume 38, nr. 2, 229-247; en J. GERARDS, "Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, volume 21, nr. 4, 630-651.

<sup>235</sup> HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, overw. 52 en 57.

<sup>236</sup> *Ibid.*, overw. 53 en 57.

<sup>237</sup> *Ibid.*, overw. 53 en 57.

de geldigheid van de EU-richtlijn ter discussie. Het is dan ook logisch dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Melki en Abdeli zijn vaste Foto Frost-rechtspraak aanhaalt.<sup>238</sup> Daarin heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat enkel het Hof van Justitie van de Europese Unie, en niet de nationale rechtscolleges, de geldigheid van secundair EU-recht (zoals een EU-richtlijn) kan vaststellen.<sup>239</sup> Een nationale voorrangsregeling mag er niet toe leiden dat het Hof van Justitie van de Europese Unie niet meer de mogelijkheid krijgt om zich uit te spreken over de geldigheid van een EU-richtlijn en meer bepaald over de verenigbaarheid van de EU-richtlijn met het primair EU-recht (bv. het VWEU).<sup>240</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie zou deze bevoegdheid kunnen verliezen indien het grondwettelijk hof via de nationale voorrangsregeling eerst de omzettingwet onverenigbaar verklaart met de grondwet.<sup>241</sup> Het is dan ook geen verrassing dat het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende vierde voorwaarde vereist opdat een nationale voorrangsregeling verenigbaar is met artikel 267 VWEU: indien de overeenstemming van een dergelijke nationale omzettingbepaling met een grondrecht aan de orde is, moet eerst het Hof van Justitie van de Europese Unie via de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU de mogelijkheid krijgen zich uit te spreken over de geldigheid van de EU-richtlijn alvorens het nationale grondwettelijk hof via de nationale voorrangsregeling de nationale omzettingbepaling toetst op zijn grondwettigheid.<sup>242</sup>

**93.** Omdat de Franse *Question Prioritaire de Constitutionnalité* vergelijkbaar is met de Belgische samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH was het arrest Melki en Abdeli ook van belang voor de Belgische voorrangsregeling. De rechtsleer was ervan overtuigd dat de voorrangsregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vanaf de aanneming ervan door de bijzondere wetgever in 2009 (zie *supra*, rnr. 61) in overeenstemming was met de vier voorwaarden uit het arrest Melki en Abdeli.<sup>243</sup> Omdat de eerste voorwaarde van het arrest Melki en Abdeli de basis vormt voor de derde oplossing in deze masterscriptie (zie *supra*, rnr. 92; zie *infra*, rnr. 94) bekijkt deze randnummer de overeenstemming van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH met de eerste voorwaarde van het arrest Melki en Abdeli van naderbij. Zo stelde de rechtsleer dat artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in overeenstemming was met de eerste voorwaarde van het arrest Melki en Abdeli (zie *supra*, rnr. 92): artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH verhindert niet dat een rechtscollege tegelijk met of op eender welk later ogenblik dan zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het enige wat de bijzondere wetgever met artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH trachtte te vermijden was dat de gewone hoven en rechtbanken de wetgevende norm zouden toetsen aan Europees of internationaal recht zonder daarbij eerst (en dus vooraf) het Grondwettelijk Hof de

---

<sup>238</sup> *Ibid.*, overw. 54 met verwijzing naar HvJ 22 oktober 1987, nr. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Foto Frost, overw. 15-20.

<sup>239</sup> HvJ 22 oktober 1987, nr. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, overw. 15-20.

<sup>240</sup> HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, overw. 55.

<sup>241</sup> *Ibid.*, overw. 55.

<sup>242</sup> *Ibid.*, overw. 56.

<sup>243</sup> Zie onder meer: A. RIZZO, "Les incertitudes du juge face au concours de droits fondamentaux", *RBDC* 2012, nr. 2, (115) 127-133; D. KEYAERTS, "De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (47) 66-69; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *European Constitutional Law Review* 2011, (355) 380-383; en J. VELAERS, "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk 'fiat' voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationale en het Europese recht", *RW* 2010-2011, (770) 785-794.

mogelijkheid te geven de wetgevende norm te toetsen aan Titel II van de Grondwet. Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH verbiedt de gewone rechter dus niet om tegelijk met of op eender welk later moment dan hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie op voorwaarde dat de verwijzende rechter het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof afwacht alvorens hij de wetgevende norm zou toetsen aan het Europees recht rekening houdend met het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>244</sup>

Ondanks dat de rechtsleer artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in overeenstemming beschouwde met de eerste voorwaarde van het arrest Melki en Abdeli voegde de bijzondere wetgever in 2014 aan artikel 26, § 4, eerste lid Bijz.W.GwH toe dat de bodemrechter tegelijk met of op elk later tijdstip dan zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof prejudiciële vragen kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>245</sup> Vandaar dat de laatste zin van huidig artikel 26, § 4, eerste lid Bijz.W.GwH (zie *supra*, nr. 35) bepaalt dat de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop van grondrechten "(...) *geen afbreuk [doet] aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijktijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen (...)* (eigen onderlijning)".<sup>246</sup>

### 2.3.2. Inhoud van oplossing

**94.** De derde oplossing is geïnspireerd op de eerste voorwaarde dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Melki en Abdeli vereist voor de verenigbaarheid van voorrangregelingen met de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU. Deze eerste voorwaarde houdt in dat de nationale bodemrechter op elk ogenblik een prejudiciële vraag moet kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie *supra*, nr. 92). Dit houdt onder meer in dat de nationale bodemrechter *tegelijk* met zijn prejudiciële vraag aan het nationale grondwettelijk hof een prejudiciële vraag moet kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> A. RIZZO, "Les incertitudes du juge face au concours de droits fondamentaux", *RBDC* 2012, nr. 2, (115) 128-130; D. KEYAERTS, "De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (47) 68; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *European Constitutional Law Review* 2011, (355) 381; en J. VELAERS, "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk 'fiat' voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationale en het Europese recht", *RW* 2010-2011, (770) 785-786.

<sup>245</sup> Zo bepaalt het Voorstel van bijzondere wet (P. MAHOUX, D. CLAES, C. DEFRAIGNE, B. ANCIAUX, M. CHERON, M. TAELEMAN, F. DELPEREE en F. PIRYNS) tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *Parl.St.* Senaat 2013-14, 5-2438/1, 13: "Hoewel artikel 26, § 4, van de bijzondere wet in zijn huidige formulering reeds in overeenstemming is met het Europees Unierecht (...) Teneinde elke discussie uit te sluiten, is het evenwel verkiezelijk om in de tekst van die bepaling te benadrukken dat de gewone rechter niet wordt verhinderd om ook prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.(eigen onderlijning)". Bijz.Wet 4 april 2014 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 15 april 2014; zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze wijziging van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof onder andere T. SOUVERIJNS, "Bijzondere wetgever verduidelijkt de regeling van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof inzake samenloop van grondrechten", *RW* 2013-14, nr. 39, (1523) 1527-1531.

<sup>246</sup> De Franstalige versie van artikel 26, § 4 luidt: "(...) *Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.*(...) (eigen onderlijning)".

<sup>247</sup> J. THEUNIS, "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht" in W. PAS, P. PEETERS en W. VERRIJDT (eds.), *Liber Discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, 2015, (409) 420.

Naar analogie hiermee stelt de derde oplossing voor om het Hof van Cassatie en de Raad van State te verplichten om *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof hun verzoek om advies te richten aan het EHRM indien het Hof van Cassatie en de Raad van State een verzoek om advies willen<sup>248</sup> richten aan het EHRM. De voorgestelde oplossing laat niet toe dat het Hof van Cassatie en de Raad van State naast tegelijk met hun prejudiciële vraag ook op elk later ogenblik van het EHRM advies kunnen vragen. Zo zou het dus niet mogelijk zijn dat het Hof van Cassatie en de Raad van State na het stellen van de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof of na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies richten aan het EHRM. Aldus is het moment waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof het enige en meteen ook het laatste moment waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State een advies van het EHRM kunnen vragen.

**95.** De Raad van State afdeling Wetgeving lijkt in zijn advies over het voorontwerp van wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM ook – wat deze masterscriptie benoemt als – de derde oplossing te suggereren: *“Met name rijst, in het kader van het evenwicht dat die bepaling tot stand wil brengen, de vraag of moet worden geoordeeld: dat het voorbehoud dat in de laatste zin van de voornoemde bepaling wordt geformuleerd over de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, noodzakelijkerwijs a contrario zo moet worden geïnterpreteerd dat het uitsluit dat het Hof van Cassatie en de Raad van State een adviesaanvraag kunnen doen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, naast de prejudiciële vraag die ze prioritair moeten voorleggen aan het Grondwettelijk Hof - wat dus zou impliceren dat ze op een antwoord van dat laatste moeten wachten voordat ze een adviesaanvraag kunnen doen dan wel dat artikel 26, § 4, eerste lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 niet noodzakelijkerwijs uitsluit dat het Hof van Cassatie en de Raad van State een adviesaanvraag doen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, naast [lees als tegelijk met] de prejudiciële vraag die ze aan het Grondwettelijk Hof moeten voorleggen.”* (eigen onderlijning).<sup>249</sup> Wat de Raad van State afdeling Wetgeving zich dus afvraagt is of het mogelijk zou zijn dat het Hof van Cassatie en de Raad van State *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof het verzoek om advies kunnen richten aan het EHRM. Hierbij steunt de Raad van State afdeling Wetgeving op de laatste zin in het eerste lid van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH die de bijzondere wetgever heeft ingevoegd naar aanleiding van het arrest Melki en Abdeli (zie *supra*, rnr. 93). Die laatste zin van dat lid bepaalt dat de bodemrechter *tegelijk* met de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof *of op een later tijdstip* prejudiciële vragen kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie *supra*, rnr. 93).

**96.** Men zou kunnen beargumenteren dat deze masterscriptie de eerste voorwaarde in het arrest Melki en Abdeli (zie *supra*, rnr. 94) niet als inspiratiebron kan gebruiken ter oplossing van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH omdat die eerste voorwaarde en het arrest Melki en Abdeli in het algemeen steunen op een van de specifieke

---

<sup>248</sup> Ter herinnering: hoogste nationale rechtscolleges zijn niet verplicht een verzoek om advies te richten aan het EHRM. Zie art. 1(1) Prot. 16 EVRM: *“Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.* (eigen onderlijning)”.  
<sup>249</sup> Adv.RvS 29 september 2020, nr. 67.896/VR, 18-19.

kenmerken van het EU-recht dat het EVRM niet bezit. Het arrest Melki en Abdeli steunt namelijk op het beginsel van de voorrang van het EU-recht. Dat beginsel houdt in dat het EU-recht steeds voorrang heeft op elke ermee strijdige regel van nationaal recht, ongeacht de plaats van deze nationale norm in de interne normenhiërarchie (dus bv. ook wetgevende normen).<sup>250</sup> In het Simmenthal-arrest stelt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat uit het beginsel van de voorrang van het EU-recht volgt dat elke nationale rechter nationaal recht dat strijdig is met een rechtstreeks werkende bepaling van EU-recht buiten toepassing moet laten.<sup>251</sup> Het oordeel van het Hof van Justitie in het arrest Melki en Abdeli is ingegeven vanuit dit beginsel omdat het onder druk zou komen te staan indien een nationale voorrangswetgeving nationale rechters niet toelaat om *op elk passend ogenblik*, inclusief *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het nationale grondwettelijke hof of na het onderzoek door het nationale grondwettelijk hof van de grondwettigheid van de interne norm, prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie omtrent het EU-recht.<sup>252</sup> Het EVRM is daarentegen een internationaal verdrag. Internationaal recht laat zich niet in met de plaats dat het internationaal recht zou moeten hebben in de nationale normenhiërarchie, met de manier waarop Staten internationaal recht moeten incorporeren in hun nationaal recht en met de rechtsgevolgen van een onverenigbaarheid tussen een norm van internationaal en nationaal recht. Deze keuzes komen volgens het internationaal recht toe aan de Staten.<sup>253</sup> Aangezien het EVRM een internationaal verdrag is, laat het de plaats van het EVRM in de normenhiërarchie, de incorporatie ervan en de rechtsgevolgen van ermee strijdig nationaal recht in de nationale rechtsorde over aan de Verdragsluitende Staten van het EVRM.<sup>254</sup> Vanwege deze aard van het EVRM, die duidelijk verschilt van het EU-recht, zou men kunnen denken dat deze masterscriptie de eerste voorwaarde in het arrest Melki en Abdeli niet kan overnemen ter oplossing van de verhouding tussen artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en Protocol nr. 16 bij het EVRM.

Dat het arrest Melki en Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie is ingegeven vanuit het beginsel van de voorrang van het EU-recht en het EVRM geen gelijkkluidend beginsel kent, vormen mijns inziens echter geen valabele argumenten om te beargumenteren dat deze masterscriptie dat arrest niet kan gebruiken als inspiratiebron ter oplossing van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Als het EVRM neutraal is ten aanzien van de incorporatie ervan, de plaats ervan en de rechtsgevolgen van ermee strijdig nationaal recht (zie *supra*), dan kan

---

<sup>250</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft het beginsel van de voorrang van het EU-recht op strijdig nationaal recht voor het eerst geformuleerd in het bekende arrest Costa/ENEL (HvJ 15 juli 1964, nr. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66). Zie voor een meer uitgebreide bespreking van het arrest Costa/ENEL: K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Morsel, Intersentia, 2023, 552-555 en A. ARENA, "The Twin Doctrines of Primacy and Pre-Emption" in R. SCHUTZE en T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, Oxford University Press, 2018, (300) 302-312.

<sup>251</sup> HvJ 9 maart 1978, nr. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, overw. 21-23 en zie voor uitgebreidere bespreking van het Simmenthal-arrest K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Morsel, Intersentia, 2023, 556-561. In het arrest Poplawski II verduidelijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat deze op basis van het Simmenthal-arrest rustende verplichting op nationale rechters om nationaal recht buiten toepassing te laten indien het strijdig is met EU-recht enkel geldt indien de desbetreffende norm van EU-recht rechtstreekse werking heeft (HvJ 24 juni 2019, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, overw. 60-63).

<sup>252</sup> HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, overw. 52. Zie ook overw. 53 van dit arrest en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Morsel, Intersentia, 2023, 559-560.

<sup>253</sup> S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Morsel, Intersentia, 2021, 78 en J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, Morsel, Intersentia, 2020, 87.

<sup>254</sup> M.E. VILLIGER, *Handbook on the European Convention on Human Rights*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2023, 16-17 en S. BOURGEOIS, "The Implementation of the European Convention on Human Rights at the Domestic Level" in A. COZZI, A. SYKIOTOU, D. RAJSKA, I. KRSTIC, M. FILATOVA, P. BARD en S. BOURGEOIS, *Comparative study on the implementation of the ECHR at the national level*, Belgrade, Council of Europe, 2016, (7) 8-13.

logischerwijs worden beargumenteerd dat het volgens het EVRM en Protocol nr. 16 bij het EVRM aan de Belgische rechtsorde zelf is om te bepalen welk oogenblik ten aanzien van de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof het meest aangewezen is waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State het EHRM om advies kunnen verzoeken. Het EVRM en bij uitbreiding Protocol nr. 16 bij het EVRM staan dus neutraal ten aanzien van de vraag op welk oogenblik ten aanzien van de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof het Hof van Cassatie en de Raad van State een verzoek om advies kunnen richten aan het EHRM.

In verband hiermee zal de aandachtige lezer hebben opgemerkt dat de Raad van State afdeling Wetgeving (zie *supra*, rnr. 95) en deze masterscriptie (zie *supra*, rnr. 94) enkel voorstellen dat het Hof van Cassatie en de Raad van State *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof hun verzoek om advies kunnen richten aan het EHRM. De Raad van State afdeling Wetgeving en deze masterscriptie stellen dus *niet* voor dat het Hof van Cassatie en de Raad van State naast *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof *ook op een later oogenblik* dan hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies aan het EHRM kunnen richten. Echter moeten de nationale bodemrechters volgens de eerste voorwaarde van het arrest Melki en Abdeli op elk passend oogenblik, dus *ook na* een incidentele procedure van de grondwettigheidstoetsing door het nationale grondwettelijk hof, prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>255</sup> Waarom stelt deze masterscriptie (net zoals de Raad van State afdeling Wetgeving) niet voor dat het Hof van Cassatie en de Raad van State naast *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof *ook op elk later oogenblik* dan de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies zouden moeten kunnen richten aan het EHRM? De reden waarom de nationale bodemrechters volgens het arrest Melki en Abdeli op elk passend oogenblik een prejudiciële vraag moeten kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie is ingegeven vanuit de primauteit van het EU-recht. Vanwege de voorrang van het EU-recht moet elke nationale rechter op elk moment ermee strijdig nationaal recht buiten toepassing laten en dus moet hij over het EU-recht op elk oogenblik een vraag kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het EVRM heeft niet diezelfde karakteristiek en vereist dus niet dat elke nationale bodemrechter ermee strijdig nationaal recht op elk oogenblik buiten toepassing moet laten. Het Hof van Cassatie en de Raad van State de mogelijkheid geven om een advies van het EHRM te vragen op elk passend oogenblik naast de mogelijkheid om EHRM-advies *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te vragen, dient derhalve geen hoger doel van het EVRM dat gelijkaardig is aan de primauteit van het EU-recht. Bovendien, toelaten dat het Hof van Cassatie en de Raad van State *tegelijk met én op elk later oogenblik* dan de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof het EHRM om advies kunnen verzoeken, brengt wellicht te veel rechtsonzekerheid met zich mee voor de rechtzoekende. Indien het Hof van Cassatie en de Raad van State *tegelijk met én op elk later oogenblik* dan de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof van het EHRM advies zouden kunnen vragen, zijn er immers zeer veel momenten waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State zich kunnen wenden tot het EHRM.

---

<sup>255</sup> HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, overw. 52. Zie ook overw. 53 van dit arrest en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Mortsel, Intersentia, 2023, 559-560.

**97.** Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State beslist om tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof het EHRM om advies te verzoeken, raad ik aan dat het Grondwettelijk Hof wacht met de beantwoording van de prejudiciële vraag op de uitkomst van de adviesprocedure bij het EHRM. Daarbij zijn twee scenario's denkbaar.

Het eerste scenario houdt in dat het panel het verzoek om advies afwijst. In dat geval zal het Grondwettelijk Hof, na deze beslissing van dit panel, de prejudiciële vraag zonder meer kunnen beantwoorden. Nadat het Grondwettelijk Hof deze vraag heeft beantwoord, kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State op basis van de Smeerkaas-doctrine deze wetgevende norm nog toetsen aan het EVRM. Wel raad ik, op basis van een eerder besproken bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN, het Hof van Cassatie en de Raad van State aan om pas in uitzonderlijke gevallen over te gaan tot deze tweede toetsing van de wetgevende norm (zie *supra*, rnr. 69).

Het tweede scenario houdt in dat het panel het verzoek om advies accepteert waarna het EHRM een advies zal leveren. In dat geval is het aangewezen dat het Grondwettelijk Hof wacht tot het EHRM zijn advies heeft geleverd zodat het Grondwettelijk Hof dit advies vervolgens in rekening kan nemen bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State op grond van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm zelf nog toetsen aan het EVRM en het EHRM-advies. Ook hier adviseer ik het Hof van Cassatie en de Raad van State om niet vaak deze tweede toetsing van de wetgevende norm uit te oefenen (zie *supra*, rnr. 69).

**98.** Voor de volledigheid vermeldt deze masterscriptie nog dat deze derde oplossing impliceert dat, als het Hof van Cassatie of de Raad van State beslist om geen verzoek om advies te richten aan het EHRM tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof, deze laatste nog steeds de bevoegdheid heeft om alsnog van het EHRM advies te vragen. Ook hierbij zijn er twee mogelijke scenario's.

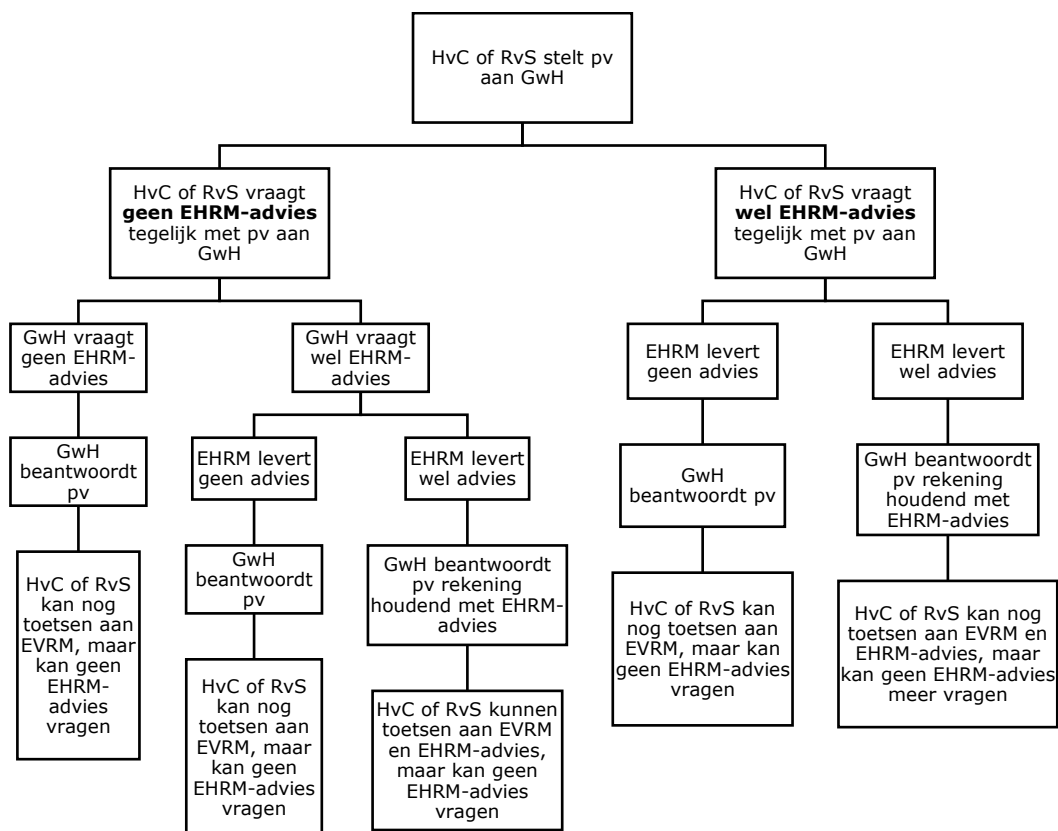
In het eerste scenario beslist het Grondwettelijk Hof om geen verzoek om advies te richten aan het EHRM. In dat geval kan het Grondwettelijk Hof zonder meer de prejudiciële vraag beantwoorden. Nadat het Grondwettelijk Hof die prejudiciële vraag heeft beantwoord, behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State de mogelijkheid om de wetgevende norm zelf nog te toetsen aan het EVRM. Opnieuw zou het raadzaam zijn dat het Hof van Cassatie en de Raad van State enige terughoudendheid aan de dag leggen betreffende (de overgang tot) zo'n tweede toetsing van de wetgevende norm (zie *supra*, rnr. 69).

In het tweede scenario beslist het Grondwettelijk Hof wel om van het EHRM advies te vragen en zijn er vervolgens twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid houdt in dat het panel het verzoek om advies afwijst. In dat geval zal het Grondwettelijk Hof, na deze beslissing van dit panel, de prejudiciële vraag zonder meer kunnen beantwoorden. Na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State volgens de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm zelf nog toetsen aan het EVRM. Echter is het niet aan te raden om al te snel over te gaan tot zo'n tweede toetsing van de wetgevende norm (zie *supra*, rnr. 69). De tweede mogelijkheid houdt in dat het panel het verzoek om advies accepteert. Dit impliceert

dat later het EHRM een advies zal leveren. In dat geval is het aangewezen dat het Grondwettelijk Hof wacht tot het EHRM zijn advies heeft geleverd zodat het Grondwettelijk Hof dit advies in rekening kan nemen bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Na het antwoord van het Grondwettelijk Hof kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State op grond van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm nog toetsen aan het EVRM en het EHRM-advies. Opnieuw: het Hof van Cassatie en de Raad van State zouden niet al te snel moeten over gaan tot een dergelijke tweede toetsing van de wetgevende norm (zie *supra*, rnr. 69).

### 2.3.3. Flowchart

99. Deze flowchart visualiseert de derde oplossing en meer bepaald randnummers 97 en 98 (zie *supra*).



Flowchart 3.



## **2.4. Oplossing 4°: combinatie van oplossingen 2° en 3°**

### **2.4.1. Grondslag van oplossing**

**100.** De vierde oplossing steunt op een combinatie van de tweede en derde oplossing.

**101.** Het eerste onderdeel van de vierde oplossing is een overname van de tweede oplossing (zie *supra*, rnr. 82-84): het verwijzend rechtscollege heeft de mogelijkheid om bij de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting te voegen waarin het motiveert waarom een verzoek om advies aan het EHRM nodig zou zijn. Deze uiteenzetting bindt het Grondwettelijk Hof niet. Het Grondwettelijk Hof kan dus zelf beslissen om al dan niet het EHRM om advies te verzoeken. Het tweede onderdeel van de vierde oplossing is een overname van de derde oplossing (zie *supra*, rnr. 94 en 97-98): het Hof van Cassatie en de Raad van State kunnen tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies richten aan het EHRM indien het Hof van Cassatie en de Raad van State een verzoek om advies willen richten aan het EHRM.

### **2.4.2. Inhoud van oplossing**

**102.** Indien de verwijzende rechter niet het Hof van Cassatie of de Raad van State is, heeft hij twee verschillende opties: (1) hij stelt een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof en motiveert daarbij waarom het raadzaam is dat het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies verzoekt; of (2) hij stelt een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof zonder daarbij te motiveren waarom het Grondwettelijk Hof best een EHRM-advies zou vragen. Voor elk van beide opties zijn er twee mogelijke vervolgsenario's.

In het eerste scenario vraagt het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM. Ofwel accepteert het panel het verzoek om advies, ofwel wijst het panel het verzoek af. Indien het rechterspanel het verzoek om advies accepteert dan is het aangewezen dat het Grondwettelijk Hof wacht met de prejudiciële vraag te beantwoorden totdat het EHRM het advies heeft geleverd. Indien het rechterspanel het verzoek om advies afwijst dan kan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag zonder meer beantwoorden. In beide gevallen (EHRM-advies en geen EHRM-advies) kan de verwijzende rechter op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EHRM en desgevallend (het op verzoek van het Grondwettelijk Hof verkregen) EHRM-advies. Wel raadt deze masterscriptie op basis van een eerder besproken bijdrage van BEHRENDT en VRANCKEN aan de verwijzende rechter aan om niet al te snel over te gaan tot deze tweede toetsing (zie *supra*, rnr. 69).

In het tweede scenario vraagt het Grondwettelijk Hof geen advies van het EHRM. Het Grondwettelijk Hof kan in dat geval zonder meer de prejudiciële vraag beantwoorden. Daarna kan de verwijzende rechter de wetgevende normen op grond van de Smeerkaas-doctrine alsnog toetsen aan het EHRM. Wel is het aangewezen dat de gewone hoven en rechtbanken niet al te vaak overgaan tot een dergelijke tweede toetsing van de wetgevende norm (zie *supra*, rnr. 69).

**103.** Deze combinatie van het eerste en tweede onderdeel van de vierde oplossing zorgt ervoor dat het Hof van Cassatie en de Raad van State drie keuzes hebben: (1) ze geven bij hun prejudiciële

vraag aan het Grondwettelijk Hof aan waarom volgens hen een verzoek om advies aan het EHRM nodig zou zijn; (2) ze richten een verzoek om advies aan het EHRM tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof; of (3) ze beslissen om bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof geen uiteenzetting te voegen waarom volgens hen een verzoek om advies aan het EHRM nodig zou zijn en om geen verzoek om advies aan het EHRM te richten tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Het enige moment waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State aldus de mogelijkheid hebben om het EHRM om advies te verzoeken is het moment waarop ze de prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Op elk later tijdstip (bv. na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof) hebben het Hof van Cassatie en de Raad van State niet meer de mogelijkheid om advies te vragen van het EHRM.

De eerste keuze kan een goede optie zijn in het geval het Hof van Cassatie en de Raad van State niet helemaal zeker zijn over de noodzakelijkheid van een advies van het EHRM maar ze toch de nood hebben om hun twijfels over te maken aan het Grondwettelijk Hof. In dat geval zijn er twee mogelijke vervolgsenario's.

Ofwel stelt het Grondwettelijk Hof geen verzoek om advies aan het EHRM. In dat scenario kan het Grondwettelijk Hof de vraag zonder meer beantwoorden. Na het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof hebben het Hof van Cassatie en de Raad van State niet meer de mogelijkheid om een verzoek om advies aan het EHRM te richten maar kunnen ze de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine wel nog toetsen aan het EHRM. Wel is het aangeraden aan het Hof van Cassatie en de Raad van State om niet al te vaak over te gaan tot deze tweede toetsing (zie *supra*, rnr. 69).

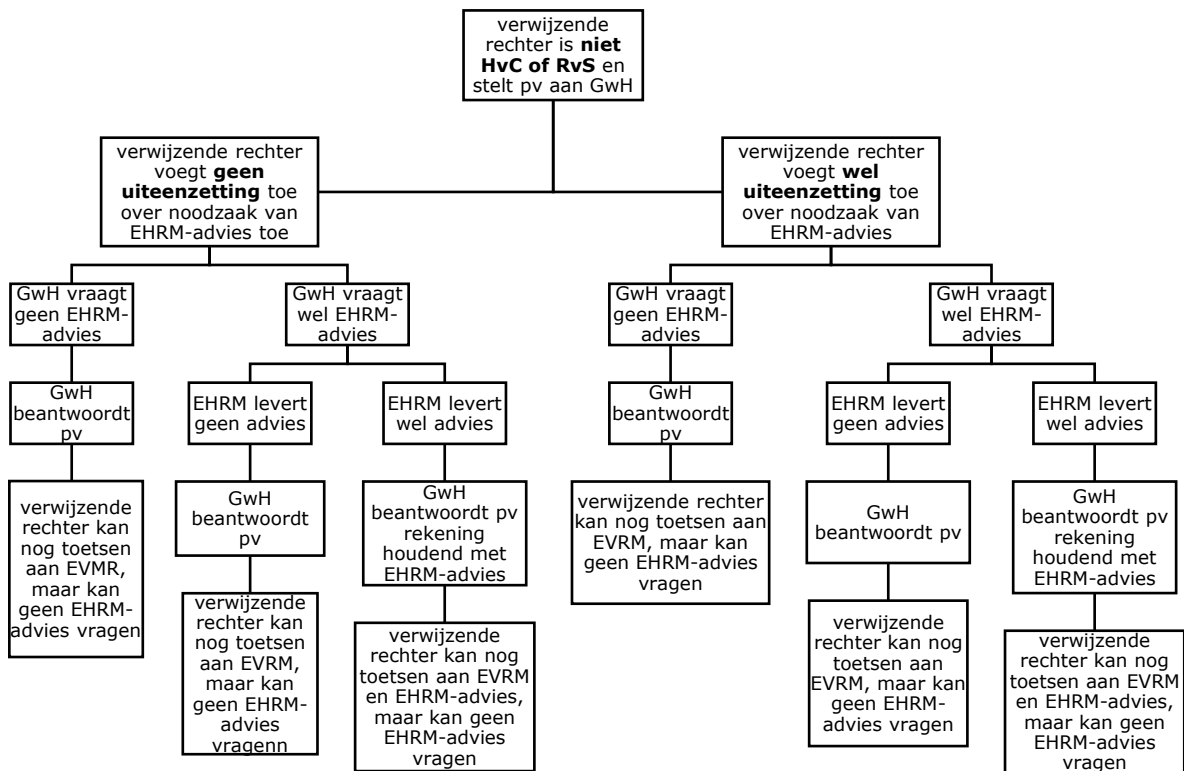
Ofwel vraagt het Grondwettelijk Hof wel advies van het EHRM. Als het panel het verzoek om advies afwijst, zal het Grondwettelijk Hof na deze beslissing van het panel de prejudiciële vraag zonder meer kunnen beantwoorden. Als het panel het verzoek accepteert dan is het aangewezen dat het Grondwettelijk Hof wacht met de beantwoording van de prejudiciële vraag tot het EHRM zijn advies heeft geleverd. Het Grondwettelijk Hof neemt dan best dit advies in rekening bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. In beide gevallen (advies of geen advies) behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State op grond van de Smeerkaas-doctrine om na het antwoord van het Grondwettelijk Hof de wetgevende norm zelf nog te toetsen aan het EHRM en desgevallend het EHRM-advies. Opnieuw: het is aanbevolen dat het Hof van Cassatie en de Raad van State deze tweede toetsing niet al te vaak uitvoeren (zie *supra*, rnr. 69).

Voor het verder verloop van de tweede keuze verwijst deze masterscriptie terug naar een van de randnummers bij de derde oplossing (zie *supra*, rnr. 97). Voor het verdere verloop van de derde keuze grijpt deze masterscriptie terug naar een van de randnummers van de derde oplossing (zie *supra*, rnr. 98).

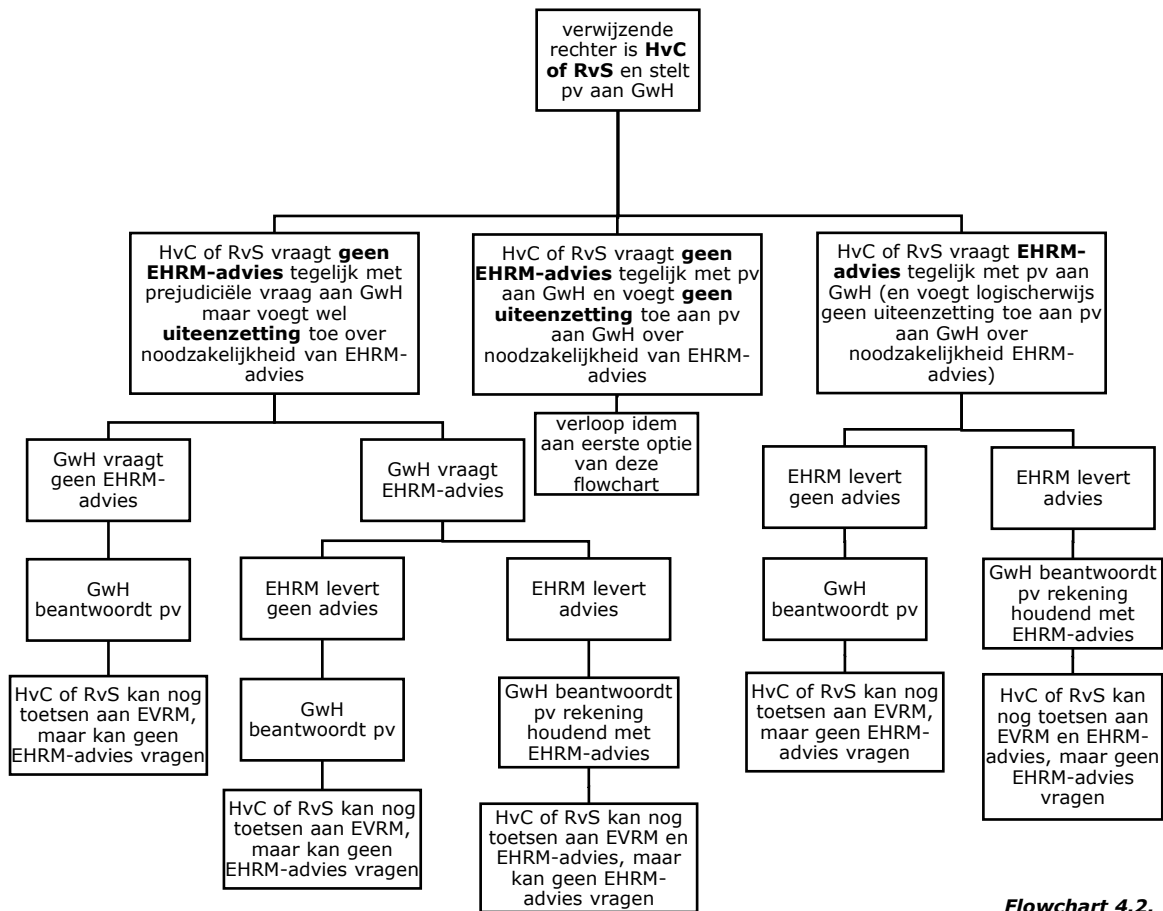
### **2.4.3. Flowchart**

**104.** De volgende twee flowcharts visualiseren de vierde oplossing en meer bepaald randnummers 102 en 103 (zie *supra*). De eerste flowchart is van toepassing indien de verwijzende rechter die een

prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft. De tweede flowchart geldt indien de verwijzende rechter wel het Hof van Cassatie of de Raad van State is.



**Flowchart 4.1.**



**Flowchart 4.2.**



## **HOOFDSTUK 3. EVALUATIE VAN VOORGESTELDE OPLOSSINGEN**

### **3.1. Evaluatie van oplossing 1°**

**105.** De eerste oplossing is naar mijn mening in overeenstemming met het eerste evaluatiecriterium. De oplossing behoudt namelijk de volgorde van toetsing. Omdat het Hof van Cassatie of de Raad van State eerst een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof krijgt eerst het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid om de wetgevende norm te toetsen aan de grondrechten van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met de analoge bepalingen van het EVRM en desgevallend het op verzoek van het Grondwettelijk Hof verkregen EHRM-advies). Na dit prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof kan het Hof van Cassatie of de Raad van State in theorie de wetgevende norm alsnog zelf toetsen aan het EVRM en eventueel het (op verzoek van hetzij het Grondwettelijk Hof, hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

**106.** Mijns inziens is de eerste oplossing echter niet proceseconomisch en voldoet daarom niet aan het tweede evaluatiecriterium. Volgens de eerste oplossing is het namelijk zo dat artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zou bepalen dat het Hof van Cassatie en de Raad van State eerst een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof en dat ze na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM kunnen vragen. Bij deze regeling blijft het Grondwettelijk Hof immers ook bevoegd om verzoeken om advies te richten aan het EHRM. Dit impliceert dat, wanneer het Hof van Cassatie of de Raad van State een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof in een zaak waarin de bestreden wetgevende bepaling ook aanleiding geeft tot een principieel vraagstuk omtrent de rechten en vrijheden van het EVRM of zijn bijhorende Protocollen, het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM kan vragen. Het kan natuurlijk ook zijn dat het Grondwettelijk Hof in dergelijke gevallen het EHRM toch niet om advies zal verzoeken zodat het Hof van Cassatie en de Raad van State de mogelijkheid zouden hebben om advies van het EHRM te vragen nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord. Ongeacht welke van de twee scenario's zich zouden voordoen (het Grondwettelijk Hof vraagt EHRM-advies vs. het Hof van Cassatie of de Raad van State vraagt een EHRM-advies nadat Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord), beide scenario's tonen aan dat de eerste oplossing niet proceseconomisch is. De reden hiervoor is dat eerst het Hof van Cassatie en de Raad van State een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof en pas na dat moment kan een rechtscollege (hetzij het Grondwettelijk Hof, hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord) een advies vragen van het EHRM.

### **3.2. Evaluatie van oplossing 2°**

**107.** Zoals hierna zal blijken, behoudt de tweede oplossing naar mijn mening de volgorde van toetsing van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en is dus verenigbaar met het eerste evaluatiecriterium.

Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State de rechter is die een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof (eventueel met een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies) dan krijgt het Grondwettelijk Hof eerst de kans om de wetgevende norm te toetsen aan de fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met analoge

grondrechten van het EVRM en desgevallend het op verzoek van het Grondwettelijk Hof verkregen EHRM-advies). Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, kan het Hof van Cassatie of de Raad van State nog een advies van het EHRM vragen (indien het Grondwettelijk Hof nog geen advies heeft gevraagd van het EHRM) en kunnen ze de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en desgevallend het (op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

Indien de rechter die een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stelt (eventueel met een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies) niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft dan krijgt ook hier weer het Grondwettelijk Hof eerst de kans om de wetgevende norm te toetsen aan de fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met de analoge mensenrechtenbepalingen van het EVRM en eventueel het op verzoek van het Grondwettelijk Hof verkregen EHRM-advies). Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, kan de verwijzende rechter de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en het eventueel (op verzoek van het Grondwettelijk Hof verkregen) EHRM-advies.

**108.** De tweede oplossing is gesteund op de eerste oplossing in die zin dat volgens de tweede oplossing, net zoals volgens de eerste oplossing, het Hof van Cassatie of de Raad van State eerst de prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof en nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord ze de bevoegdheid hebben om van het EHRM advies te vragen. Het enige verschilpunt tussen de tweede oplossing en de eerste oplossing is dat de verwijzende rechter (i.e. het Hof van Cassatie en de Raad van State en alle lagere rechtscolleges) bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen uiteenzetten waarom volgens hen een EHRM-advies noodzakelijk lijkt. Omdat de tweede oplossing quasi hetzelfde is als de eerste oplossing blijft de conclusie dezelfde als bij de eerste oplossing: de tweede oplossing is niet proceseconomisch omdat, net zoals bij de eerste oplossing, het Hof van Cassatie of de Raad van State eerst een prejudiciële vraag moet stellen aan het Grondwettelijk Hof (al dan niet vergezeld van een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies) en pas daarna kan een rechtscollege (hetzij het Grondwettelijk Hof, hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State nadat Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord) een advies vragen van het EHRM.

### **3.3. Evaluatie van oplossing 3°**

**109.** De derde oplossing is mijns inziens verenigbaar met het eerste evaluatiecriterium. De oplossing respecteert namelijk de volgorde van toetsing. Doordat het Hof van Cassatie of de Raad van State een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof (eventueel tegelijk met hun verzoek om advies aan het EHRM) krijgt eerst het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid om de wetgevende norm te toetsen aan de grondrechten van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met het analoge grondrecht in het EVRM en desgevallend het op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen EHRM-advies). Na dit prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof kan het Hof van Cassatie of de Raad van State in theorie de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en eventueel het (op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

**110.** Men zou kunnen beargumenteren dat de derde oplossing niet in overeenstemming is met het eerste evaluatiecriterium omdat het Hof van Cassatie of de Raad van State verplicht is om *tegelijk* met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies te richten aan het EHRM indien het Hof van Cassatie of de Raad van State een dergelijk EHRM-advies wil<sup>256</sup> bekomen. De derde oplossing zou op die manier afbreuk doen aan de prioriteit van het grondwettigheidsonderzoek zoals is neergelegd in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en derhalve niet voldoen aan het eerste evaluatiecriterium.

Dit zou mijns inziens een incorrecte redenering zijn. De derde oplossing respecteert mijns inziens dus wél de volgorde van toetsing van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en dus het eerste evaluatiecriterium. De rechtsleer beargumenteerde reeds kort na de invoering van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in 2009 dat de bijzondere wetgever met deze bepaling een loutere *volgorde van toetsing* beoogde en *geen volgorde van prejudiciële vraagstelling*. Met artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH trachtte de bijzondere wetgever namelijk louter in de toekomst te vermijden wat het Hof van Cassatie had gedaan in zijn arresten van 9 en 16 november 2004: dat de gewone hoven en rechtbanken (en vooral het Hof van Cassatie) de wetgevende norm zouden toetsen aan mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht zonder eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof en dus zonder het prejudicieel arrest af te wachten. De woorden "(...) *dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen* (...) (eigen onderlijning)" in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH (zie *supra*, rnr. 35)<sup>257</sup> betekenen voor de verwijzende rechter dus 'vooraleer zelf de wetgevende norm te toetsen aan Europees of internationaal recht, moet hij een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en het prejudicieel arrest afwachten' en niet 'vooraleer zelf een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, moet hij een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof afwachten'. Samengevat, al vanaf de aanname van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in 2009 sluit deze bepaling niet uit dat de verwijzende rechter samen met zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende het EU-recht (met het vooruitzicht op een latere toetsing door de verwijzende rechter of het Grondwettelijk Hof van de wetgevende norm aan het EU-recht) (zie ook *supra*, rnr. 93).<sup>258</sup>

Naar analogie hiermee kan volgens mij worden beargumenteerd dat, als artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vanaf zijn aanname in 2009 een loutere volgorde van toetsing en niet een volgorde van prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof en aan het Hof van Justitie van de Europese Unie instelde, dan beoogt artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH ook slechts een volgorde van toetsing en niet een volgorde

---

<sup>256</sup> Ter herinnering: hoogste nationale rechtscolleges zijn niet verplicht een verzoek om advies te richten aan het EHRM. Zie art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.*(eigen onderlijning)".

<sup>257</sup> De Franstalige versie van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH luidt: "(...) *la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle* (...) (eigen onderlijning)".

<sup>258</sup> 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, nr. 7, (387) 401-402. Zie ook D. KEYAERTS, "De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (47) 67-68 en M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *European Constitutional Law Review* 2011, volume 7, nr. 3, (355) 380-381.



tussen de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof en het verzoek om advies aan het EHRM. Net zoals artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH niet verhindert dat een rechter tegelijk met zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, verhindert artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH naar analogie hiermee niet dat het Hof van Cassatie en de Raad van State tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM kunnen vragen. Mijn redenering vindt steun bij VERDUSSEN, VAN DROOGHENBROECK en JADOT. Zij stellen in bondige bewoordingen dat artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH er zich niet tegen verzet dat het Hof van Cassatie en de Raad van State tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies kunnen richten aan het EHRM aangezien artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH (al vanaf zijn totstandkoming) toelaat dat een verwijzende rechter samen met zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>259</sup>

**111.** In tegenstelling tot de eerste en de tweede oplossing is de derde oplossing naar mijn mening wél proceseconomisch en dus verenigbaar met het tweede evaluatiecriterium. In tegenstelling tot de eerste en de tweede oplossing valt het eerste moment waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State volgens de derde oplossing advies kunnen vragen van het EHRM niet slechts nadat het Hof van Cassatie en de Raad van State een prejudiciële vraag hebben gesteld aan het Grondwettelijk Hof. De derde oplossing verplicht namelijk het Hof van Cassatie en de Raad van State om een verzoek om advies aan het EHRM te richten (indien ze een EHRM-advies opportuun achten)<sup>260</sup> tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Bij de eerste en de tweede oplossing moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en pas na deze prejudiciële vraagstelling kan een rechtscollege (hetzij het Grondwettelijk Hof hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord) een advies vragen van het EHRM. Gelet op het feit dat het EHRM na gemiddeld 9 maanden een advies levert,<sup>261</sup> kan de procedure bij de derde oplossing dus enkele maanden korter duren en dus efficiënter zijn dan de procedures bij de eerste en de tweede oplossing.

---

<sup>259</sup> C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK, en M. VERDUSSEN, "Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme ?" in J. SAMBON (ed.), *L'environnement, le droit et le magistrat*, Brussel, Larcier, 2021, (379) 401.

<sup>260</sup> Ter herinnering: hoogste nationale rechtscolleges zijn niet verplicht een verzoek om advies te richten aan het EHRM. Zie art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.*(eigen onderlijning)".

<sup>261</sup> In totaal heeft het EHRM tot op vandaag de dag (28 juli 2023) zes adviezen geleverd (zie European Court of Human Rights, *Advisory Opinions*, <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions#:~:text=to%20the%20Convention-Protocol%20No.,Convention%20or%20the%20protocols%20thereto> (laatste consultatie op 28 juli 2023)). Voor de berekening van de gemiddelde duurtijd waarna het EHRM deze adviezen heeft geleverd werd voor elk van de adviezen de tijdspanne berekend tussen de dag waarop het EHRM het verzoek om advies heeft geaccepteerd en de dag waarop het EHRM het advies heeft geleverd. De adviezen waren afkomstig van de volgende landen. De twee corresponderende datums en de tijdspanne in dagen tussen deze twee tijdstippen zijn de volgende: Frankrijk 3/12/2018-10/4/2019 (128d); Armenië 02/10/2019-29/05/2020 (240d); Litouwen 25/01/2021-08/04/2022 (438d); Armenië 10/05/2021-26/04/2022 (351d); Frankrijk 31/05/2021-13/07/2022 (408d); en Finland 07/11/2022-13/04/2023 (157d). Het gemiddelde van deze tijdspanne in dagen kan worden bekomen door deze zes tijdspannes in dagen op te tellen en te delen door zes (zes is het aantal adviezen): 128d + 240d + 438d + 351d + 408d + 157d = 1722d. 1722d : 6 = 287d. De gemiddelde tijdspanne tussen de dag waarop het EHRM het verzoek om advies heeft geaccepteerd en de dag waarop het EHRM het advies heeft geleverd, is 287d. Omgerekend naar maanden bedraagt deze tijdspanne 9,4292 maanden ofwel 9 maanden en 13 dagen.

VAN DROOGHENBROECK, VERDUSSEN, BRUCHER en JADOT lijken mijn standpunt te delen. Zo vraagt VAN DROOGHENBROECK zich in een bijdrage van 2023 af of de regeling in de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM (zie *supra*, rnr. 7275; deze regeling vormt de basis van de eerste en de tweede oplossing in deze masterscriptie) wel verenigbaar is met de vereiste om uitspraak te doen binnen een redelijke termijn. Vervolgens maakt hij de opmerking dat de rechtzoekende maanden zou kunnen worden bespaard indien het Hof van Cassatie en de Raad van State tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een advies kunnen vragen van het EHRM (deze suggestie is vergelijkbaar met de derde oplossing van deze masterscriptie).<sup>262</sup> BRUCHER en VERDUSSEN stellen in een bijdrage van 2021 dat, vanwege de verplichting voor de Belgische hoogste rechtscolleges om uitspraak te doen binnen een redelijke termijn, het onwenselijk zou zijn dat het Hof van Cassatie en de Raad van State niet tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM zouden mogen vragen.<sup>263</sup> In een andere bijdrage van 2021 herhalen VERDUSSEN en VAN DROOGHENBROECK samen met JADOT dat de goede rechtsbedeling en de vereiste van een redelijke termijn vereisen dat het Hof van Cassatie en de Raad van State tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof adviezen van het EHRM moeten kunnen vragen.<sup>264</sup>

### 3.4. Evaluatie van oplossing 4°

**112.** Zoals hierna zal blijken, respecteert de vierde oplossing naar mijn mening de volgorde van toetsing van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH en voldoet daarmee aan het eerste evaluatiecriterium.

Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State de rechter is die een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof (eventueel tegelijk met een verzoek om advies aan het EHRM of eventueel met een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies) dan krijgt eerst het Grondwettelijk Hof de kans om de wetgevende norm te toetsen aan de fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met analoge grondrechten van het EVRM en desgevallend het op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen EHRM-advies). Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, kan het Hof van Cassatie of de Raad van State in theorie de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en desgevallend het (op verzoek van hetzij het Grondwettelijk Hof, hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

Indien de rechter die een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft (eventueel vergezeld met een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies) dan krijgt eerst het Grondwettelijk Hof de kans om de wetgevende norm te toetsen aan de grondrechten van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met de analoge mensenrechtenbepalingen van internationaal of Europees recht en eventueel het op verzoek van het

---

<sup>262</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, "Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme (1 er janvier 2022 - 1 er janvier 2023)", *JT* 2023, nr. 17, (277) 278.

<sup>263</sup> A. BRUCHER en M. VERDUSSEN, "La jurisprudence Le Ski : des lendemains qui chantent ou qui déchantent?", *JT* 2021, nr. 31, (643) 648.

<sup>264</sup> C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK, en M. VERDUSSEN, "Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme ?" in J. SAMBON (ed.), *L'environnement, le droit et le magistrat*, Brussel, Larcier, 2021, (379) 400.

Grondwettelijk Hof geleverde EHRM-advies). Daarna kan de verwijzende rechter de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies.

Verder geldt de randnummer 110 bij de derde oplossing ook voor deze vierde oplossing aangezien de vierde oplossing steunt op de derde oplossing.

**113.** Echter is de vierde oplossing naar mijn mening niet proceseconomisch en dus niet verenigbaar met het tweede criterium voor zover de vierde oplossing de keuze laat aan het Hof van Cassatie en de Raad van State om, in het geval zij ervan overtuigd zijn dat een EHRM-advies opportuun is, bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof hetzij te motiveren waarom volgens hen een EHRM-advies noodzakelijk is hetzij het EHRM om advies te verzoeken. Indien het Hof van Cassatie en de Raad van State ervan overtuigd zijn dat een EHRM-advies opportuun is maar tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof geen advies van het EHRM vragen maar wel een uiteenzetting toevoegen over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies, dan kan slechts het Grondwettelijk Hof daaropvolgend een advies van het EHRM vragen. Aldus duurt in dat geval de procedure minstens een paar maanden langer dan dat het Hof van Cassatie en de Raad van State in dat geval tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof het EHRM om advies hadden verzocht.

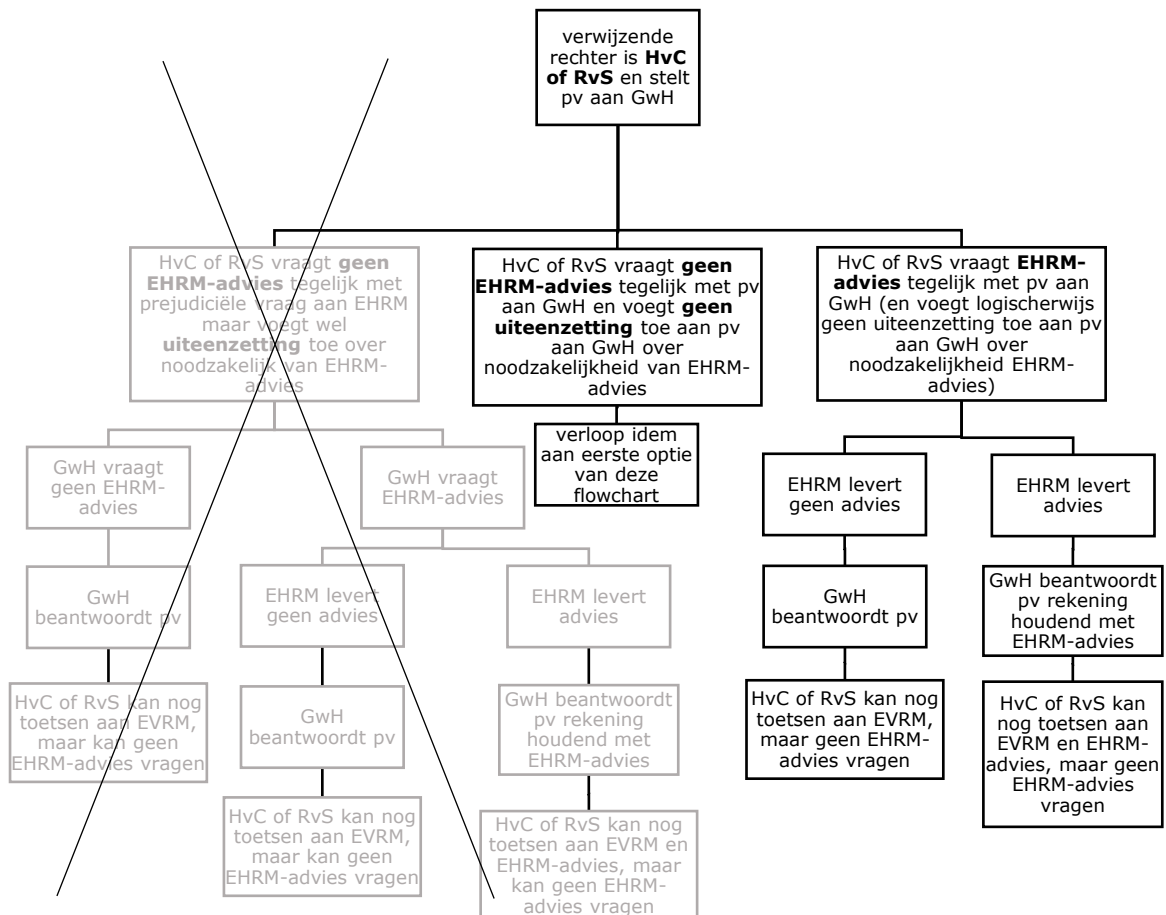
Het criterium van de proceseconomie verzet er zich niet tegen dat lagere rechtscolleges (i.e. alle rechtscolleges behalve het Hof van Cassatie en de Raad van State) wel bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen motiveren waarom volgens hen het raadzaam is dat het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies moet vragen. Deze lagere rechtscolleges zijn namelijk niet bevoegd om advies van het EHRM te vragen (zie *supra*, rnr. 18-19). Verder heeft de mogelijkheid voor de lagere rechtscolleges om bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies toe te voegen specifieke voordelen. Het zou de toepassing van het EVRM en de raadpleging van de EHRM-rechtspraak door de lagere rechters kunnen bevorderen, wat bijdraagt aan de inhoudelijke doelstelling van Protocol nr. 16 bij het EVRM (zie *supra*, rnr. 34). Ook zou het kunnen leiden tot een dialoog tussen de lagere verwijzende rechters en het Grondwettelijk Hof omtrent de noodzakelijkheid van EHRM-adviezen en dus over principiële vraagstukken betreffende grondrechten (zie *supra*, rnr. 23-25). Deze voordelen dragen bovendien ook bij aan de ambitie van deze masterscriptie: op de best mogelijke manier de rechtsbescherming van de burger tegen wetgevende normen waarborgen (zie *supra*, rnr. 13).

Aldus vergt de proceseconomie van de vierde oplossing dat het Hof van Cassatie en de Raad van State (in tegenstelling tot de andere, lagere rechtscolleges) niet de mogelijkheid mogen krijgen om bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te motiveren waarom volgens hen een EHRM-advies noodzakelijk is. Zij zouden enkel de mogelijkheid mogen krijgen om tegelijk met hun prejudiciële vraag van het EHRM advies te vragen (indien ze een dergelijk advies opportuun achten)<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Ter herinnering: hoogste nationale rechtscolleges zijn niet verplicht een verzoek om advies te richten aan het EHRM. Zie art. 1(1) Prot. 16 EVRM: "Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to

Om de vierde oplossing in overeenstemming te brengen met het tweede evaluatiecriterium past deze masterscriptie de vierde oplossing, zoals deze is uiteengezet in het derde hoofdstuk, in deze mate aan. Na deze aanpassing verdwijnt de eerste optie (doorkruist en licht grijs) van flowchart 4.2. (zie *supra*, rnr. 104). De aangepaste flowchart 4.2. behoudt dus enkel de tweede en derde optie (zwart) en ziet er als volgt uit:



*the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.*(eigen onderlijning)".



## CONCLUSIE

**114.** Deze masterscriptie heeft onderzoek gevoerd naar de mate waarin de bijzondere wetgever de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zou moeten wijzigen ter implementatie van Protocol nr. 16 bij het EVRM. Gelet op de lengte van het gevoerde onderzoek kiest deze masterscriptie voor een uitgebreide samenvattende conclusie.

**115.** Het onderzoek van deze masterscriptie naar mogelijke oplossingen voor de verhouding tussen de adviesprocedure voor het EHRM van Protocol nr. 16 bij het EVRM en de samenloopregeling van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH bestaat uit twee stappen. In een eerste stap heeft deze masterscriptie verschillende oplossingen bedacht op basis van een drietal inspiratiebronnen (zie *infra*, rnr. 116-119). In een tweede stap heeft deze masterscriptie deze aangereikte oplossingen geëvalueerd (zie *infra*, rnr. 120-122). Enkel die oplossingen die voldoen aan de geselecteerde evaluatiecriteria beveelt deze masterscriptie in de vorm van voorstellen tot wijziging van art. 26, § 4 Bijz.W.GwH aan de bijzondere wetgever aan (zie *infra*, rnr. 123 en 124-138).

**116.** Een eerste mogelijke oplossing is een opname in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH van de huidige regeling in de memorie van toelichting bij de wet houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het EVRM. Volgens die memorie van toelichting moeten het Hof van Cassatie en de Raad van State eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof wanneer zij worden geconfronteerd met een situatie van samenloop van grondrechten en een principiële vraag over de interpretatie of toepassing van fundamentele rechten en vrijheden in het EVRM of de bijhorende Protocollen en, nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State zelf van het EHRM advies vragen (indien het Grondwettelijk Hof dit niet reeds heeft gedaan) en de wetgevende norm op basis van de Smeerkaas-doctrine zelf nog toetsen aan het EVRM en desgevallend het (op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

**117.** Een tweede mogelijke oplossing bestaat uit twee onderdelen. Voor het eerste onderdeel volgt deze oplossing de eerste oplossing: het Hof van Cassatie en de Raad van State moeten eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, kunnen het Hof van Cassatie en de Raad van State zelf het EHRM om advies verzoeken (indien het Grondwettelijk Hof dit niet reeds heeft gedaan) en de wetgevende norm op basis van het Smeerkaas-arrest zelf nog toetsen aan het EVRM en eventueel het (op verzoek van hetzij het Grondwettelijk Hof hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

Het tweede onderdeel van deze oplossing is geïnspireerd op een vraag die werd gesteld tijdens een congres over Protocol nr. 16 bij het EVRM.<sup>266</sup> De vraag luidde of het wenselijk zou zijn dat verwijzende rechters bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kunnen motiveren waarom volgens

---

<sup>266</sup> Omdat dat congres een besloten karakter heeft, vermeldt deze masterscriptie niet de naam van de vraagsteller en de naam van het congres. Op die manier waarborgt deze masterscriptie de confidentialiteit van dat congres. Verder benadrukt deze masterscriptie dat de organisator van het congres telefonisch heeft toegestemd met het gebruik van een van de discussievragen van dat congres als inspiratiebron voor mogelijke oplossingen ter regeling van de verhouding tussen Protocol nr. 16 bij het EVRM en artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

hen het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM moet vragen. Aldus bestaat het tweede onderdeel van de tweede mogelijke oplossing erin dat artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH uitdrukkelijk bepaalt dat het verwijzend rechtscollege (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) bij zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting mag voegen waarin hij verduidelijkt waarom het Grondwettelijk Hof van het EHRM een advies zou moeten vragen. Een dergelijke uiteenzetting is niet bindend voor het Grondwettelijk Hof.

Indien de verwijzende rechter het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft dan hebben zij twee mogelijkheden: (1) ofwel stellen ze een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof (2) ofwel geven ze bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof aan waarom volgens hen EHRM-advies nodig is. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State de bevoegdheid om van het EHRM advies te vragen (indien het Grondwettelijk Hof niet reeds om advies heeft verzocht) en om op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm te toetsen aan het EVRM en desgevallend het (op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

Indien de verwijzende rechter niet het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft maar elke andere, lagere rechter dan heeft hij twee opties: (1) ofwel stelt hij een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof zonder te motiveren waarom het raadzaam is dat het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies zou vragen; (2) ofwel stelt hij een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk en motiveert hij daarbij waarom het Grondwettelijk Hof best een EHRM-advies zou vragen. Na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof kan de verwijzende rechter op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en eventueel het (op verzoek van het Grondwettelijk Hof verkregen) EHRM-advies. In tegenstelling tot het Hof van Cassatie en de Raad van State kunnen de lagere rechtscolleges, indien het Grondwettelijk Hof geen EHRM-advies heeft gevraagd, geen advies van het EHRM vragen nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord. Enkel hoogste rechtscolleges van de Verdragsluitende Staten kunnen het EHRM immers om advies verzoeken.

**118.** Een derde mogelijke oplossing is geïnspireerd op het arrest Melki en Abdeli van 22 juni 2010. Daarin heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat de met artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vergelijkbare Franse voorrangregeling in overeenstemming is met de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Unie vervat in artikel 267 VWEU indien de voorrangregeling aan vier voorwaarden voldoet. De eerste voorwaarde houdt in dat de nationale bodemrechters op elk passend ogenblik, inclusief tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het grondwettelijk hof, prejudiciële vragen moeten kunnen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Naar analogie met deze eerste voorwaarde van het arrest Melki en Abdeli stelt de derde mogelijke oplossing voor dat het Hof van Cassatie en de Raad van State, indien zij een verzoek om advies willen richten aan het EHRM, dit verzoek aan het EHRM richten tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Het enige moment waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State dus advies kunnen vragen van het EHRM is tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State geen verzoek om advies hebben gericht aan

het EHRM tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het EHRM kan het Grondwettelijk Hof ook nog steeds een advies vragen. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State volgens de Smeerkaas-doctrine de mogelijkheid om de wetgevende norm alsnog te toetsen aan het EVRM en eventueel het (op vraag van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

**119.** Een vierde oplossing bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel is een overname van een deel van de tweede oplossing: verwijzende rechtscolleges (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) kunnen bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting toevoegen waarin ze motiveren waarom een verzoek om advies aan het EHRM nodig zou zijn. Het tweede onderdeel is een overname van de derde oplossing: het enige moment waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State een advies van het EHRM kunnen vragen is tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof.

Indien de verwijzende rechter het Hof van Cassatie of de Raad van State betreft, heeft hij drie verschillende opties: (1) hij beslist om bij zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof niet aan te geven waarom een EHRM-advies nodig zou zijn en om geen advies te vragen van het EHRM; (2) hij verzoekt het EHRM om advies tegelijk met zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof; of (3) hij beslist om bij zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof aan te geven waarom een EHRM-advies nodig is. Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State geen advies hebben gevraagd van het EHRM of louter een uiteenzetting hebben toegevoegd aan hun prejudiciële vraag over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies, kan het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM vragen. Verder behouden het Hof van Cassatie en de Raad van State op basis van de Smeerkaas-doctrine de bevoegdheid om, na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof, de wetgevende norm alsnog te toetsen aan het EVRM en eventueel het (op vraag van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

Indien de verwijzende rechter niet het Hof van Cassatie of de Raad van State is, heeft hij twee verschillende opties: (1) hij stelt een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof zonder te motiveren waarom het raadzaam is dat het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies verzoekt; en (2) hij stelt een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof en geeft daarbij aan waarom het Grondwettelijk Hof best een EHRM-advies zou vragen. Het Grondwettelijk Hof kan beslissen, maar is niet verplicht, om een advies van het EHRM te vragen. Nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord, kan de verwijzende rechter op basis van de Smeerkaas-doctrine de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies.

**120.** Deze masterscriptie heeft twee evaluatiecriteria geselecteerd waaraan de oplossingen moeten voldoen alvorens deze masterscriptie deze oplossingen aan de bijzondere wetgever aanbeveelt.

**121.** Het eerste evaluatiecriterium is de idee van een volgorde van toetsing in geval van samenloop van grondrechten zoals is gewaarborgd door artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH: eerst moet het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid hebben de wetgevende norm te toetsen aan de fundamentele rechten en vrijheden van Titel II van de Grondwet en na het prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof kan de verwijzende rechter alsnog de wetgevende norm toetsen aan analoge



mensenrechtenbepalingen van Europees of internationaal recht met rechtsreekse werking. Alle vier de oplossingen respecteren deze volgorde van toetsing. Bij alle oplossingen moet de rechter (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof waardoor het Grondwettelijk Hof eerst de mogelijkheid krijgt om de wetgevende norm te toetsen aan de grondrechten van Titel II van de Grondwet (in samenhang gelezen met het analoge grondrecht in het EVRM en desgevallend het op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen EHRM-advies). Na dit prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof kan de verwijzende rechter (inclusief het Hof van Cassatie en de Raad van State) de wetgevende norm alsnog toetsen aan het EVRM en eventueel het (op verzoek van het Grondwettelijk Hof dan wel het Hof van Cassatie of de Raad van State verkregen) EHRM-advies.

De derde en vierde oplossing verdienen in dit verband meer aandacht. Men zou kunnen denken dat deze twee oplossingen afbreuk doen aan de prioriteit van het grondwettigheidsonderzoek zoals is neergelegd in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH omdat het Hof van Cassatie en de Raad van State volgens deze oplossingen verplicht zijn om tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een advies van het EHRM te vragen indien het Hof van Cassatie en de Raad van State een dergelijk EHRM-advies opportuun achten. Dit zou mijns inziens echter een foute redenering zijn. Vanaf de invoering van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof in 2009 stelt de rechtsleer namelijk dat deze bepaling een loutere volgorde van toetsing instelt en geen volgorde van prejudiciële vraagstelling. Artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH laat het dus toe dat de verwijzende rechter tegelijk met of op elk ogenblik later dan zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende het EU-recht. Als artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vanaf zijn aanneming in 2009 een loutere volgorde van toetsing en niet een volgorde van prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof en aan het Hof van Justitie van de Europese Unie beoogde, dan beoogt artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH vanaf zijn aanneming in 2009 naar analogie hiermee ook slechts een volgorde van toetsing en niet een volgorde tussen de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof en het verzoek om advies aan het EHRM. Aldus zijn de derde en vierde oplossing naar mijn mening niet in strijd met de volgorde van toetsing in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

**122.** Het tweede evaluatiecriterium vereist dat de oplossingen zo efficiënt mogelijk en dus zo proceseconomisch mogelijk zijn.

Volgens de eerste en de tweede oplossing moeten het Hof van Cassatie of de Raad van State eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof en pas na deze prejudiciële vraagstelling kan een van de hoogste rechtscolleges (hetzij het Grondwettelijk Hof hetzij het Hof van Cassatie of de Raad van State nadat Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord) een advies vragen van het EHRM. Het eerst mogelijke moment waarop een van de drie hoogste rechtscolleges van het EHRM advies kan vragen bij de derde oplossing is veel eerder dan bij de eerste en tweede oplossing: de derde oplossing verplicht namelijk het Hof van Cassatie en de Raad van State om tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een verzoek om advies aan het EHRM te richten indien ze een EHRM-advies opportuun achten.

De vierde oplossing is niet proceseconomisch in zoverre de vierde oplossing het Hof van Cassatie en de Raad van State, in het geval zij ervan overtuigd zijn dat een EHRM-advies opportuun is, de mogelijkheid geeft om ofwel bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te motiveren waarom volgens hen een EHRM-advies noodzakelijk is ofwel tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof het EHRM om advies te verzoeken. Als het Hof van Cassatie of de Raad van State ervoor kiest om tegelijk met de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof geen advies van het EHRM te vragen maar wel bij de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies toe te voegen, dan kan slechts het Grondwettelijk Hof daaropvolgend een advies van het EHRM vragen. Het moment waarop een EHRM-advies is verzocht, valt dus in dat geval een paar maanden later dan dat het Hof van Cassatie en de Raad van State in dat geval tegelijk met hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof van het EHRM een advies hadden verzocht. Om in overeenstemming te zijn met het criterium van de proceseconomie moet de vierde oplossing zo worden aangepast dat het Hof van Cassatie en de Raad van State niet de mogelijkheid hebben om bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te motiveren waarom volgens hen een EHRM-advies noodzakelijk is maar enkel de mogelijkheid hebben om tegelijk met hun prejudiciële vraag een EHRM-advies te vragen indien ze een dergelijk advies opportuun achten.

De proceseconomie verzet er zich verder niet tegen dat de vierde oplossing alle lagere rechtscolleges (i.e. alle rechtscollege behalve het Hof van Cassatie en de Raad van State) de mogelijkheid geeft om bij hun prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te motiveren waarom volgens hen het raadzaam is dat het Grondwettelijk Hof een EHRM-advies moet vragen. Deze lagere rechtscolleges zijn immers niet bevoegd om advies van het EHRM te vragen (zie *supra*, rnr. 1819).

**123.** De derde oplossing en, mits een kleine aanpassing (zie *supra*, rnr. 122), de vierde oplossing zijn de twee enige oplossingen die naar mijn mening aan beide evaluatiecriteria voldoen. Aldus beveelt deze masterscriptie de bijzondere wetgever aan om een van deze twee oplossingen in te voegen in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Hieronder doet deze masterscriptie voor elk van beide oplossingen een voorstel tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.



## AANBEVELINGEN

**124.** Gelet op deze conclusie (en meer bepaald zie *supra*, rnr. 123) beveelt deze masterscriptie de bijzondere wetgever de derde of mits kleine aanpassing (zie *supra*, rnr. 113 en 122) de vierde oplossing aan. Voor elk van beide oplossingen doet deze masterscriptie hierna een voorstel tot wijziging van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH: voorstel 1° voor de derde oplossing en voorstel 2° voor de vierde oplossing.

**125.** Om duidelijk te maken in welke mate deze voorstellen het huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH wijzigen, brengt deze masterscriptie de huidige tekst van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH in herinnering (zie ook *supra*, rnr. 35):

« (...)

*§ 4. Lorsqu'est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.*

*Par dérogation à l'alinéa 1er, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :*

*1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3;*

*2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée;*

*3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;*

*4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée. »*

« (...)

*§ 4. Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht 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, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.*

*In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet :*

*1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3;*

*2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is;*

*3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is;*

*4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is. »*

#### **Voorstel 1° tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH**

**126.** Het eerste voorstel betreft de opname van de derde oplossing in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

**127.** De best mogelijke plaats van de derde oplossing in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH lijkt het eerste lid van de huidige bepaling te zijn. Het eerste lid handelt namelijk over de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling in geval van samenloop van grondrechten. Het tweede lid van de huidige bepaling daarentegen geeft de uitzonderingen op deze principiële plicht weer, i.e. de situaties waarin de verwijzende rechter geen prejudiciële vraag moet stellen in geval van samenloop van grondrechten.

**128.** Verder lijkt het aangewezen om de derde oplossing in te voegen na de laatste zin van het eerste lid van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. De laatste zin van het eerste lid handelt immers over de verhouding in geval van samenloop van grondrechten tussen de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof en de prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De derde oplossing beslaat immers ook de verhouding in geval van samenloop van grondrechten tussen de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof en een supranationaal hof, meer bepaald de adviesprocedure voor het EHRM. Door de derde oplossing in te voegen na de laatste zin van het eerste lid van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH groepeerde de bepaling de relaties tussen enerzijds de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop en anderzijds de prejudiciële en adviesprocedures voor de supranationale rechtscolleges.

**129.** Verder adviseert dit voorstel de bijzondere wetgever om artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH te verdelen in drie leden. Op die manier verzamelt het eerste lid de regels over de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop. Het tweede lid bevat de derde oplossing en verzamelt daarmee de verhouding tussen enerzijds de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop en anderzijds de prejudiciële en adviesprocedures voor het Hof van Justitie van de Europese Unie en het EHRM. Het derde lid legt de uitzonderingen vast op de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling.

**130.** Verder kiest mijn voorstel ervoor om de mogelijkheid van het Hof van Cassatie en de Raad van State om over te gaan tot de toetsing van de wetgevende norm aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord niet in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH op te nemen. De reden hiervoor is dat huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH ook niet expliciet bepaalt, maar wel toelaat, dat in geval van samenloop van grondrechten na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof het verwijzend rechtcollege nog de mogelijkheid heeft de wetgevende norm te toetsen aan internationaal of Europees recht (zie *supra*, rnr. 36 en bijhorende voetnoot 115).

**131.** Na toevoeging van deze derde oplossing (vet gedrukt) zou de Nederlandstalige versie van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH als volgt luiden:

« (...)

§ 4. Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht 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, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat.

Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen. **Wanneer voor het Hof van Cassatie of de Raad van State de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht, dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocollen, en de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel aanleiding geeft tot een principiële vraag inzake de uitlegging of toepassing van de rechten en vrijheden van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocollen, dient het Hof van Cassatie of de Raad van State aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State in dat geval een advies inzake een principiële vraag over de uitlegging of toepassing van de rechten en vrijheden van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocollen wilt vragen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dan dient het Hof van Cassatie of de Raad van State tegelijkertijd met de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof advies te vragen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.**

In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet :

1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3;

2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is;

3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is;

4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is. »

De Franstalige versie van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH zou na invoeging van de derde oplossing (vet gedrukt) als volgt luiden:

« (...)

§ 4. Lorsqu'est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue.

Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union

*européenne. Lorsqu'est invoquée devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental, garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, et que la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution donne lieu à une question de principe sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, la Cour de cassation ou le Conseil d'État est tenue de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Dans ce cas, si la Cour de cassation ou le Conseil d'État souhaite demander un avis à la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur une question de principe sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, la Cour de cassation ou le Conseil d'État est tenue de demander un avis à la Cour Européenne des Droits de l'Homme simultanément avec la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.*

*Par dérogation à l'alinéa 1er, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :*

*1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3;*

*2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée;*

*3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;*

*4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée. »*

#### **Voorstel 2° tot wijziging van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH**

**132.** Het tweede voorstel is de opname van de vierde oplossing, zoals aangepast overeenkomstig het vierde hoofdstuk (zie *supra*, rnr. 122 en 113), in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

**133.** Ook voor de vierde oplossing is de best mogelijke plaats het eerste lid van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH. Het eerste lid legt namelijk de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling in geval van samenloop van grondrechten vast. Het tweede lid van deze bepaling bepaalt de uitzonderingen op deze principiële plicht.

**134.** Omdat het tweede onderdeel van de vierde oplossing een overname is van de derde oplossing, heeft het tweede onderdeel van de vierde oplossing dezelfde plaats in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH als de derde oplossing: na de laatste zin van het eerste lid van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH (zie *supra*, rnr. 128).

**135.** Aangezien volgens het eerste onderdeel van de vierde oplossing elke verwijzende rechter, behalve het Hof van Cassatie en de Raad van State (zie *supra*, rnr. 113 en 122), de mogelijkheid moet krijgen om een uiteenzetting over de noodzakelijkheid van een EHRM-advies toe te voegen bij zijn prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof kan de tweede oplossing best worden ingevoegd na de twee eerste zinnen van het eerste lid van huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH.

**136.** Om artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH wat meer te structureren, stelt deze vierde oplossing voor om de bepaling onder te verdelen in drie leden (zie ook *supra*, rnr. 129). Het eerste lid bevat het eerste onderdeel van de vierde oplossing en verzamelt daarmee alle regels over de principiële plicht van prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop. Het tweede lid bevat

het tweede deel van de vierde oplossing en groepeert daardoor de verhouding tussen enerzijds de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof in geval van samenloop en anderzijds de supranationale rechtscolleges (Hof van Justitie van de Europese Unie en het EHRM). Het derde lid verzamelt de uitzonderingen vast op de principiële plicht tot prejudiciële vraagstelling.

**137.** Tot slot kiest mijn voorstel ervoor om niet in artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH uitdrukkelijk neer te leggen dat de verwijzende rechter de wetgevende norm nog kan toetsen aan het EVRM en desgevallend het EHRM-advies nadat het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag heeft beantwoord (zie ook *supra*, rnr. 130). De reden hiervoor is dat huidig artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH ook niet uitdrukkelijk bepaalt, maar wel toelaat, dat in geval van samenloop het verwijzend rechtscollege nog de mogelijkheid heeft de wetgevende norm te toetsen aan internationaal of Europees recht met rechtstreekse werking na de beantwoording van de prejudiciële vraag door het Grondwettelijk Hof (zie *supra*, rnr. 36 en bijhorende voetnoot 114).

**138.** Na toevoeging van deze vierde oplossing (vet gedrukt) zou de Franstalige versie van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH als volgt luiden:

« (...)

*§ 4. Lorsqu'est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. **Lorsqu'est invoquée devant une juridiction, à l'exception de la Cour de cassation et du Conseil d'État, la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental, garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, et que la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution donne lieu à une question de principe sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, la juridiction, à l'exception de la Cour de cassation et du Conseil d'état, est tenue de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Dans ce cas, la juridiction, à l'exception de la Cour de cassation et du Conseil d'état, peut motiver pourquoi la Cour constitutionnelle doit demander un avis à la Cour Européenne des Droits de l'Homme en posant une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Ces motifs de la juridiction sur la nécessité d'un avis de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne lient pas la Cour constitutionnelle.***

*Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. **Lorsqu'est invoquée devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental, garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, et que la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution donne lieu à une question de principe sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat est tenue***



**de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Dans ce cas, si la Cour de cassation ou le Conseil d'État souhaite demander un avis à la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur une question de principe sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de ses Protocoles, la Cour de cassation ou le Conseil d'État est tenue de demander un avis à la Cour Européenne des Droits de l'Homme simultanément avec la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.**

Par dérogation à l'alinéa 1er, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :

1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3;

2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée;

3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;

4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée. »

De Nederlandstalige versie van artikel 26, § 4 Bijz.W.GwH na invoeging van de vierde oplossing (vet gedrukt) zou als volgt luiden:

« (...)

§ 4. Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht 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, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. **Wanneer voor een rechtscollege, met uitzondering van het Hof van Cassatie en de Raad van State, de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht, dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocollen, en de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel aanleiding geeft tot een principiële vraag inzake de uitlegging of toepassing van de rechten en vrijheden van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocollen, dient het rechtscollege, met uitzondering van het Hof van Cassatie en de Raad van State, aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. In dat geval kan het rechtscollege, met uitzondering van het Hof van Cassatie en de Raad van State, bij de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof motiveren waarom het Grondwettelijk Hof van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens advies moet vragen. Deze motivering van het rechtscollege betreffende de noodzakelijkheid van een advies van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bindt het Grondwettelijk Hof niet.**

Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen. **Wanneer voor het Hof van Cassatie of de Raad van State de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht, dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocollen, en de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel aanleiding geeft tot een principiële vraag inzake de uitlegging of toepassing van de rechten en vrijheden van het Europees Verdrag**

**voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocolen, dient het Hof van Cassatie of de Raad van State aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien het Hof van Cassatie of de Raad van State in dat geval een advies inzake een principiële vraag over de uitlegging of toepassing van de rechten en vrijheden van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of de bijhorende Protocolen wilt vragen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dan dient het Hof van Cassatie of de Raad van State tegelijkertijd met de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof advies te vragen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.**

*In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet :*

*1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3;*

*2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is;*

*3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is;*

*4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is. »*



## **BIBLIOGRAFIE**

### **1. Wetgeving**

#### **1.1. Internationaal recht**

##### **1.1.1. Verdragen**

Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 2 oktober 2013.

Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950.

##### **1.1.2. Documenten uitgaande van internationale instellingen**

Committee of Ministers, *nr. CM/Del/Dec(2013)1176/4.4-app23*, 10 juli 2013, [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=09000016805c8403](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016805c8403) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de datum van de uitgave van dit document is onbekend, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_16_explanatory_report_ENG) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Brighton Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 19-20 april 2012, [https://www.echr.coe.int/documents/2012\\_brighton\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf), (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Izmir Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 27 april 2011, [https://www.echr.coe.int/documents/2011\\_izmir\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2011_izmir_finaldeclaration_eng.pdf) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Interlaken Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 19 februari 2010, [https://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15 November 2006, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 11 mei 1994, <https://rm.coe.int/16800cb5e9> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

European Court of Human Rights, *Press Release – The Court has accepted a request for an advisory opinion from the Belgian Conseil d'état*, 16 mei 2023, <https://www.echr.coe.int/w/request-for-advisory-opinion-accepted-1> (laatste consultatie op 16 juli 2023).

European Court of Human Rights, *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention*, goedgekeurd op 18 september 2017 door de voltallige vergadering van het EHRM en laatst geüpdatet op 18 oktober 2021, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

European Court of Human Rights, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Courts Advisory Jurisdiction*, de datum van de uitgave van dit document is onbekend, [https://echr.coe.int/Documents/Courts\\_advisory\\_jurisdiction\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Grand Chamber Registry of the European Court of Human Rights, *Practice followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on Requests for Referral under Article 42 of the Convention*, 2 juni 2021, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/note\\_gc\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/note_gc_eng) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Parliamentary Assembly, *Opinion 285 on the Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 28 juni 2013, <https://pace.coe.int/pdf/c300b44c90a80190353b154641ebd164042ffe7dfcc346b5f255ca16e6662ef6/opinion%20285.pdf> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Registry of the European Court of Human Rights, *Rules of Court*, laatste editie trad in werking op 23 juni 2023, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG) (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Steering Committee for Human Rights, *Draft Protocol No. 16 to the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 28 maart 2012, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045fdf1> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

## **1.2. Belgisch recht**

### **1.2.1. Akten van wetgevende machten**

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

Bijzondere wet 4 april 2014 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 15 april 2014.

Bijzonere wet 12 juli 2009 tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, *BS* 31 juli 2009.

Bijzondere wet 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 11 januari 2003.

Bijzondere wet 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 7 januari 1989.

Wet 30 oktober 2022 houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het EVRM, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *BS* 5 december 2022.

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

### **1.2.2. Voorbereidende documenten**

Adv.RvS 29 september 2020, nr. 67.896/VR.

MvT bij wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/001.

Verslag namens de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de Instellingen over het ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008- 2009, 52-1283/4.

Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden over het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4.

Voorstel van bijzondere wet (MAHOUX, P., CLAES, D., DEFRAIGNE, C., ANCIAUX, B., CHERON, M., Taelman, M., DELPEREE, F. en PIRYNS, F.) tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *Parl.St.* Senaat 2013-14, 5-2438/1.

Voorstel van bijzondere wet (VANDENBERHE, H. en VAN DEN BRANDE, L.) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, 4-12/1.

Voorstel van bijzondere wet (VANDENBERGHE, H., DELEPEREE, F., NYSENS, C. en VAN DEN BRANDE, L.) tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2042/1.

Wetsontwerp houdende instemming met Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2631/004.

### **1.4. Frans recht**

Constitution de la République française du 4 octobre 1958, JO 5 oktober 1958, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>.

Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JO 9 november 1958, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000705065>.

## **2. Rechtspraak**

### **2.1. Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM 2 februari 2016, nr. 18650/05, *Sodan/Turkije* (arrest).

EHRM 13 april 2023, nr. P16-2022-001, Advisory Opinion requested by the Supreme Court of Finland on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult.

EHRM 13 juli 2022, nr. P16-2021-002, Advisory Opinion requested by the French Council of State on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date.

EHRM 26 april 2022, nr. P16-2021-001, Advisory Opinion requested by the Armenian Court of Cassation concerning the statute of limitations and torture.

EHRM 8 april 2022, nr. P16-2020-002, Advisory Opinion requested by the Lithuanian Supreme Administrative Court on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings.

EHRM 29 mei 2020, nr. P16-2019-001, Advisory Opinion requested by the Armenian Constitutional Court concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law.

EHRM 10 april 2019, nr. P16-2018-001, Advisory Opinion requested by the French Court of Cassation concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother.

### **2.2. Hof van Justitie van de Europese Unie**

HvJ 24 juni 2019, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, 'Poplawski II'.

HvJ 22 juni 2010, nr. C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, *Melki en Abdeli*.

HvJ 22 oktober 1987, nr. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, *Foto Frost*.

HvJ 9 maart 1978, nr. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, 'Simmenthal-arrest'.

HvJ 15 juli 1964, nr. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Costa/ENEL.

### **2.3. Grondwettelijk Hof**

GwH 8 december 2022, nr. 162/2022.

GwH 16 december 2021, nr. 183/2021.

GwH 15 maart 2018, nr. 31/2018.

GwH 6 juni 2014, nr. 86/2014.

GwH 21 januari 2009, nr. 13/2009.

GwH 31 juli 2008, nr. 117/2008.

GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008.

GwH 4 maart 2008, nr. 44/2008.

Arbitragehof 21 juni 2006, nr. 104/2006.

Arbitragehof 22 juni 2005, nr. 109/2005.

Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004.

Arbitragehof 20 oktober 2004, nr. 158/2004.

Arbitragehof 15 september 2004, nr. 152/2004.

Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004.

Arbitragehof 12 mei 2004, nr. 84/2004.

Arbitragehof 17 september 2003, nr. 111/2003.

Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003.

Arbitragehof 25 september 2002, nr. 136/2002.

Arbitragehof 8 november 2000, nr. 112/2000.

Arbitragehof 20 april 1999, nr. 48/99.

Arbitragehof 9 november 1995, nr. 76/95.

Arbitragehof 1 december 1993, nr. 83/93.

Arbitragehof 4 juli 1991, nr. 18/91.



Arbitragehof 22 november 1990, nr. 36/90.

Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90.

Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, 'Biorim-arrest'.

#### **2.4. Hof van Cassatie**

Cass. 29 september 2017, nr. F.15.0010.F.

Cass. 15 december 2014, nr. 789, *Arr.Cass.* 2014, 2944.

Cass. 27 mei 2013, nr. 323, *Arr.Cass.* 2013, 1296.

Cass. 28 maart 2007, nr. 157, *Arr.Cass.* 2007, 703.

Cass. 16 november 2004, nr. 549, *Arr.Cass.* 2004, 1829.

Cass. 9 november 2004, nr. 539, *Arr.Cass.* 2004, 1781.

Cass. 30 maart 2004, nr. 172, *Arr.Cass.* 2004, 541.

Cass. 2 december 2003, nr. 611, *Arr.Cass.* 2003, 2218.

Cass. 24 juni 2003, nr. 373, *Arr.Cass.* 2003, 1486.

Cass. 17 december 2002, nr. 679, *Arr.Cass.* 2002, 2782.

Cass. 21 februari 2000, nr. 139, *Arr.Cass.* 2000, 468.

Cass. 26 oktober 1999, nr. 563, *Arr.Cass.* 1999, 1340.

Cass. 17 oktober 1997, nr. 412, *Arr.Cass.* 1997, 996.

Cass. 25 juni 1996, nr. 256, *Arr.Cass.* 1996, 642.

Cass. 14 februari 1995, nr. 88, *Arr.Cass.* 1995, 174.

Cass. 2 maart 1990, nr. 402, *Arr.Cass.* 1990, 872.

Cass. 26 januari 1990, nr. 327, *Arr.Cass.* 1990, 683.

Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959, 'Smeerkaas-arrest'.

Concl. GENICOT, J-M., bij Cass. 15 december 2014, nr. 789, *Arr.Cass.* 2014, 2944.

#### **2.5. Raad van State**

RvS 4 april 2023, nr. 256.222.

RvS 29 oktober 2021, nr. 252.020

RvS 20 december 2004, nr. 138.686.

RvS 10 december 2003, nr. 126.261.

RvS 13 maart 2002, nr. 104.653.

RvS 28 november 2001, nr. 101.222.

RvS 15 mei 2001, nr. 95.367.

RvS 13 december 2000, nr. 91.594.

RvS 30 september 1999, nr. 82.608.

RvS 1 september 1999, nr. 82.167.

RvS 1 februari 1999, nr. 78.468.

RvS 16 september 1998, nr. 75.797.

RvS 23 april 1998, nr. 73.218.

RvS 18 december 1997, nr. 70.404.

RvS 4 december 1995, nr. 56.569.

## **2.6. Rechtspraak van Frankrijk**

Conseil Constitutionnel (Franse Grondwettelijk Raad) 3 december 2009, nr. 2009-595, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009595DC.htm>.

## **3. Rechtsleer**

### **3.1. Boekwerken**

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

BEHRENDT, C., en VRANCKEN, M., *Beginselen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2022, 870 p.

DE SOMER, S. en OPDEBEEK, I., *Algemeen bestuursrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 781 p.

DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., VANDE LANOTTE, J. en MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 1618 p.

GLAS, L.R., *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2016, 639 p.

GOEDERTIER, G. en VANDE LANOTTE, J., *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1517 p.

LENAERTS, K., en VAN NUFFEL, P., *Europees recht*, Mortsel, Intersentia, 2023, 809 p.

PEPELIER, P., LAMBRECHTS, S. en LEMMENS, K. (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Mortsel, Intersentia, 2016, 571 p.

PEPELIER, P., *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008, 426 p.

SOTTIAUX, S., *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 516 p.

VILLIGER, M.E., *Handbook on the European Convention on Human Rights*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2023, 741 p.

WOUTERS, J., *Internationaal recht in kort bestek*, Mortsel, Intersentia, 2020, 490 p.

### **3.2. Bijdragen in verzamelwerken**

ARENA, A., "The Twin Doctrines of Primacy and Pre-Emption" in SCHUTZE, R. en TRIDIMAS, T., (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 300-349.

BOSSUYT, M. en VERRIJDT, W., "Het Grondwettelijk Hof en samenloop van grondrechten na Melki en Chartry" in ALLAERTS, V., BOUTELIGIER, L., JANSSENS, E. en VERSTRAETE, J. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 87-108.

BOURGEOIS, S., "The Implementation of the European Convention on Human Rights at the Domestic Level" in COZZI, A., SYKIOTOU, A., RAJSKA, D., KRSTIC, I., FILATOVA, M., BARD P. en BOURGEOIS, S., *Comparative study on the implementation of the ECHR at the national level*, Belgrade, Council of Europe, 2016, 7-28.

BRADLEY, A., "Introduction: The need for both international and national protection of human rights – the European challenge" in FLOGAITIS, S., ZWART, T. en FRASER, J. (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 1-8.

BROBERG, M. en FENGER, N., "Preliminary References", in SCHUTZE, R. en TRIDIMAS, T. (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 981–1010.

CAMERON, I., "The Court and the member states: procedural aspects" in FOLLESDAL, A., PETERS, B. en ULFSTEIN, G. (eds.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 25-61.

GERARDS, J., "Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)" in RUIZ FABRI, H. (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law (online editie)*, december 2018.

HARMSSEN, R., "The Reform of the Convention System: Institutional Restructuring and the (Geo-) Politics of Human Rights" in CHRISTOFFERSEN, J. en RASK MADSEN, R. (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 119-143.

JADOT, C., VAN DROOGHENBROECK, S. en VERDUSSEN, M., "Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme ?" in SAMBON, J. (ed.), *L'environnement, le droit et le magistrat*, Brussel, Larcier, 2021, 379-404.

KEYAERTS, D., "De europeanisering van het Belgische staatsrecht: impressies betreffende integratie van het Unierecht en convergentie met het Unierecht" in ALEN, A. en THEUNIS, J. (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 47-88.

ROSOUX, G., "Panorama de la protection juridictionnelle nationale des droits fondamentaux: qui est le juge des droits fondamentaux en Belgique", in KRENC, F., BOUHIN, F. en DEPREZ, C. (eds.), *Contentieux des droits fondamentaux*, Limal, Anthemis, 2021, 7-53.

SPREUTELS, J., "Droits fondamentaux en concours et concours des questions préjudicielles. La Cour constitutionnelle et la jurisprudence Melki et Chartry de la Cour de justice de l'Union européenne" in ALEN, A., JOOSTEN, V., LEYSEN R. en VERRIJDT, W. (eds.), *Liberae cogitationes: liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013, 681-694.

THEUNIS, J., "Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof" in LEYSEN, R., MUYLLE, K., THEUNIS, J. en VERRIJDT, W. (eds.), *Semper perseverans - Liber amicorum André Alen*, Mortsel, Intersentia, 2020, 247-256.

THEUNIS, J., "Het Grondwettelijk Hof en de procedurele verplichtingen uit het Europees Unierecht" in PAS, W., PEETERS, P. en VERRIJDT, W. (eds.), *Liber Discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, 2015, 409-438.

THEUNIS, J., "Zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in ACKAERT, J. (ed.), *Liber amicorum Anne Mie Draye*, Mortsel, Intersentia, 2015, 47-66.

VANPRAET, J. en FORNOVILLE, C., "Art. 26-30 Bijz.W. 6 januari 1989" in TIMMERMANS, W. (ed.), *Wet & Duiding Publiek Procesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 53-99.

VELAERS, J., "De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel", in NIEUWENHUIS, A. en DRAGSTRA, L. (eds.), *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling: preadviezen 2008*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 81-141.

VELAERS, J., "De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten" in ARTS, A., VEROUGSTRAETE, I., ANDERSEN, R., SUETENS-BOURGEOIS, G., RIGAUX, M.F., RYCKEBOER, R. en DE WOLF, A. (eds.), *De verhoudingen tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006, 99-149.

WILDHABER, L., "Criticism and case-overload: Comments on the future of the European Court of Human Rights" in FLOGAITIS, S., ZWART, T. en FRASER, J. (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 9-17.

### **3.3. Bijdragen in reeksen**

ALEN, A. en CLEMENT, J., *De hiërarchie der rechtsnormen* in *Themis Staatsrecht nr. 36*, Brugge, die Keure, 2006, 5-26.

BEHRENDT, C., *Le mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle belge* in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2022*, Brugge, die Keure, 2022, 261-286.

BEHRENDT, C. en BOUHON, C., *Introduction à la Théorie générale de l'État* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 522 p.

LEJEUNE, Y., *Droit constitutionnel belge* in *Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2021, 1184 p.

MAES, E., *De bevoegdheden van en de rechtspleging voor het Grondwettelijk Hof. Capita selecta en de nieuwigheid na de Zesde Staatshervorming en de bijzondere wet van 4 april 2014* in *Themis Publiekrecht nr. 90*, Brugge, die Keure, 2014, 1-22.

MOERENHOUT, R. en BORTELS, H., *Art. 9 Bijz.W. 6 januari 1989* in *Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 52)*, Mechelen, Kluwer, 2022, 9-22.

RIGAUX, M.-F. en RENAULD, B., *Cour constitutionnelle* in *Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Larcier, 2023, 433 p.

ROSOUX, G., *Contentieux constitutionnel* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 848 p.

SMETS, J., *Art. 28 Bijz.W. 6 januari 1989* in *Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 46)*, Mechelen, Kluwer, 2019, 1-59.

VERSTRAELEN, S., *Art. 26 Bijz.W. 6 januari 1989 in Publiek procesrecht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Deel II. Grondwettelijk Hof (afl. 38)*, Mechelen, Kluwer, 2015, 9-77.

### **3.4. Doctoraatsproefschriften**

THEUNIS, J., *Onderzoek naar de rol en grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, doctoraatsthesis rechten KU Leuven, 2011, xx + 534.

### **3.5. Tijdschriftartikelen**

ALEN, A., SPREUTELS, J., PEREMANS, E. en VERRIJDT, W., "Het Grondwettelijk Hof en het internationaal en Europees recht. Verslag van het Grondwettelijk Hof voor het 16e congres van de Conferentie van de Europese Grondwettelijke Hoven (Wenen, 12-14 mei 2014)", *TBP* 2014, nr. 10, 619-652.

ALEN, A. en MEERSSCHAUT, F., "Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989", *TBP* 1989, nr. 4, 211-232.

BEHRENDT, C. en VRANCKEN, M., "Deux principes bien distincts? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination", *JLMB* 2015, nr. 24, 1126-1137.

BOSSUYT, M., "Schuift het Hof van Cassatie een moeizaam bereikt compromis inzake samenloop van grondrechten terzijde?", *RW* 2014-15, nr. 41, 1624-1628.

BOSSUYT, M., "De invloed van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op de evolutie van het recht", *RW* 2011-12, nr. 8, 382-387.

BOSSUYT, M. en VERRIJDT, W., "The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment", *European Constitutional Law Review* 2011, volume 7, nr. 3, 355-391.

BOSSUYT, M., "Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers", *Inter-American and European Human Rights Journal* 2010, volume 3, nr. 1 en 2, 3-48.

BOSSUYT, M., "Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulation", *Human Rights Law Journal* 2007, 321-332.

BOUHON, F., "Première demande d'avis consultatif par une juridiction belge à la Cour européenne des droits de l'homme", *JLMB* 2023, nr. 24, 1070-1072.

BRATZA, N., "The relationship between the UK courts and Strasbourg", *European Human Rights Law Review* 2011, nr. 5, 505-5012.

BRUCHER, A. en VERDUSSEN, M., "La jurisprudence Le Ski : des lendemains qui chantent ou qui déchantent?", *JT* 2021, nr. 31, 643-648.

DAKA, M., "Advisory Opinion and Preliminary Ruling Procedure – A Comparative and Contextual Note", *Journal of Law, Social Sciences and Humanities* 2020, volume 36, nr. 3-4, 298-308.

GERARDS, J., "Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, volume 21, nr. 4, 630-651.

GRAGLJ, P., "(Judicial) love is not a one way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16", *European Law Review* 2013, volume 38, nr. 2, 229-247.

HARMSSEN, R., "The European Convention on Human Rights after Enlargement", *International Journal on Human Rights* 2001, volume 5, nr. 4, 18-43.

LEMMENS, K., "Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?", *European Constitutional Law Review* 2019, nr. 15, 691-713.

MAES, G., "De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden", *RW* 2004-05, nr. 22, 875-878.

MARMO, M., "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights – A Political Battle", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, nr. 15, 235-258.

MARTI, G., "L'arrêt Melki de la Cour de justice, la clef d'un pluralisme constitutionnel renforcé? CJUE, gde ch., 22 juin 2010, Melki et Abdeli", *RAE* 2009-10, nr. 4, 889-904.

MAYENCE, A., "La théorie de l'acte éclairé comme exception à l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel en cas de concours de droits fondamentaux : quelle liberté pour le juge saisi du litige?", *APT* 2018, nr. 4, 497-507.

MEERSSCHAUT, F., "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet", *TBP* 2005, nr. 1, 48-53.

MOONEN, T., "De klaarblijkelijke (niet-)schending van samenlopende grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State", *CDPK* 2013, nr. 2, 124-135.

MOONEN, T., "Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle", *RBDC* 2011, nr. 2, 111-142.

MOONEN, T., "Joined cases C-188/10 and C-189/10, proceedings against Aziz Melki and Sélim Abdeli: or how the last shall be the first: the court of justice rules on priority constitutional review", *The Columbia Journal of European Law* 2011, volume 17, nr. 1, 129-149.

POPELIER, P., "De doorwerking van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof in de rechtspraak", *CDPK* 2010, nr. 3, 392-407.

POPELIER, P., "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *RW* 2009-10, nr. 2, 50-62.

POPELIER, P., "Het vernieuwde Arbitragehof: de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk", *CDPK* 2006, nr. 1, 3-29.

POPELIER, P., "Wie is de hoeder van onze grondrechten?", *RW* 2005-06, nr. 10, 388-389.

RIZZO, A., "Les incertitudes du juge face au concours de droits fondamentaux", *RBDC* 2012, nr. 2, 115-159.

SOUVERIJNS, T., "Bijzondere wetgever verduidelijkt de regeling van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof inzake samenloop van grondrechten", *RW* 2013-14, nr. 39, 1523-1531.

THEUNIS, J., "Bevoegdheidsuitbreiding en ander wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003", *NJW* 2003, nr. 42, 954-960.

TULKENS, F., "La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage: changements de fond ou améliorations de façade?", *RBDC* 2003, nr. 3, 251-269.

VAN DAELE, A., "het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van prejudiciële vraagstelling", *CDPK* 2005, nr. 3, 611-624.

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, nr. 7, 458-479.

VAN DROOGHENBROECK, S., "Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme (1 er janvier 2022 - 1 er janvier 2023)", *JT* 2023, nr. 17, 277-287.

VAN DROOGHENBROECK, S., "La Court constitutionnelle et la primauté du droit international – L'héritage Le Ski sous bénéfice d'inventaire", *JT* 2021, nr. 31, 618-622.

VAN WELDE, L., "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falc.* 2012-13, nr. 3, 509-542.

VELAERS, J., "Het arrest-Melki en Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht", *RW* 2010-11, nr. 19, 770-794.

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, nr. 7, 387-410.



VELAERS, J., "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, nr. 4-5, 297-318.

VELAERS, J., "Het Arbitragehof «derde fase»: de bijzondere wet van 9 maart 2003", *RW* 2003-04, nr. 36, 1401-1416.

### **3.6. Working papers**

ZAMPETTI, G., "The recent challenges for the European system of fundamental rights: Protocol No. 16 to the ECHR and its role facing constitutional and European Union level of protection – Discussion paper 2/18", *Europa-Kolleg Hamburg – Institute for European Integration* 2018, 31 p.

### **4. Andere**

Council of Europe, *About the Committee of Ministers*, <https://www.coe.int/en/web/cm/about-cm#:~:text=The%20Committee%20of%20Ministers%20is%20the%20Council%20of%20Europe's%20decision,collective%20responses%20to%20these%20challenges>. (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Entry into force of the Protocol No.16 to the European Convention of Human Rights*, 12 april 2018, [https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/events/-/asset\\_publisher/E5WWthsy4Jfg/content/entry-into-force-of-the-protocol-no-16-to-the-european-convention-of-human-rights?inheritRedirect=false](https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/events/-/asset_publisher/E5WWthsy4Jfg/content/entry-into-force-of-the-protocol-no-16-to-the-european-convention-of-human-rights?inheritRedirect=false) (consultatie 15 oktober 2022).

Council of Europe, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 214*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=214> (consultatie 6 oktober 2022).

Council of Europe, *Presentation of the Steering Committee for Human Rights*, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/presentation-of-the-cddh> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

Council of Europe, *Structure*, <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure> (laatste consultatie op 18 juli 2023)

Council of Europe, *Reservations and Declarations for Treaty No.214 - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214)*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=BEL> (laatste consultatie op 27 juli 2023).

European Court of Human Rights, *Advisory Opinions*, <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions#:~:text=to%20the%20Convention%20No.,Convention%20or%20the%20protocols%20thereto> (laatste consultatie op 18 juli 2023).

European Court of Human Rights, *Reform of the Court*, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform> (consultatie 12 december 2023).

HvC, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2003-II*, <https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/cass2003nl.pdf>, 185-366 p. (laatste consultatie op 27 juli 2023).

O'LEARY, S. en EICKE, T., *Some Reflections on Protocol No. 16*, 25 Januari 2019, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech\\_20190125\\_O\\_Leary\\_Eicke\\_JY\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20190125_O_Leary_Eicke_JY_ENG) (laatste consultatie op 18 juli 2023).