

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

20 février 2006

**Les clauses transversales en matière
de droits et libertés**

RAPPORT

FAIT AU NOM DU GROUPE DE TRAVAIL CHARGÉ DE
L'EXAMEN DU TITRE II DE LA CONSTITUTION
PAR

MME **Hilde CLAES** ET
M. **Jean-Jacques VISEUR**

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

20 februari 2006

**De transversale bepalingen inzake
rechten en vrijheden**

VERSLAG

NAMENS DE WERKGROEP BELAST MET HET
ONDERZOEK VAN TITEL II VAN DE GRONDWET
UITGEBRACHT DOOR

MEVROUW **Hilde CLAES** EN
DE HEER **Jean-Jacques VISEUR**

**Samenstelling van de commissie op datum van indiening van het verslag/
Composition de la commission à la date du dépôt du rapport :**
Président / Voorzitter : François-Xavier de Donnea

A. — Membres titulaires/Vaste leden :

VLD	Alfons Borginon
PS	Talbia Belhouari
MR	François-Xavier de Donnea
sp.a-spirit	Hilde Claes
CD&V	Servais Verherstraeten
Vlaams Belang	Bart Laeremans
cdH	Jean-Jacques Viseur

cdH	: Centre démocrate Humaniste
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
ECOLO	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales
FN	: Front National
MR	: Mouvement Réformateur
N-VA	: Nieuw - Vlaamse Alliantie
PS	: Parti socialiste
sp.a - spirit	: Socialistische Partij Anders - Sociaal progressief internationaal, regionalistisch integraal democratisch toekomstgericht.
Vlaams Belang	: Vlaams Belang
VLD	: Vlaamse Liberalen en Democraten

Abréviations dans la numérotation des publications :

DOC 51 0000/000 : Document parlementaire de la 51^e législature, suivi du n° de base et du n° consécutif

QRVA : Questions et Réponses écrites

CRIV : Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)

CRABV : Compte Rendu Analytique (couverture bleue)

CRIV : Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)

PLEN : Séance plénière

COM : Réunion de commission

MOT : Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Afkortingen bij de nummering van de publicaties :

DOC 51 0000/000 : Parlementair document van de 51^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer

QRVA : Schriftelijke Vragen en Antwoorden

CRIV : Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)

CRABV : Beknopt Verslag (blauwe kaft)

CRIV : Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)

PLEN : Plenum

COM : Commissievergadering

MOT : Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes :
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.laChambre.be

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen :
Natieplein 2
1008 Brussel
Tel. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.deKamer.be
e-mail : publicaties@deKamer.be

SOMMAIRE

I. L'insertion d'une clause constitutionnelle transversale relative aux restrictions aux droits et libertés	
A. Note des experts	
B. Échange de vues	
II. L'insertion d'une clause constitutionnelle transversale portant interdiction de l'abus de droit	
A. Note des experts	
B. Échange de vues	
III. L'insertion d'une clause constitutionnelle transversale relative aux dérogations aux droits et libertés	
A. Note des experts	
B. Échange de vues	
IV. L'insertion d'une clause transversale portant sur l'obligation d'interpréter les dispositions du titre II de la Constitution conformément aux instruments internationaux de protection des droits de l'Homme ratifiés par la Belgique	
A. Note des experts	
B. Echange de vues	
V. L'insertion d'une clause constitutionnelle transversale relative à la garantie des droits fondamentaux	
A. Note des experts	
B. Echange de vues	
VI. L'insertion d'une clause constitutionnelle transversale relative aux compétences en matière de garantie et de restriction des droits fondamentaux dans le cadre du régime fédéral belge.	
A. Note des experts	
B. Echange de vues	
VII. Synthèse	
A. Discussion	
B. Conclusion	
Annexe. Note du service juridique relative aux clauses transversales en matière de droits fondamentaux	

INHOUD

I. Invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet over de beperkingen van rechten en vrijheden	
A. Nota van de deskundigen	
B. Gedachtewisseling	
II. Invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet houdende verbod van rechtsmisbruik	
A. Nota van de deskundigen	
B. Gedachtewisseling	
III. Invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet over het afwijken van rechten en vrijheden	
A. Nota van de deskundigen	
B. Gedachtewisseling	
IV. Invoeging van een transversale bepaling inzake de verplichting om de bepalingen van Titel II van de Grondwet uit te leggen in overeenstemming met de door België geratificeerde internationale instrumenten tot bescherming van de rechten van de mens	
A. Nota van de deskundigen	
B. Gedachtewisseling	
V. Invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet met betrekking tot het waarborgen van de grondrechten	
A. Nota van de deskundigen	
B. Gedachtewisseling	
VI. Invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet inzake de waarborgen en beperken van grondrechten in het Belgisch federaal stelsel	
A. Nota van de deskundigen	
B. Gedachtewisseling	
VII. Synthese	
A. Bespreking	
B. Besluit	
Bijlage. Nota van de juridische dienst betreffende de transversale bepalingen inzake grondrechten	

MESDAMES, MESSIEURS,

Votre groupe de travail a examiné le thème des clauses transversales en matière de droits et libertés en ses réunions des 13 décembre 2004, 14 et 28 février, 25 avril, 12 mai, 24 octobre, 5 décembre 2005 et 16 janvier et 6 février 2006.

Au cours de sa réunion du 13 décembre 2004, le groupe de travail a examiné la note que son président avait demandé au service juridique de rédiger au sujet des clauses transversales en matière de droits fondamentaux (annexe 1). Il a conclu de cet examen qu'il serait assurément utile de faire examiner en quoi ces clauses pourraient consister concrètement. En exécution de la décision de la Conférence des présidents du 10 février 2004, il a, au cours de la même réunion, désigné les professeurs Jan Velaers (*Universiteit Antwerpen*) et Sébastien Van Drooghenbroeck (*Facultés universitaires Saint-Louis*) en qualité d'experts chargés de l'assister dans ses travaux.

I. — L'INSERTION D'UNE CLAUSE CONSTITUTIONNELLE TRANSVERSALE RELATIVE AUX RESTRICTIONS AUX DROITS ET LIBERTÉS

A. NOTE DES EXPERTS

Préambule

En sa réunion du 13 décembre 2004, le groupe de travail de la Chambre chargé de l'examen du titre II de la Constitution a souhaité obtenir une note relative à la question des restrictions aux droits et libertés actuellement garantis par la Constitution belge, et à la «faisabilité» d'une clause constitutionnelle traitant de cette question de manière transversale.

L'objet du présent «Préambule» consiste à réinscrire la mission d'expertise ainsi confiée dans le contexte plus large au sein duquel elle survient, c'est-à-dire, une réflexion sur la «modernisation»/»Mise à jour»/»Recodification» du titre II de la Constitution relatif aux droits et libertés, sur le modèle de ce qui a par exemple été réalisé par le Constituant helvétique en 1999, ou encore, par les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aujourd'hui intégrée dans la Constitution européenne.

DAMES EN HEREN,

Uw werkgroep heeft het thema van de transversale clausules inzake rechten en vrijheden besproken tijdens zijn vergaderingen van 13 december 2004, 14 en 28 februari, 25 april, 12 mei 24 oktober en 5 december 2005 en 16 januari en 6 februari 2006.

Tijdens zijn vergadering van 13 december 2004 heeft de werkgroep de nota besproken die door zijn voorzitter was gevraagd aan de juridische dienst van de Kamer, betreffende de transversale clausules inzake grondrechten (bijlage 1). Op grond van die bespreking heeft de werkgroep geconcludeerd dat het zeker de moeite loont om te laten onderzoeken welke concrete inhoud aan dergelijke clausules zou kunnen worden gegeven. Ter uitvoering van de beslissing van de Conferentie van voorzitters van 10 februari 2004, heeft de werkgroep tijdens dezelfde vergadering beslist de professoren Jan Velaers (*Universiteit Antwerpen*) en Sébastien Van Drooghenbroeck (*Facultés Universitaires Saint-Louis*) aan te wijzen als deskundigen, met als taak de werkgroep in zijn werkzaamheden bij te staan.

I. — INVOEGING VAN EEN TRANSVERSALE BEPALING IN DE GRONDWET OVER DE BEPERKINGEN VAN RECHTEN EN VRIJHEDEN

A. NOTA VAN DE DESKUNDIGEN

Woord vooraf

Tijdens zijn vergadering van 13 december 2004 heeft de in de Kamer ingestelde «werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet» om een nota verzocht waarin dieper wordt ingegaan op de beperkingen van de rechten en vrijheden die thans door de Belgische Grondwet worden gewaarborgd. Voorts wenste de werkgroep dat in die nota zou worden ingegaan op de werkbaarheid van een grondwettelijke clausule die deze aangelegenheid transversaal zou regelen.

Dit «Woord vooraf» heeft tot doel de ruimere context te schetsen waarin de aldus geformuleerde onderzoek-sopdracht past, te weten de voorgenomen «modernisering»/»bijwerking»/»hercodificatie» van titel II van de Grondwet betreffende de rechten en vrijheden, naar het voorbeeld van wat de Zwitserse grondwetgever in 1999 tot stand heeft gebracht, of naar het voorbeeld van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat vandaag in de Europese Grondwet is opgenomen.

De ce point de vue, les signataires de la présente note (ci-après désignés «les experts») tiennent d'emblée à préciser ce qu'ils entendent sous les vocables de «modernisation»/»mise à jour»/codification» du catalogue constitutionnel belge relatif aux droits et libertés. Il s'agirait prioritairement, non pas de «créer du neuf», mais bien de «dévoiler» dans le texte constitutionnel lui-même, un état du droit préexistant en matière de restrictions aux droits et libertés: expliciter, coordonner et systématiser les règles et principes — issus du droit constitutionnel écrit, du droit européen et international et du «droit jurisprudentiel» — qui, à l'heure actuelle, configurent le catalogue des droits et libertés dont jouissent les personnes qui se trouvent sous la juridiction de la Belgique.

Réserves préliminaires

À ce stade de l'analyse, les experts n'entendent pas se prononcer sur l'opportunité de l'inscription de clauses transversales relatives aux droits fondamentaux au sein du titre II de la Constitution.

Une codification des principes généraux relatifs à la protection et à la limitation des droits fondamentaux qui découlent actuellement du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, offrirait indubitablement des avantages. Par ce biais, le texte constitutionnel serait actualisé. Tout qui en ferait la lecture, aurait un meilleur aperçu des garanties offertes par celui-ci.

Nonobstant l'existence de ces avantages, les experts souhaitent néanmoins formuler, dès à présent, certaines réserves. L'exercice de «codification» est affecté d'évidentes limites, et soulève diverses questions, qu'il importe en effet d'annoncer d'emblée Il appartiendra *in fine* au Préconstituant et au Constituant de mettre en balances les avantages et inconvénients, et de statuer sur l'opportunité d'une telle modification du titre II de la Constitution.

1° Tout d'abord — et l'expérience tentée dans d'autres ordres juridiques le confirme à l'envi —, il paraît impossible, au-delà d'un certain stade, de «codifier à droit purement constant». Si l'on s'interroge aujourd'hui sur le contenu exact et les limites du «patrimoine» de droits et libertés dont jouissent, *hic et nunc*, les justiciables du Royaume, apparaîtront assez rapidement des controverses jurisprudentielles plus ou moins étendues, et des incertitudes doctrinales. Les unes et les autres doivent, tant que faire se peut, être dissipées: tel est au demeure-

In het licht van dat alles wensen de auteurs van deze nota (hierna «de deskundigen» genoemd) van meet af aan te preciseren wat zij verstaan onder «modernisering»/»bijwerking»/»hercodificatie» van de Belgische grondwettelijke bepalingen betreffende de rechten en vrijheden. Veeleer dan nieuwe teksten uit te werken, is het in de eerste plaats de bedoeling aan het licht te brengen wat in de tekst van de Grondwet nu reeds kan worden aangetroffen inzake beperkingen van rechten en vrijheden. Met andere woorden: het gaat erom duidelijk, gecoördineerd en systematisch weer te geven op welke regels en beginselen de catalogus van rechten en vrijheden berust waarop de onder de rechtsmacht van de Belgische staat ressorterende burgers aanspraak kunnen maken, ongeacht of die regels en beginselen voortvloeien uit het geschreven grondwettelijk recht, het Europees en internationaal recht, dan wel het «jurisprudentieel recht».

Voorafgaande preciseringen

In dit stadium van de analyse wensen de deskundigen zich niet uit te spreken over de vraag of het al dan niet opportuun zou zijn horizontale clausules inzake de grondrechten op te nemen in titel II van de Grondwet.

Er zijn zeker onmiskenbaar voordelen verbonden aan een codificatie van de algemene beginselen betreffende de bescherming en de beperking van de grondrechten die momenteel voortvloeien uit Titel II van de Grondwet en uit de internationale verdragen inzake de rechten van de mens. Een dergelijke codificatie zou de gelegenheid bieden de tekst van de Grondwet bij de tijd te brengen, zodat elke lezer een beter beeld krijgt van de waarborgen die erin vervat zijn.

Ondanks die voordelen wensen de deskundigen al meteen enig voorbehoud aan te tekenen. Een codificatie heeft ontegensprekelijk beperkingen en doet tal van vragen rijzen, die *ab ovo* duidelijk moeten worden aangegeven. Het komt uiteindelijk de preconstituante en de grondwetgever toe de voor- en nadelen tegen elkaar af te wegen en te oordelen of het opportuun zou zijn Titel II van de Grondwet in die zin te wijzigen.

1° Allereerst blijkt ten overvloede uit de in andere rechtsordes opgedane ervaring dat het vanaf een bepaald stadium onmogelijk is te codificeren in een volledig statische rechtscontext. Wie vandaag de exacte draagwijdte en grenzen wil vaststellen van het «patrimonium» aan rechten en vrijheden die de rechtzoekenden van dit Koninkrijk *hic et nunc* genieten, zal al snel stoten op een aantal min of meer grote jurisprudentiële controverses, alsook op een aantal doctrinale onzekerheden. Die controverses en onzeker-

rant l'un des bénéfices attendus de l'exercice de codification. Le rôle des experts est de ce point de vue, limité: il leur appartient de *révéler* les controverses et incertitudes susdites, aux fins que le Constituant — auquel le dernier mot appartient sur ce point — puisse les traiter adéquatement et en connaissance de cause.

2° Une codification a essentiellement pour objectif de simplifier le système juridique. Le plus souvent, le texte «codifiant» se substitue aux règles écrites ou non écrites «codifiées». Il est clair que l'initiative tendant à inscrire dans la Constitution des dispositions transversales relatives à la protection et à la limitation des droits fondamentaux, n'aura pas cette conséquence. La codification, dans la Constitution belge, des principes relatifs à la limitation et à la protection des droits fondamentaux qui sont contenus dans les conventions internationales, n'a en effet pas pour conséquence que la Belgique ne sera plus liée par ces conventions. La codification, au travers de clauses transversales, ne réduit pas la complexité de la matière de la protection des droits fondamentaux. Alors qu'à l'heure actuelle le juge doit statuer sur une restriction à un droit fondamental à la lumière des conditions de validité contenues dans la Constitution, dans la Convention européenne des droits de l'Homme, et, le cas échéant, dans la Constitution européenne ou d'autres conventions internationales, il devra à l'avenir tenir compte, par surcroît, de la nouvelle clause transversale inscrite dans la Constitution. Dans la mesure où celle-ci se bornerait à refléter fidèlement les dispositifs issus des traités, la complexité n'augmenterait pas. Si par contre elle venait à s'en écarter, la complexité irait croissant.

Bien que d'ambition plus limitée, une «modernisation» ne suscitant pas de problèmes analogues consisterait en l'insertion, sur le modèle de l'article II-112, al. 3, de Constitution européenne (voy. annexe), d'une clause qui énoncerait que «Dans la mesure où le présent titre II contient des droits correspondant à des droits garantis par des Conventions internationales ratifiées par la Belgique, leur sens et portée sont les mêmes que ceux que leur confère lesdites conventions, sans préjudice des garanties plus étendues que ce titre accorde».

L'insertion d'une telle clause constituerait une alternative utile, si d'aventure on venait à renoncer d'emblée à une entreprise de modernisation plus ambitieuse, ou si celle-ci venait à échouer. Elle conserverait également une utilité certaine, même en cas de réussite de cette entreprise de modernisation, aux fins d'articuler de ma-

heden moeten zoveel mogelijk uit de weg worden geruimd en men mag verwachten dat de codificatie daartoe bijdraagt. Op dat vlak is de rol van de deskundigen beperkt: hun taak bestaat erin bovenvermelde controverses en onzekerheden *aan het licht te brengen*, zodat de grondwetgever - die op dat punt het laatste woord heeft - ze op passende wijze en met kennis van zaken kan aanpakken.

2° Met een codificatie wordt voornamelijk een vereenvoudiging van het juridisch bestel beoogd. Veelal komt de «codificerende» tekst in de plaats van de «gecodificeerde» geschreven of ongeschreven regels. Het mag duidelijk zijn dat het initiatief om in de Grondwet transversale bepalingen op te nemen betreffende de bescherming en de beperking van de grondrechten daar niet toe zal leiden. Met andere woorden: de opname in de Belgische Grondwet van beginselen met betrekking tot de bescherming en de beperking van de grondrechten die in de internationale verdragen zijn vervat, heeft immers niet tot gevolg dat België die verdragen voortaan niet langer hoeft na te leven. Codificatie via transversale clausules houdt geen vereenvoudiging in van de regels ter bescherming van de grondrechten. Vandaag de dag moet de rechter een beperking van een grondrecht toetsen aan de geldigheidsvoorwaarden die zijn opgenomen in de Grondwet, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en, eventueel, de Europese Grondwet of andere internationale verdragen; in de toekomst zal hij echter ook rekening moeten houden met de nieuwe transversale clause die in de Grondwet is opgenomen. Zo die clause beperkt blijft tot een getrouwe weergave van de in die verdragen opgenomen bepalingen, worden de zaken er niet complexer op; dat zou daarentegen wél het geval zijn, mocht de clause van die verdragsbepalingen afwijken.

Een «modernisering» die géén dergelijke problemen zou opleveren maar waarvan de ambities dan ook minder ver zouden reiken, zou erin bestaan een clause in te voegen naar het voorbeeld van artikel II-112, derde lid, van de Europese Grondwet (zie bijlage) en die als volgt zou luiden: «Voorzover deze titel II rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door internationale verdragen die door België zijn geratificeerd, zijn de inhoud en de reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemde verdragen aan worden toegekend, onverminderd de ruimere, bij deze titel verleende waarborgen».

De invoeging van een dergelijke clause kan een nuttig alternatief zijn, mocht men er niet in slagen een ambitieuzere modernisering tot een goed einde te brengen. Maar zelfs indien die modernisering zou lukken, kan een dergelijke clause nog haar nut bewijzen: ze geeft namelijk op coherente wijze aan welke de diverse for-

nière cohérente les différentes sources formelles de droits et libertés applicables en Belgique (voy. ci-après la partie du commentaire consacrée à l'analyse des notions d'*intérêt général et de protection des droits d'autrui*). L'on constatera, au demeurant, que l'inscription expresse, dans la Constitution, d'une telle règle d'«interprétation conforme», confirmerait et renforcerait la pratique actuellement suivie par la Cour d'arbitrage. Dans une arrêt n°136/2004 du 22 juillet 2004, celle-ci affirme en effet que (ts B.5.3-B.5.4) «lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. (...) Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues».

3° Surgit enfin une difficulté connexe: celle de l'incidence de la codification proposée sur la «concurrence» entre les juridictions suprêmes. Telle qu'elle est actuellement configurée, l'architecture juridictionnelle belge est notamment caractérisée par une «concurrence» entre juridictions quant au contrôle de compatibilité des normes ayant valeur de loi (lois fédérales, décrets, ordonnances) au regard des normes qui consacrent les droits et libertés. À la Cour d'arbitrage, il revient d'exercer un tel contrôle au regard des dispositions du titre II de la Constitution (ainsi que des articles 170, 172 et 191 de celle-ci, et des règles adoptées par ou en vertu de la Constitution eux fins de définir les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions). Au Conseil d'État, et aux Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire, il s'offre la possibilité d'exercer ce contrôle au regard des instruments européens et internationaux garantissant les droits et libertés.

Cette situation de «concurrence» des attributions respectives est source d'un certain malaise lorsque les contrôles exercés de part et d'autre débouchent sur des issues distinctes ou carrément opposées, alors que les normes supérieures au regard desquelles s'exerce le contrôle — normes constitutionnelles d'une part, et normes internationales d'autre part — consacrent des droits dont la portée est substantiellement identique.

Cette situation de concurrence, et les inconvénients qui lui sont attachés, ont été suffisamment décrits par

mele bronnen zijn waaruit de in België geldende rechten en vrijheden voortvloeien (cf. *infra* het deel van de commentaar gewijd aan de analyse van de begrippen «algemeen belang en bescherming van de rechten van anderen»). Overigens zij erop gewezen dat de expliciete invoeging in de Grondwet van een dergelijke regel tot «eensluitende interpretatie» een bevestiging en een versterking zou inhouden van de thans reeds door het Arbitragehof gevolgde praktijk. In zijn arrest nr. 136/2004 van 22 juli 2004 stelt het Hof immers het volgende (cf. B.5.3. en B.5.4.): «wanneer [...] een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer van de voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. (...) Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.»

3° Tot slot rijst nog het verwante probleem van de weerslag van de voorgestelde codificatie op de «samenloop» tussen de hoogste rechtsinstanties. In zijn huidige gedaante wordt het Belgische jurisdictionele bouwwerk immers gekenmerkt door een «samenloop» van diverse rechtscolleges bij de toetsing van wetstekrachtige normen (federale wetten, decreten en ordonnances) aan de normen die de rechten en vrijheden waarborgen. Het Arbitragehof moet een dergelijke toetsing uitvoeren in het licht van de bepalingen van titel II van de Grondwet (alsook in het licht van de artikelen 170, 172 en 191 van die Grondwet en van de regels die bij of overeenkomstig de Grondwet werden uitgevaardigd teneinde de respectieve bevoegdheden van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten af te bakenen). De Raad van State, alsmede de hoven en de rechtbanken van de rechterlijke orde, kunnen die toetsing dan weer uitoefenen in het licht van de Europese en internationale verdragen waarbij die rechten en vrijheden worden gewaarborgd.

Die samenloop kan bepaalde moeilijkheden opleveren wanneer de door de respectieve rechtscolleges uitgeoefende toetsing tot verschillende of zelfs tegengestelde resultaten leiden, terwijl de hogere normen in het licht waarvan die toetsing wordt uitgeoefend (grondwettelijke normen enerzijds, internationale normen anderzijds), rechten waarborgen waarvan de draagwijdte substantieel identiek is.

Deze samenloop en de daarmee gepaard gaande nadelen zijn ruimschoots zijn beschreven door de des-

les experts consultés par le Sénat lors de la précédente législature, lorsque l'idée fut émise d'insérer dans la Constitution un article 32*bis* «constitutionalisant», par renvoi, la Convention européenne des droits de l'Homme (*Doc. parl. Sénat*, sess. 2002-2003, n°897/6).

Les signataires de la présente note attirent cependant l'attention sur le fait que la codification du catalogue belge des libertés aura, d'une certaine manière, pour effet de multiplier les cas de «concurrence», et par conséquent, d'aggraver les inconvénients y attachés. La raison en est que cette codification renforcera les analogies, voire les similitudes, existant entre les textes constitutionnels et internationaux. Quid en effet lorsque la Cour d'arbitrage déclarera telle loi incompatible avec telle ou telle norme constitutionnelle, alors que la Cour de cassation estime que cette même loi est compatible avec une norme internationale rédigée en termes pratiquement identiques à la disposition constitutionnelle concernée? Le système juridictionnel belge de protection des droits fondamentaux y perdra en crédibilité et en cohérence, et ne sera pas en mesure d'assurer la sécurité juridique que l'on peut en attendre.

Pénétrer plus avant dans cette problématique excéderait le mandat donné aux experts. Ceux-ci tiennent néanmoins à attirer l'attention du groupe de travail à son sujet.

La question de l'étendue du Droit à codifier

Se pose un problème délicat quant à «l'envergure» de la codification, problème auquel il incombe en dernière analyse au Constituant lui-même de répondre.

Il est impossible de réaliser, dans la Constitution, une synthèse parfaitement exhaustive de l'ensemble des droits et libertés en vigueur en Belgique, que ce soit sur fondement du droit interne (écrit ou prétorien), du droit européen ou du droit international. Un «tri» doit être opéré, ainsi que le démontrent au demeurant les exemples suivis à l'étranger. Le(s) critère(s) ultime(s) destiné(s) à opérer ce tri doivent être déterminés par le Constituant. Pour les besoins de leur mission, les experts doivent cependant «anticiper» ce que pourrait être le choix du Constituant, en se fondant notamment sur les «tendances» qu'ont révélées les révisions constitutionnelles opérées ces dernières années.

Dans cette optique, les experts posent comme hypothèse de travail que l'entreprise de codification devrait normalement intégrer:

kundigen die de Senaat tijdens de vorige zittingsperiode heeft geraadpleegd, naar aanleiding van de idee om het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in onze Grondwet te verankeren, via een verwijzing naar dat Verdrag in een nog in te voegen artikel 32*bis* (Stuk Senaat, 2002-2003, nr. 897/6).

De auteurs van deze nota vestigen er evenwel de aandacht op dat een codificatie van de in België geldende vrijheden in zekere zin tot meer samenloop zal leiden, waardoor ook de daaraan verbonden nadelen zullen toenemen. Dat komt doordat een codificatie meer analogie, ja zelfs meer gelijkvormigheid, met zich zal brengen tussen de constitutionele en de internationale teksten. Wat zal er bijvoorbeeld gebeuren, mocht het Arbitragehof concluderen dat een wet onverenigbaar is met deze of gene grondwettelijke bepaling, terwijl het Hof van Cassatie tegelijkertijd van oordeel zou zijn dat die wet wél strookt met een internationale rechtsregel die nagenoeg op dezelfde wijze is geformuleerd als de bewuste grondwettelijke bepaling? Het Belgisch jurisdictioneel systeem inzake de bescherming van de grondrechten dreigt dan aan geloofwaardigheid en coherentie in te boeten, en niet langer bij machte te zijn de verwachte rechtszekerheid te waarborgen.

Een verdere uitdieping van dit vraagstuk zou de deskundigen te ver leiden van de hen toegewezen opdracht, maar niettemin vonden zij het nodig de werkgroep erop te wijzen.

Wat moet de reikwijdte zijn van het te codificeren recht?

Wat de «reikwijdte» moet zijn van de codificatie is een kiese vraag waarop de grondwetgever uiteindelijk zelf een antwoord moet bieden.

Het is onmogelijk in de Grondwet een volmaakt exhaustieve synthese te verwezenlijken van alle in België vigerende rechten en vrijheden, ongeacht of ze gestoeld zijn op nationaal (geschreven of pretoriaans) recht, op het Europees recht dan wel op het internationaal recht. Zoals overigens blijkt uit voorbeelden uit het buitenland moet een «schifting» worden doorgevoerd. De grondwetgever moet het ultieme criterium *c.q.* de ultieme criteria bepalen aan de hand waarvan kan worden geschild. Ten behoeve van hun opdracht dienen de deskundigen evenwel te «anticiperen» op de keuze die de grondwetgever zou kunnen maken, inzonderheid op grond van de «tendensen» die blijken uit de grondwetsherzieningen die de jongste jaren hun beslag hebben gekregen.

Vanuit dat gezichtspunt bekeken, gaan de deskundigen uit van de werkhypothese dat de codificatie normaal gezien zou moeten leiden tot de integratie van:

– les «acquis» de la protection constitutionnelle actuelle des droits et libertés, c'est-à-dire, les règles contenues dans le titre II actuel et les principes jurisprudentiels fondamentaux développés dans le cadre de l'application desdites règles. Les experts soulignent cependant, d'emblée, que la protection constitutionnelle belge actuelle des droits et libertés ne se cantonne pas uniquement au titre II de la Constitution: ainsi, certains droits dits «du procès équitable» se trouvent actuellement contenus aux articles 144, 145, 146, 148, 149 et 151 de la Constitution. Les experts souhaitent savoir si le Constituant envisage de «mettre à jour» ces dispositions, et le cas échéant, de «rapatrier» les droits qu'elles contiennent au sein du titre II de la Constitution.

– les «acquis» de la Convention européenne des droits de l'Homme et de ses protocoles additionnels actuellement ratifiés par la Belgique. Les déclarations de révision de la Constitution successives adoptées depuis 1987¹ manifestent la volonté d'insérer, dans le titre II de la Constitution, les droits et libertés consacrés par ces instruments.

– les «acquis» du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), lorsqu'ils ne font pas double-emploi avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce Pacte se voit en effet reconnaître un effet direct dans l'ordre juridique belge², et y est appliqué relativement souvent par les juridictions.

– les «acquis» les plus importants du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de la Charte sociale européenne révisée (ratifiée par la Belgique en mars 2004). Le Constituant a en effet d'ores et déjà manifesté la volonté, au travers des articles 23 et 24 de la Constitution, de transposer ces acquis dans la Constitution, et certaines des disposi-

- de «verworvenheden» van de thans grondwettelijk vastgelegde bescherming van rechten en vrijheden, te weten de regels die zijn vervat in de huidige titel II, alsmede de in de rechtspraak gehuldigde basisbeginselen die werden ontwikkeld in het kader van de toepassing van voornoemde regels. De deskundigen onderstrepen echter onmiddellijk dat de huidige, bij de Belgische Grondwet vastgelegde bescherming van rechten en vrijheden niet beperkt is tot titel II van de Grondwet: zo zijn sommige aspecten van het zogenaamde «rechten op een behoorlijke rechtsbedeling» momenteel vervat in de artikelen 144, 145, 146, 148, 149 en 151 van die Grondwet. De deskundigen wensen te weten of de grondwetgever overweegt die bepalingen «bij te werken» en in voorkomend geval de erin vervatte rechten op te nemen in titel II van de Grondwet;

- de «verworvenheden» van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, alsook de aanvullende protocollen die België momenteel heeft geratificeerd. De verklaringen tot herziening van de Grondwet die sedert 1987¹ achtereenvolgens zijn aangenomen, geven blijk van de bereidheid om de bij die verdragen bekrachtigde rechten en vrijheden op te nemen in titel II van de Grondwet;

- de «verworvenheden» van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (1966), voorzover er geen sprake is van overlapping met het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Dat Internationaal Verdrag heeft immers rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde², en de Belgische rechtscolleges passen het vrij vaak toe;

- de belangrijkste «verworvenheden» van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, alsmede van het herziene Europese Sociale Handvest (dat in maart 2004 door België werd geratificeerd). De grondwetgever heeft thans reeds via de artikelen 23 en 24 van de Grondwet te kennen gegeven bereid te zijn die verworvenheden in grondwets-

¹ La déclaration de révision ouvre invariablement à révision le titre II de la Constitution «en vue d'y insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales» (*Mon. b.*, 12 avril 1995; *Mon. b.*, 5 mai 1999; *Mon. b.*, 10 avril 2003).

² Voy. notamm. S. Van Drooghenbroeck, obs. sous Cass., 17 janvier 1984, in O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck et O. De Schutter, *Droit international des droits de l'Homme devant le Juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», pp. 48 et suiv.

¹ De verklaring tot herziening van de Grondwet maakt onveranderlijk titel II van de Grondwet vatbaar voor herziening «om nieuwe bepalingen in te voegen die de bescherming moeten verzekeren van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden» (*Belgisch Staatsblad*, 12 april 1995; *Belgisch Staatsblad*, 5 mei 1999; *Belgisch Staatsblad*, 10 april 2003).

² Zie inzonderheid S. Van Drooghenbroeck, opm. bij Cass., 17 januari 1984, in O. De Schutter en S. Van Drooghenbroeck, alsmede O. De Schutter, *Droit international des droits de l'Homme devant le Juge national*, Brussel, Larcier, 1999, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», blz. 48 e.v.

tions de ces instruments se voient d'ores et déjà reconnaître un effet direct dans la pratique jurisprudentielle belge (ex: le droit de grève³)

– les «acquis» de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, dans la mesure où l'on considérerait que l'article 22*bis* en devenir⁴ ne suffirait pas encore à ce faire.

– les acquis de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle qu'intégrée dans la Constitution européenne, dans la mesure où ils ne feraient pas double-emploi avec les instruments internationaux précédemment cités. L'article II-111, § 1er, de cette Constitution dispose en effet que «Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution» (notre accent).

L'objet de la présente note

La présente note porte sur l'opportunité de «codifier», au travers d'une clause transversale, les principes actuellement en vigueur concernant les «restrictions» aux droits fondamentaux.

Aux fins de faire apparaître d'emblée les enjeux concrets et, le cas échéant, les difficultés associées à une telle codification, les experts ont pris le parti d'élaborer un «brouillon» de texte constitutionnel organisant un régime transversal de restrictions aux droits et libertés. Ce texte est accompagné d'un commentaire qui précise la portée des règles et principes qu'il contient.

Il va de soi que le texte proposé ne prétend nullement à la perfection. Une réflexion ultérieure relative à la portée précise des chacun des droits fondamentaux susceptibles d'être consacrés par le futur titre II de la Constitution, pourra sans doute conduire à amender,

³ Voy. p. ex., C.E., n°52424, 22 mars 1995, A.P.T., 1995, p. 2008; C.E., 3 décembre 2002, F.V. et A.M., N.J.W., 37/2003, p. 779.

⁴ L'article 22*bis* est en effet en cours de révision aux fins d'enrichir la liste des droits qu'il consacre au profit de l'enfant voy. Doc. parl. Chambre, Doc 51/1501/001.

bepalingen om te zetten, en nu reeds wordt aan sommige van die bepalingen in de praktijk rechtstreekse werking verleend in de Belgische rechtspraak (bijvoorbeeld wat het stakingsrecht betreft³);

– de «verworvenheden» van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, in zoverre er vanuit zou worden gegaan dat het toekomstige artikel 22*bis*⁴ daartoe nog niet volstaat;

– het «acquis» inzake de grondrechten van de Europese Unie zoals dit in de Europese Grondwet is opgenomen, in zoverre geen sprake is van overlapping met de reeds aangehaalde internationale verdragen. In artikel II-111, § 1, van die Grondwet is immers het volgende bepaald: «De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend *wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de andere delen van de Grondwet aan de Unie zijn toegedeeld.*» (cursivering door ons).

Het opzet van deze nota

Deze nota gaat na of het opportuun is de vigerende beginselen inzake de beperkingen van de grondrechten te codificeren in een transversale bepaling.

De deskundigen willen van meet af aan niet alleen de concrete inzet van een soortgelijke codificatie aangeven, maar ook wijzen op de mogelijke problemen die zich terzake kunnen voordoen. Vandaar dat zij een ontwerp van een constitutionele tekst hebben uitgewerkt, met een transversal bepaling over de beperking van de rechten en vrijheden. De draagwijdte van de in de tekst opgenomen regels en beginselen wordt toegelicht in een commentaar.

De voorgestelde tekst maakt uiteraard geen aanspraak op volledigheid. Het lijkt geen twijfel dat de voorgestelde tekst bij latere reflectie over de precieze draagwijdte van elk van de grondrechten die in aanmerking komen voor bekrachtiging door de toekomstige titel

³ Zie bijvoorbeeld, Raad van State, arrest nr. 52.424, 22 maart 1995; A.P.T., 1995, blz. 2008; Raad van State, 3 december 2002, F.V. en A.M., N.J.W., 37/2003, blz. 779.

⁴ De herziening van artikel 22*bis* is namelijk aan de gang. Ze strekt ertoe de lijst aan te vullen van de rechten die op grond ervan worden bekrachtigd ten gunste van het kind (zie Kamer, DOC 51 1501/001).

dans une mesure plus ou moins large, le texte proposé. L'intérêt dudit texte, à ce stade, est avant tout «méthodologique»: autour de celui-ci peuvent être articulées, de manière méthodique, les différentes questions que suscite la problématique des restrictions aux droits fondamentaux, et les réponses que la pratique belge leur a d'ores et déjà apportées.

Une autre remarque s'impose: il apparaît en effet que la question des «restrictions» entretient des liens indissolubles avec d'autres questions relatives à la portée des droits fondamentaux et aux autres formes de «limitation» dont il sont susceptibles de faire l'objet. Ces liens seront mis en lumière et «sommairement» analysés dans le commentaire.

Texte proposé

Une analyse syncrétique des règles et principes relatifs à la matière actuellement en vigueur en Belgique, conjugée à la contemplation des «modèles» offerts par certaines «constitutions» étrangères ou européenne récentes (annexe 1), conduit à penser qu'une clause transversale relative aux restrictions pourrait, au sein d'une constitution belge «codifiée», prendre la forme suivante:

«Dans la mesure où celles-ci n'en disposent pas autrement, les droits et libertés garantis par les dispositions du présent titre peuvent faire l'objet de restrictions pourvu que ces restrictions:

- soient prévues par une norme législative;*
- poursuivent un objectif d'intérêt général ou soient rendues nécessaires par la protection des droits et libertés d'autrui;*
- soient nécessaires dans une société démocratique, ce qui implique notamment qu'elles soient proportionnées par rapport au but qu'elles poursuivent».*

Commentaire

«Dans la mesure où celles-ci n'en disposent pas autrement»

La clause transversale proposée fournirait un «droit commun»: les règles et principes qu'elle énonce n'auraient vocation à s'appliquer que si, et dans la mesure où, les dispositions constitutionnelles particulières qui consacrent l'un ou l'autre droit fondamental spécifique n'entendent pas y déroger, en tout ou partie, en organisant elles-mêmes un régime de limitations spécifiques aux droits qu'elles proclament.

Il van de Grondwet, in mindere of meerdere mate zal worden bijgesteld. In dit stadium heeft deze tekst bovenal een «methodologische» waarde; hij kan worden aangewend om de uiteenlopende vragen die er m.b.t. de beperkingen van de grondrechten rijzen, methodisch aan te stippen, alsook om na te gaan in welke mate de Belgische praktijk daarop reeds antwoorden biedt.

Tevens moet worden opgemerkt dat er een onverbreekelijke band bestaat tussen het vraagstuk van de «beperkingen» enerzijds, en andere vraagstukken betreffende de draagwijdte van de grondrechten en de overige «grenzen» waaraan zij zijn onderworpen, anderzijds. Die band zal in het commentaar worden toegelicht en bondig geanalyseerd.

Tekstvoorstel

Op grond van een syncrétische analyse van de in België terzake geldende regels en beginselen, en in het licht van het onderzoek van de «modellen» die bepaalde recentelijk uitgevaardigde buitenlandse of Europese «grondwetten» ons bieden (bijlage 1), zou een transversale bepaling over beperkingen in een «gecodificeerde» Belgische Grondwet als volgt kunnen luiden:

«Voor zover de bepalingen van deze titel er niet anders over beschikken, kunnen de daarin gewaarborgde rechten en vrijheden worden beperkt, op voorwaarde dat die beperkingen:

- worden ingesteld bij een wettelijke norm;*
- een algemeen belang nastreven of noodzakelijk zijn met het oog op de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen;*
- noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, wat met name inhoudt dat zij evenredig zijn met het oogmerk dat zij nastreven.».*

Toelichting

«Voor zover de bepalingen van deze titel er niet anders over beschikken»

De voorgestelde transversale bepaling zou een «gemeenrechtelijke» regeling instellen, waarvan de regels en beginselen alleen toepasselijk zouden zijn voor zover en in de mate dat de grondwettelijke bepalingen die een of ander specifiek grondrecht waarborgen, er niet geheel of gedeeltelijk van afwijken, door zelf een bijzonder beperkingssysteem te organiseren voor het desbetreffende grondrecht.

Plusieurs exemples permettront d'illustrer le fonctionnement de cette clause transversale:

– certaines dispositions constitutionnelles n'autorisent, à l'égard des droits qu'elles consacrent, que des restrictions *répressives*, à l'exclusion des restrictions *préventives*⁵. Il en va ainsi, par exemple, de l'article 25 de la Constitution, en tant qu'il consacre la liberté de presse. Pour le surplus cependant, les restrictions répressives autorisées doivent répondre, selon la jurisprudence belge actuelle, à la triple condition énoncée par la clause transversale proposée (base législative, légitimité du but poursuivi, nécessité dans une société démocratique, proportionnalité). Il s'en déduit que, au sein d'une «Constitution codifiée», l'article 25 pourrait se borner à prévoir que, en dérogation du «droit commun», il n'autorise que les restrictions répressives (ou, ce qui revient au même, qu'il prohibe les restrictions préventives). Pour le surplus, le «droit commun» de la clause transversale trouverait à s'appliquer. Une même solution devrait être retenue, *mutatis mutandis*, à propos des droits qui, selon le droit actuellement en vigueur en Belgique, ne sont pas susceptibles de restrictions préventives.

– l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibe «la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants». La Constitution belge ne comporte, à l'heure actuelle, aucune disposition garantissant expressément ces mêmes prohibitions - même si celles-ci peuvent être «partiellement» reconstruites sur base des articles 22 et 22*bis*. Il apparaîtrait donc normal qu'une Constitution belge «codifiée» consacre à l'avenir, de manière expresse et complète, ces prohibitions. Aux termes de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence qui l'a interprété, ces prohibitions sont absolues, et ne sont susceptibles de limitations d'aucune sorte - qu'il s'agisse de restrictions ou d'autres formes de limitations. En conséquence, la future disposition constitutionnelle belge qui consacrerait ces prohibitions devrait prévoir que, en dérogation totale du droit commun contenu dans la clause transversale, lesdites prohibitions ne sont pas susceptibles de restrictions. Il en irait de même pour toute les dispositions constitutionnelles qui, actuellement ou à l'avenir, consacrent des droits «absolus».

– l'article 4, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme consacre la prohibition du travail forcé ou obligatoire. Il n'est fait exception à cette prohibition que dans les circonstances limitativement énumérées par le § 3 de cette disposition. La Constitution belge ne

Hierna volgen enkele voorbeelden ter illustratie van de werking van die transversale bepaling.

- Ten aanzien van de rechten die zij waarborgen staan sommige grondwetsartikelen alleen *repressieve* beperkingen toe, en sluiten *preventieve* beperkingen uit⁵. Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 25 van de Grondwet, dat de persvrijheid waarborgt. De geoorloofde repressieve beperkingen dienen, volgens de actuele Belgische rechtspraak, evenwel ook nog te voldoen aan alle voorwaarden van de voorgestelde transversale bepaling (wettelijke grondslag, nastreven van een wettig doel, noodzakelijk in een democratische samenleving, evenredigheid). Daaruit volgt dat artikel 25 in een «gecodeificeerde» Grondwet, er zich zou kunnen toe beperken te bepalen dat, in afwijking van het gemeen recht, alleen repressieve beperkingen toegelaten zijn (of, wat op hetzelfde neerkomt, dat preventieve beperkingen verboden zijn). Voor het overige zou de transversale bepaling als gemeenrechtelijke bepaling worden toegepast. *Mutatis mutandis* zou men dezelfde oplossing moeten toepassen voor de andere rechten die, op grond van het thans in België geldend recht, evenmin vatbaar zijn voor preventieve beperkingen.

- Artikel 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt dat niemand mag worden onderworpen aan folteringen noch aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. De Belgische Grondwet bevat tot dusver geen enkele bepaling die dat verbod uitdrukkelijk waarborgt – ook al vindt men dat verbod ten dele terug in de artikelen 22 en 22*bis*. Het lijkt derhalve volkomen normaal dat een «gecodeificeerde» Belgische Grondwet dat verbod in de toekomst uitdrukkelijk én volledig zou bekrachtigen. Naar luid van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de rechtspraak dienaangaande gaat het om een absoluut verbod, dat op generlei wijze mag worden beperkt of begrensd. Daaruit volgt dat de toekomstige Belgische grondwetsbepaling die dat verbod zou bevestigen tevens zou moeten bepalen dat dit verbod niet mag worden beperkt. De bepaling zou dan ook volledig moeten afwijken van de in de transversale bepaling vervatte gemeenrechtelijke regeling. Zulks zou eveneens gelden voor alle constitutionele bepalingen die, thans of in de toekomst, «absolute» rechten inhouden.

- Artikel 4, § 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens stelt dat niemand mag worden gedwongen dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten. Van dat verbod wordt alleen afgeweken onder de voorwaarden die in § 3 van die bepaling beperkend zijn

⁵ Voy. les articles 19, 24, 25, 26 et 27 de la Constitution.

⁵ Zie de artikelen 19, 24, 25, 26 en 27 van de Grondwet.

comporte, à l'heure actuelle, aucune règle expresse consacrant des prohibitions semblables. Une Constitution codifiée devrait les intégrer, en leur associant, le cas échéant, un régime d'exception identique. Dès lors que ce régime est nettement plus étroit que celui qu'organise la clause transversale proposée, l'application de celle-ci devrait être totalement écartée.

Les exemples ici repris illustrent le «fonctionnement» qui pourrait être celui d'une clause transversale relative aux restrictions. Même s'il s'agit d'exemples relativement simples, on aperçoit cependant d'emblée que ce fonctionnement sera assez complexe, s'il envisage de traduire, avec un maximum de fidélité, toutes les nuances qui affectent le régime des restrictions aux différents droits fondamentaux garantis. À cet égard, les experts tiennent à souligner ce qui suit: l'ambition d'une «clause transversale» relative aux limitations est de simplifier et de clarifier l'écriture d'un catalogue de droits fondamentaux, aux fins de le rendre plus lisible par les juges et les citoyens. S'il se révélait, au terme de l'analyse — on ne peut encore à ce stade en préjuger —, que l'insertion d'une telle clause transversale devrait juridiquement être accompagnée d'une batterie de dérogations totales ou partielles trop subtiles et trop nombreuses, l'objectif initial d'allègement et de clarification serait largement manqué. En pareille circonstance, la solution consisterait à renoncer à cette clause transversale, et à en revenir à la technique, légistiquement plus «lourde», qui fut utilisée par les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'Homme. Celle-ci — à la différence de la Charte sociale européenne ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par exemple — ne comporte pas de clause transversale relative aux restrictions aux droits qu'elle consacre: chacune des dispositions de cette Convention organise, de manière particulière, le régime des restrictions éventuellement associées aux droits qu'elle garantit.

La notion de «restriction»

Plusieurs précisions doivent être apportées quant au concept de «restriction» utilisé par la clause transversale proposée.

1° Dans la théorie classique des droits fondamentaux, le concept de «restriction» d'un droit fondamental se définit comme le «traitement diminutif de l'exercice» de ce droit fondamental.

opposé. Tot dusver bevat de Belgische Grondwet geen enkele bepaling die een soortgelijk uitdrukkelijk verbod bevat. Het zou moeten worden opgenomen in de gecodificeerde Grondwet, al dan niet met vermelding van een zelfde uitzonderingsregeling. Aangezien een soortgelijke regeling veel enger is dan die welke door de voorgestelde transversale bepaling wordt ingesteld, moet de toepassing van die bepaling volledig worden uitgesloten.

De bovenstaande voorbeelden geven aan welke uitwerking een transversale beperkingsclausule zou kunnen hebben. Hoewel het om betrekkelijk eenvoudige voorbeelden gaat, is het van meet af aan duidelijk dat de uitwerking van een dergelijke bepaling behoorlijk ingewikkeld zal zijn — tenminste als het in de bedoeling ligt alle aspecten van de beperkingen van de gewaarborgde grondrechten zo getrouw mogelijk weer te geven. In dat verband onderstrepen de deskundigen dat een transversale beperkingsclausule het opstellen van een inventaris van de grondrechten moet vereenvoudigen en verduidelijken, en die inventaris aldus toegankelijker maken voor de rechters én de burgers. Gesteld dat het onderzoek zou uitwijzen — thans is het nog te vroeg om daarop vooruit te lopen — dat de invoeging van een dergelijke transversale bepaling juridisch gepaard zou moeten gaan met een hele reeks van gehele dan wel gedeeltelijke, al te subtiele en al te talrijke afwijkingen, dan zou de oorspronkelijke doelstelling van vereenvoudiging en verduidelijking zeker niet worden gehaald. Mocht die situatie zich voordoen, dan zou men die transversale bepaling achterwege kunnen laten, en teruggrijpen naar de (weliswaar loggere) wetgevingstechniek die werd gebruikt bij de redactie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het Europees Sociaal Handvest, of het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, bevat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens immers geen transversale bepaling over de beperking van grondrechten. Elke bepaling van dat Verdrag houdt daarentegen een specifieke beperkingsregeling in waaraan de daarin gewaarborgde rechten kunnen worden onderworpen.

Het begrip «beperking»

Het begrip «beperking», dat in de voorgestelde transversale bepaling wordt gebruikt, moet op een aantal punten worden verduidelijkt.

1° Volgens de gangbare theorie wordt het begrip «beperking» van een grondrecht gedefinieerd als de «verminderde uitoefening» van dat grondrecht.

Il se distingue par conséquent du concept de «dérogation à un droit fondamental», lequel évoque quant à lui la suspension totale (quoique temporaire) du droit concerné, c'est-à-dire, concrètement, la «mise entre parenthèses juridiques» de la norme qui consacre ce droit. À s'en tenir au seul texte actuel de la Constitution, de telles dérogations aux droits et libertés constitutionnellement consacrés seraient interdites: l'article 187 de la Constitution dispose en effet que «La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie». Toutefois, le contexte des deux guerres mondiales a vu l'adoption de législations qui, effectivement, organisent, en marge du prescrit constitutionnel, de véritables dérogations aux droits constitutionnellement garantis⁶. Il appartiendra sans doute à une note ultérieure de se pencher sur cette question, aux fins d'éclairer le Constituant sur l'opportunité, *vel non*, de constitutionnaliser, par une clause transversale distincte, ces possibilités de dérogations.

Le concept de «restriction à un droit fondamental» doit également être distingué de l'idée selon laquelle «l'abus d'un droit fondamental» serait exclu de la sphère de protection de la disposition qui consacre ce droit fondamental. Cette seconde idée est traduite, notamment, par l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme, lequel dispose que «Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention».

À l'heure actuelle, le titre II de la Constitution ne comprend pas explicitement un dispositif de ce type. Occasionnellement cependant, la Cour d'arbitrage a invoqué cet article 17 de la Convention aux fins d'affirmer l'admissibilité de limitations apportées aux droits constitutionnellement garantis⁷.

Het begrip «beperking» verschilt van het begrip «afwijking» van een grondrecht, dat inhoudt dat het betrokken recht volledig (zij het tijdelijk) wordt opgeschort. Concreet betekent zulks dat de regel die dat recht bekrachtigt, in juridisch opzicht «tussen haakjes wordt geplaatst». Als men alleen de huidige tekst van de Grondwet in aanmerking neemt, zijn dergelijke afwijkingen van de grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden verboden; artikel 187 van de Grondwet bepaalt immers dat de Grondwet «noch geheel, noch ten dele kan worden geschorst». Ten tijde van de beide wereldoorlogen zijn echter wetten aangenomen die, enigszins tegen de constitutionele bepalingen in, wel degelijk reële afwijkingen van de constitutioneel gewaarborgde rechten hebben toegelaten⁶. Dat vraagstuk zal ongetwijfeld in een latere nota aan bod komen, teneinde de grondwetgever voor te lichten over de wenselijkheid om de mogelijkheid tot afwijking al dan niet in de Grondwet op te nemen via een afzonderlijke transversale bepaling.

Het begrip «beperking» van een grondrecht moet eveneens worden onderscheiden van de idee dat het «misbruik van een grondrecht» buiten de beschermings-sfeer zou vallen van de bepaling die dat recht waarborgt. Die tweede idee is met name vervat in artikel 17 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, dat bepaalt dat «geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in het Verdrag zijn vermeld, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien».

Momenteel bevat titel II van de Grondwet geen uitdrukkelijke bepaling van dat type. Het Arbitragehof heeft artikel 17 van dat Verdrag echter wel al aangevoerd om te stellen dat het geoorloofd is de grondwettelijk gewaarborgde rechten in te perken⁷.

⁶ Voy. e. a., J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel II, Antwerpen, Maklu, 1991, pp. 790 et suiv. C. Huberlant, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs. Contribution à l'étude juridique du règlement des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 401; R. Ergéc, «L'État de nécessité en droit constitutionnel belge», *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 145.

⁷ Voy. notamm. C.A., n°45/96, 12 juillet 1996;

⁶ Zie o.a. J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel II, Antwerpen, Maklu, 1991, blz. 790 e.v.; C. Huberlant, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs. Contribution à l'étude juridique du règlement des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Brussel, Bruylant, 1982, blz. 401; R. Ergéc, «L'État de nécessité en droit constitutionnel belge», *Le nouveau droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 1987, blz. 145.

⁷ Zie met name Arbitragehof, arrest nr. 45/96, 12 juli 1996.

L'effet concret d'une telle clause «anti-abus-de-droit» est source d'incertitude, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸.

Sert-elle uniquement à interpréter les clauses relatives aux restrictions admissibles aux droits fondamentaux, ou peut-elle, beaucoup plus radicalement, aboutir à déchoir totalement le «liberticide» des droits fondamentaux qu'il invoque? Cette question devrait être analysée dans une note distincte. Relevons en toute hypothèse, à ce stade, et au titre d'illustration, que si une clause «anti-abus-de-droit» était inscrite dans la Constitution, et que l'on admettait que cette clause est dotée d'un effet radical de «déchéance de protection constitutionnelle», cela signifierait par exemple que les restrictions préventives à la liberté de presse (art. 25), qui sont actuellement en principe totalement prohibées par le droit constitutionnel belge, seraient dorénavant admissibles à l'égard de celui qui «abuse» de la liberté de presse aux fins de destruction des autres droits ou libertés constitutionnellement garantis. Il appartiendra au Constituant de se prononcer sur l'opportunité d'un tel système.

2° Le terme «restriction» est en principe neutre: il évoque tout aussi bien les limitations répressives que préventives. Ceci occasionnera, nous l'avons vu, la nécessité que les dispositions constitutionnelles qui consacrent des droits non susceptibles de restrictions préventives, écartent partiellement l'application de la clause transversale.

3° La portée du concept de «restriction aux droits fondamentaux» s'aperçoit de manière aisée s'agissant des droits fondamentaux qui sont consacrés par une disposition constitutionnelle *self executing*, c'est-à-dire, des droits fondamentaux dont les individus peuvent jouir sans qu'il soit nécessaire qu'un législateur intervienne préalablement pour les mettre en oeuvre (ex. liberté de presse, droit au respect de la vie privée, ...).

Par contre, la portée du concept de restriction est *a priori* plus difficile à saisir s'agissant des droits fondamentaux *non self executing*, c'est-à-dire, des droits fondamentaux dont les individus ne jouissent que si, et dans la mesure où, le législateur compétent est préalablement intervenu pour les concrétiser et le mettre en oeuvre (ex. les droits économiques, sociaux et culturels garantis actuellement par l'article 23, al. 3, de la Constitution; le droit à l'adoption de mesures garantissant l'égale jouissance des droits et libertés par les hommes et les femmes, tel que prévu par l'article 11bis, ...).

⁸ Voy. Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», Handboek EVRM. Deel 2. Artikelgewijze commentaar.

Over het concrete effect van een dergelijke «anti-rechtsmisbruik»-clausule bestaat onzekerheid, met name in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁸.

Dient die clausule uitsluitend om de clausules in verband met geoorloofde beperkingen van de grondrechten te interpreteren, of — veel radicaler — kan ze ertoe leiden «degene die de vrijheid van anderen beoogt te vernietigen» de grondrechten te ontzeggen waarop hij zich beroept? Die vraag zal in een afzonderlijke nota moeten worden onderzocht. In dit stadium merken wij op (louter hypothetisch en ter illustratie) dat mocht een «anti-rechtsmisbruik»-clausule in de Grondwet zijn opgenomen en mocht die clausule het radicaal effect van «verval van grondwettelijke bescherming» hebben, zulks bijvoorbeeld zou betekenen dat de preventieve beperkingen op de persvrijheid (artikel 25), welke thans in principe door het Belgisch grondwettelijk recht volkomen zijn verboden, voortaan mogelijk zouden zijn ten aanzien van wie de persvrijheid misbruikt met het oog op de vernietiging van de andere grondwettelijk gewaarborgde rechten of vrijheden. Het komt de grondwetgever toe zich over de opportuniteit van een dergelijke regeling uit te spreken.

2° De term «beperking» is in principe neutraal: hij slaat zowel op repressieve als op preventieve beperkingen. Vandaar ook, we zagen het reeds, dat de grondwetsbepalingen die rechten waarborgen die niet voor preventieve beperkingen vatbaar zijn, de toepassing van die transversale bepaling deels zullen uitsluiten.

3° De strekking van het begrip «beperking» van de grondrechten is makkelijk in te zien, als het gaat om grondrechten die worden gewaarborgd in een grondwetsbepaling die *self executing* is; dit wil zeggen, grondrechten waarop het individu recht heeft zonder dat een wetgever eerst moet optreden om er uitvoering aan te geven (bijvoorbeeld de persvrijheid, de eerbiediging van het privé-leven enzovoort).

De strekking van het begrip «beperking» is daarentegen *a priori* moeilijker te vatten als het grondrechten betreft die *non self executing* zijn; dat wil zeggen, grondrechten waarop het individu maar recht heeft zo, en in de mate dat, de bevoegde wetgever vooraf is opgetreden om er concreet vorm en uitvoering aan te geven (bijvoorbeeld de thans bij artikel 23, tweede lid, van de Grondwet gewaarborgde economische, sociale en culturele rechten; het recht op het treffen van maatregelen ter waarborging van gelijke rechten en vrijheden tussen mannen en vrouwen, zoals bepaald bij artikel 11bis enzovoort).

⁸ Zie Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar.

Affirmer au travers d'une clause transversale que de tels droits peuvent être «restreints» par une norme législative, semble *prima facie* tautologique et dépourvu de toute portée, puisque, précisément, ces droits «n'existeraient» qu'au travers des interventions législatives qui les ont mis en oeuvre.

À y regarder de plus près cependant, l'application d'une clause transversale de restriction à l'égard de ce type de droits ne serait pas dépourvue de pertinence, dans l'état actuel des règles et principes qui régissent la matière en Belgique.

Il est en effet admis, tant par la doctrine et la jurisprudence, que les dispositions constitutionnelles *non self executing* qui garantissent de tels droits ont au moins un effet de *standstill*: à compter de leur entrée en vigueur, elles font obstacle à ce que le législateur «rétrograde» par rapport au niveau de protection qu'il avait précédemment accordé aux droits qu'elles consacrent. L'existence d'un tel effet de *standstill* est bien attestée par la jurisprudence s'agissant des droits économiques, sociaux et culturels, consacrés par l'article 23, al. 3, de la Constitution⁹. L'existence d'un tel effet de *standstill* fut encore affirmée à l'occasion des travaux préparatoires de

⁹ Voy. notamm. C.A., n°169/2002, 27 novembre 2002, pt. B.6.4 à B.6.6.: «« Il ressort des travaux préparatoires de l'article 23, d'une part, qu'en garantissant le droit à l'aide sociale, le Constituant avait en vue le droit garanti par la loi organique des C.P.A.S. (...), d'autre part, que l'adoption de l'article 23 entraînerait l'obligation, sans pour autant conférer des droits subjectifs précis, de maintenir le bénéfice des normes en vigueur en interdisant d'aller à l'encontre des objectifs poursuivis (obligation dite de *standstill*) (...) »

Il s'ensuit, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la portée normative de l'article 23 dans son ensemble, qu'en matière d'aide sociale, cette disposition constitutionnelle impose aux législateurs de ne pas porter atteinte au droit garanti par la législation qui était applicable le jour où l'article 23 est entré en vigueur.

Cette obligation ne peut toutefois s'entendre comme imposant à chaque législateur, dans le cadre de ses compétences, de ne pas toucher aux modalités de l'aide sociale prévues par la loi. Elle leur interdit d'adopter des mesures qui marqueraient un recul significatif du droit garanti par l'article 23, al. 1^{er} et alinéa 3, 2^o, de la Constitution, mais elle ne les prive pas du pouvoir d'apprécier de quelle manière ce droit sera le plus adéquatement assuré ».

Voy. encore C.A., 5/2004, 14 janvier 2004, pt. B.25.3 : «« (L'effet de *standstill*) interdit (...), en ce qui concerne le droit à l'aide sociale, de régresser de manière significative dans la protection que les législations offraient, dans cette matière, au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23. Il en découle logiquement que, pour juger de la violation éventuelle, par une norme législative, de l'effet de 'standstill' attaché à l'article 23 de la Constitution en ce qu'il garantit le droit à l'aide sociale, la Cour doit procéder à la comparaison de la situation des destinataires de cette norme avec la situation qui était la leur sous l'empire de la législation ancienne »

Door middel van een transversale bepaling stellen dat dergelijke rechten door een wettelijke norm kunnen worden «beperkt», lijkt *prima facie* tautologisch en van enige inhoud gespeend, aangezien die rechten precies slechts bestaan door de tussenkomst van de wetgever die er uitvoering aan geeft.

Bij nader inzien evenwel, zou de toepassing van een transversale bepaling inzake beperkingen, op dergelijke rechten, toch enige relevantie kan hebben, gelet op de huidige stand van de in België ter zake geldende regels en beginselen.

Zowel de rechtsleer als de rechtspraak erkennen immers dat de *non self executing* grondwetsbepalingen die dergelijke rechten waarborgen, ten minste een *standstill*-effect hebben: van zodra zij in werking treden, verhinderen zij dat de wetgever het niveau van bescherming dat hij voorheen had verleend aan de door die bepalingen erkende rechten, afzwakt. Het bestaan van een dergelijk *standstill*-effect blijkt duidelijk uit de rechtspraak over de bij artikel 23, tweede lid, van de Grondwet erkende economische, sociale en culturele rechten⁹. Het bestaan van een dergelijk *standstill*-effect is voorts vooropgesteld naar aanleiding van de parlementaire voorbereiding in

⁹ Zie met name Arbitragehof, arrest nr. 169/2002, 27 november 2002, punten B.6.4. tot B.6.6. «Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 23 blijkt, enerzijds, dat door het recht op sociale bijstand te waarborgen, de Grondwetgever het in de organieke wet betreffende de O.C.M.W.'s gewaarborgde recht op het oog had [...], en, anderzijds, dat de aanneming van artikel 23 de verplichting zou teweegbrengen om, zonder daarom precieze subjectieve rechten te verlenen, de voordelen van de van kracht zijnde normen te handhaven door het verbod in te stellen om tegen de nagestreefde doelstellingen in te gaan (de zogenaamde «*standstill*-verplichting») [...].

Daaruit volgt, zonder dat het nodig is de normatieve draagwijdte van artikel 23 in zijn geheel te onderzoeken, dat inzake het recht op sociale bijstand, die grondwetsbepaling de wetgevers de verplichting oplegt om geen afbreuk te doen aan het recht dat wordt gewaarborgd in de wetgeving die van toepassing was op de dag dat artikel 23 in werking is getreden.

Die verplichting kan echter niet zo worden begrepen dat ze elke wetgever, in het raam van zijn bevoegdheden, de verplichting oplegt om niet te raken aan de modaliteiten van de maatschappelijke dienstverlening bedoeld in de wet. Zij verbiedt hun om maatregelen aan te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen van het in artikel 23, eerste lid en derde lid, 2^o, van de Grondwet gewaarborgde recht, maar zij ontkent hun niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze zou worden gewaarborgd.»

Zie nog Arbitragehof, arrest nr. 5/2004, 14 januari 2004, punt B.25.3. «Dat [*standstill*]-effect verbiedt [...], wat het recht op maatschappelijke dienstverlening betreft, de bescherming die de wetgevingen op dat gebied boden op het ogenblik van de inwerkingtreding van artikel 23, aanzienlijk te verminderen. Hieruit vloeit logischerwijze voort dat, om over de eventuele schending door een wettelijke norm van het *standstill*-effect van artikel 23 van de Grondwet te oordelen, in zoverre het het recht op sociale bijstand waarborgt, het Hof de situatie van de adressaten van die norm moet vergelijken met hun situatie onder de gelding van de vroegere wetgeving.»

l'article 11bis de la Constitution, s'agissant du droit *non-self executing* à l'adoption de mesures garantissant l'égalité jouissance des droits et libertés aux femmes et aux hommes¹⁰.

Cette obligation de *standstill* est-elle *absolue* — il se rait interdit au législateur de «rétrograder», quelles que soient les circonstances —, ou simplement *relative*, et à ce titre, susceptible de «restrictions» — il est des circonstances dans lesquelles il est permis de rétrograder —? La doctrine se prononce en général pour la seconde solution¹¹, et il en va de même pour la seule décision de justice qui, jusqu'à présent, s'est penchée sur la question: le Conseil d'État admet en l'occurrence que des «raisons impérieuses» puissent justifier une rétrogradation par rapport à un niveau de protection déjà acquis¹².

Si le Constituant, dans le cadre d'une codification, venait à confirmer, non seulement l'effet de *standstill* s'attachant aux dispositions *non self executing* consacrant des droits fondamentaux, mais aussi le caractère relatif de cette effet de *standstill*, alors, l'application de la clause transversale relative aux restrictions à l'égard de ces dispositions prendrait tout son sens: à l'image de l'arrêt du Conseil d'État cité plus haut, cette clause aurait pour effet de subordonner les «rétrogradations» aux conditions de légitimité du but poursuivi, et de proportionnalité.

verband met artikel 11bis van de Grondwet, over het *non self executing*-recht om maatregelen te nemen ter waarborging van gelijke rechten en vrijheden tussen mannen en vrouwen¹⁰.

Is die *standstill*-verplichting *absoluut* (het zou de wetgever verboden zijn ongeacht de omstandigheden de rechten «af te zwakken») of gewoon *relatief*, en als dusdanig vatbaar voor «beperkingen»? Zijn er omstandigheden waarin men deze rechten toch mag terugschroeven? De rechtsleer spreekt zich in het algemeen uit voor de tweede oplossing¹¹, en hetzelfde geldt voor de enige rechterlijke beslissing die tot op heden over die zaak gaat: de Raad van State geeft in dit geval toe dat «dwingende redenen» een teruggang ten opzichte van een al verworven niveau van bescherming kunnen verantwoorden¹².

Als de grondwetgever in het kader van een codificatie zou overgaan tot een erkenning van niet alleen het *standstill*-effect dat verbonden is aan de *non self executing*-bepalingen die grondrechten waarborgen, maar ook van het *relatieve* karakter van dat *standstill*-effect, dan zou de toepassing van de transversale beperkingclausule in verband met die bepalingen haar volle betekenis krijgen: naar het voorbeeld van het hiervoor genoemde arrest van de Raad van State zou die clausule tot gevolg hebben dat de «teruggang» ondergeschikt zou worden gemaakt aan de voorwaarden inzake legitimiteit van het nagestreefde doel en inzake proportionaliteit.

¹⁰ Voy.e.a. G. Goedertier, «De Wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid tussen vrouwen en mannen is gewaarborgd», *R.W.*, 2003-2004, p. 250.

¹¹ E. BREMS, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europees Recht», *T.B.P.*, 1995, p. 632; S. WYCKAERT, «Het 'standstill'-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State», *A.J.T.*, 1999, p. 415; H. FUNCK, «Le droit à l'aide sociale dans la Constitution: quelle incidence sur le droit à l'aide sociale?», *Rev. dr. com.*, 1996, p. 276 à 278; B. JADOT, «Le droit à la conservation de l'environnement», *Amén.*, numéro spécial, 1996, p. 232, point 2.2.2.; M. VERDUSSEN et A. NOEL, «Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993», *A.P.T.*, 1994, p. 132.

¹² C.E., n°80.018, 29 avril 1999, pt. 5.1.4.1: «Overwegende dat artikel 23 van de Grondwet voor eenieder het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu inhoudt; dat dit grondrecht onder meer lijkt in te houden dat de versoepeling van de bestaande milieunormen slechts als verenigbaar met de Grondwet kan worden geacht indien daarvoor dwingende redenen voorhanden zijn; (...)» (notre accent).

¹⁰ Zie o.a. G. Goedertier, «De Wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid tussen vrouwen en mannen is gewaarborgd», *R.W.*, 2003-2004, blz. 250.

¹¹ E. BREMS, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europees Recht», *T.B.P.*, 1995, blz. 632; S. WYCKAERT, «Het 'standstill'-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State», *A.J.T.*, 1999, blz. 415; H. FUNCK, «Le droit à l'aide sociale dans la Constitution: quelle incidence sur le droit à l'aide sociale?», *Rev. dr. com.*, 1996, blz. 276 tot 278; B. JADOT, «Le droit à la conservation de l'environnement», *Amén.*, bijzonder nummer, 1996, blz. 232, punt 2.2.2.; M. VERDUSSEN en A. NOEL, «Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993», *A.P.T.*, 1994, blz. 132.

¹² Raad van State, arrest nr. 80.018, 29 april 1999, punt 5.1.4.1: «Overwegende dat artikel 23 van de Grondwet voor eenieder het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu inhoudt; dat dit grondrecht onder meer lijkt in te houden dat de versoepeling van de bestaande milieunormen slechts als verenigbaar met de Grondwet kan worden geacht indien daarvoor dwingende redenen voorhanden zijn; (...)» (onze cursivering).

Norme législative

La notion de «norme législative» est actuellement inconnue de la Constitution belge, et est empruntée à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage¹³. Elle renvoie à un acte législatif, sans préjuger de l'identité de l'auteur de cet acte (État fédéral, Communauté ou Région): elle est donc parfaitement neutre du point de vue de la répartition des compétences. Une «norme législative», au sens de la clause transversale relative aux restrictions, pourra tout aussi bien être une loi fédérale qu'un décret ou une ordonnance. La question de savoir quel législateur sera, concrètement, compétent pour restreindre tel ou tel droit ou liberté ou adopter les mesures qui donnent à ce droit ou cette liberté sa pleine effectivité, devrait être réglée par une clause transversale distincte. Cette dernière clause transversale «codifierait» l'enseignement convergent de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État, enseignement selon lequel la limitation et la mise en oeuvre des droits et libertés est — en principe¹⁴ — une compétence exclusive «partagée» de l'État fédéral, des Communautés et des Régions. Un arrêt de la Cour d'arbitrage du 29 novembre 2000 énonce à ce propos que «la consécration de droits et libertés fondamentaux par la Constitution et les traités internationaux ne signifie en aucune manière qu'en tant que telle, la réglementation de ces droits et libertés n'appartiendrait qu'à l'autorité fédérale»¹⁵. En conséquence, «c'est à chaque autorité qu'il appartient d'en assurer le respect en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes»¹⁶.

¹³ C.A., n°92/2004, 19 mai 2004, pt. 42/

¹⁴ Sauf lorsque la Constitution elle-même en dispose autrement. Ainsi et par exemple, l'article 22, al. 1, de la Constitution, dispose que les restrictions aux droits au respect de la vie privée et familiale doit être prévues «par la loi (fédérale)». La portée de cette réserve de compétence au législateur fédéral a été nuancée par la Cour d'arbitrage : voy. C.A., 51/2003, 30 avril 2003, pt. B.4.12; C.A., n°162/2004, 20 octobre 2004, pt. B.5.2. : «Une ingérence dans la vie privée qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée relève certes du législateur compétent pour régler cette matière, mais le législateur décentralisé est tenu de respecter la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute matière».

¹⁵ C.A., n°124/2000, 29 novembre 2000, pt. B.4.2.

¹⁶ Voy. l'avis rendu par le Conseil d'État le 16 février 1999 à propos de la future loi du 7 mai 1999 (*Doc. parl. Chambre*, sess. 1998-1999, n°2057/1, ici p. 35) «Les droits fondamentaux définis par des normes juridiques supérieures ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. Lorsque la mise en oeuvre d'un droit fondamental de l'espèce requiert une réglementation complémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient d'édicter les règles nécessaires».

Wettelijke norm

Het begrip «wettelijke norm» komt in de Belgische Grondwet thans niet voor; het komt uit de rechtspraak van het Arbitragehof¹³. Het verwijst naar een wettelijke handeling, zonder te bepalen wie die handeling stelt (federale Staat, gemeenschap, gewest): het is dus volstrekt neutraal vanuit het standpunt van de bevoegdheidsverdeling. Een «wettelijke norm» in de zin van de transversale beperkingsclausule zou evengoed een federale wet als een decreet of een ordonnantie kunnen zijn. De vraag welke wetgever in concreto bevoegd is om dit of dat recht of deze of gene vrijheid te beperken, dan wel de maatregelen te nemen, die aan dat recht of die vrijheid volle uitwerking geven, zou in een afzonderlijke transversale clausule moeten worden geregeld. Die clausule zou een «codificatie» zijn van de convergerende lering van het Arbitragehof en de Raad van State, namelijk dat de beperking en uitvoering van de rechten en vrijheden — in principe¹⁴ — een «gedeelde», exclusieve bevoegdheid is van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten. Een arrest van het Arbitragehof van 29 november 2000 stelt in dat opzicht: «Het feit dat de Grondwet en de internationale verdragen fundamentele rechten en vrijheden erkennen, betekent geenszins dat de regeling ervan als dusdanig enkel de federale overheid zou toekomen.»¹⁵; bijgevolg staat het «aan elke overheid de inachtneming ervan te waarborgen door ze te concretiseren wanneer zij haar bevoegdheid uitoefent.» (*ibidem*)¹⁶.

¹³ Arbitragehof, arrest nr. 92/2004, 19 mei 2004, punt B.4.2.

¹⁴ Behalve als de Grondwet zelf iets anders voorschrijft. Zo bepaalt artikel 22, eerste lid, van de Grondwet bijvoorbeeld dat de beperkingen van het recht op de eerbiediging van het privé- en gezinsleven moeten worden bepaald «door de wet» (de federale wet). De strekking van dat bevoegdheidsvoorbehoud ten voordele van de federale wetgever werd door het Arbitragehof genuanceerd: zie Arbitragehof, arrest nr. 51/2003, 30 april 2003, punt B.4.12; Arbitragehof, arrest nr. 162/2004, 20 oktober 2004, punt B.5.2.: «Weliswaar doet de omstandigheid dat een inmenging in het privé-leven het gevolg is van de regeling van een welbepaalde aan de decreetgever toegewezen aangelegenheid geen afbreuk aan diens bevoegdheid, maar de decreetgever is gehouden door de algemene federale regelgeving die als minimumregeling geldt in welke aangelegenheid ook.».

¹⁵ Arbitragehof, arrest nr. 124/2000, 29 november 2000, punt B.4.2.

¹⁶ Zie het advies van de Raad van State van 16 februari 1999 naar aanleiding van wat de wet van 7 mei 1999 zal worden (Parl. Stuk, Kamer, G.Z. 1998-1999, nr. 2057/1, blz. 35.): «Door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten zijn geen aangelegenheden op zich, maar zijn beginselen die door de onderscheiden overheden bij de regeling van de hun toegewezen aangelegenheden moeten worden in acht genomen. Wanneer de effectuering van zulk een grondrecht bijkomende regelgeving vereist, of wanneer het noodzakelijk wordt geacht de draagwijdte van zulk een grondrecht met betrekking tot een bepaalde aangelegenheid te concretiseren, is het de voor die aangelegenheid bevoegde overheid die de hiertoe nodige regels dient aan te nemen.».

Le fait de réserver exclusivement à un «acte législatif», par opposition à un «acte exécutif», le soin de déterminer les restrictions susceptibles d'affecter les droits et libertés, constitue la traduction d'un principe général qui, depuis 1831, est sous-jacent à l'ensemble du titre II de la Constitution (voy. p. ex., les articles 8; 12, al. 2; 14; 15, 16; 22, 23, 24, § 1^{er}; 26, al. 2; ...).

Le Conseil d'État estime en particulier que ce principe de «réserve à la loi formelle» s'applique même lorsque la disposition constitutionnelle en cause ne le prévoit pas expressément (p. ex. à propos de la liberté d'association consacrée par l'article 27). De ce principe, le Conseil d'État déduit, de manière constante, que le législateur ne saurait déléguer complètement au Pouvoir exécutif le soin de déterminer lui-même si, dans quelles circonstances et à quelles conditions les droits fondamentaux peuvent être restreints. Il appartient à la norme législative elle-même de fixer les «modalités essentielles» de la restrictions autorisées, et si une quelconque délégation intervient pour le surplus au profit du Pouvoir exécutif, celle-ci doit être «précise» et «limitée».

Il subsiste par contre une incertitude sur la question de savoir si ce principe de «réserve à la loi formelle» s'impose également, en Belgique, s'agissant des restrictions apportées à des droits et libertés garanties par la Convention européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de la Cour de cassation semble, sur ce point, particulièrement hésitante. Dans un arrêt du 21 avril 1998, cette Cour estima que la «loi», à l'existence de laquelle est subordonnée la licéité des restrictions au droit au respect du domicile en vertu de l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme, est, en Belgique, une «loi au sens formel», c'est-à-dire un acte législatif¹⁷. Par contre, un arrêt de cette même Cour daté du 29 juin 2000¹⁸ semble avoir admis que la «loi», à l'existence de laquelle est subordonnée la licéité des restrictions à la liberté d'expression visées par

Door de mogelijke beperkingen van rechten en vrijheden aan een «wetgevende handeling» en niet aan een «uitvoerende handeling» voor te behouden, wordt een algemeen beginsel verwoord dat sinds 1831 het geheel van titel II van de Grondwet onderbouwt (zie terzake bijvoorbeeld de artikelen 8, 12, tweede lid, 14, 15, 16, 22, 23, 24, § 1, 26, tweede lid enzovoort).

De Raad van State is met name van oordeel dat het beginsel van het «voorbehoud van de formele wet» van toepassing is, zelfs al voorziet de desbetreffende grondwetsbepaling daarin niet uitdrukkelijk (wat bijvoorbeeld het geval is voor de in artikel 27 vervatte vrijheid van vereniging). Uit dat beginsel leidt de Raad van State steeds af dat de wetgever de uitvoerende macht niet integraal kan machtigen om zelf te bepalen of, in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de grondrechten kunnen worden beperkt. Het komt de wettelijke norm zelf toe de «wezenlijke modaliteiten» van de toegestane beperkingen te bepalen; en indien om het even welke machtiging aan de uitvoerende macht wordt verleend, moet die machtiging nauwkeurig worden omschreven en beperkt blijven.

Er heerst evenwel onzekerheid over de vraag of dit beginsel van het «voorbehoud van de formele wet» in België ook verplicht van toepassing is wanneer het er om gaat beperkingen op te leggen aan rechten en vrijheden die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het komt ons voor dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie op dat punt bijzonder onzeker is. In een arrest van 21 april 1998 oordeelde dat Hof dat de wet, die vereist is om te voorzien in beperkingen van het recht op eerbiediging van de woning, in de zin van artikel 8.2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in België een «formele wet» is, met andere woorden een wetgevende handeling¹⁷. Een door datzelfde Hof gewezen arrest van 29 juni 2000¹⁸

¹⁷ Cass., 21 april 1998, *Pas.*, I, n°204 : «Attendu que, dans le système juridique belge, la loi visée par l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est une loi au sens formel, qui est accessible et précise»

¹⁸ Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, I, n°420 : «Attendu que cette disposition n'interdit pas toute restriction à l'exercice de la liberté d'expression, pourvu qu'elle trouve son fondement dans la loi; Que, pour l'application de cette disposition, le terme «loi» désigne toute norme de droit interne, écrite ou non, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, pour autant que cette norme soit accessible aux personnes concernées et soit énoncée de manière précise; (...)». Dans un sens indentique, voy. Cass., 14 mai 1987, *Pas.*, I, 1067; Cass. 9 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, n°450 (solution implicite), à propos de la notion de «loi» au sens de l'article 8, § 2; de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁷ Cass., 21 april 1998, *Pas.*, I, nr. 204 : «Overwegende dat de in artikel 8, § 2 EVRM bedoelde wet – in de Belgische rechtssfeer – een wet in de formele zin is, die toegankelijk en precies is;».

¹⁸ Cass., 29 juni 2000, *Pas.*, I, nr. 420 : «Overwegende dat die bepaling niet elke beperking van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting verbiedt, mits zij steun vindt in de wet; Dat voor de toepassing van die bepaling onder de term «wet» wordt verstaan elke, al dan niet geschreven regel van nationaal recht, zoals ze door de rechtspraak wordt geïnterpreteerd, mits die regel toegankelijk is voor de betrokken personen en in nauwkeurige bewoordingen is gesteld; (...)». Voor een toelichting met eenzelfde strekking, zie Cass., 14 mei 1987, *Pas.*, I, 1067; Cass. 9 april 1999, *Pas.*, 1999, I, nr. 450 (impliciete oplossing), over het begrip «wet» in de zin van artikel 8, § 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

l'article 10, § 2, de la Convention, désigne «toute norme juridique quelconque» (législative ou non), pourvu qu'elle soit suffisamment accessible et prévisible dans ses effets. Si la seconde solution n'est pas reprochable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁹, seule la première est en revanche pleinement respectueuse du principe dit «de la clause la plus favorable» consacré par l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁰. Une codification constitutionnelle qui intégrerait l'ensemble des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme, et qui soumettrait les restrictions à ceux-ci à l'exigence d'une «norme législative» par le biais d'une clause transversale, aurait le mérite d'aplanir définitivement les controverses et incertitudes que suscite actuellement la jurisprudence prédécrite de la Cour de cassation.

Enfin, et eu égard aux principes d'ores et déjà développés sur ce point par les juridictions belges (à propos des actuelles dispositions du titre II) et par la Cour européenne des droits de l'Homme²¹ (à propos de la Convention européenne des droits de l'Homme), la seule norme législative admissible aux fins de restriction des droits et libertés est celle qui est suffisamment *accessible et prévisible* dans ses effets.

Intérêt général et protection des droits d'autrui

Tant au niveau de la jurisprudence portant interprétation du titre II de la Constitution, qu'au sein des instruments internationaux d'ores et déjà ratifiés par la Belgique, il est une exigence invariable: les restrictions apportées aux droits et libertés doivent poursuivre un but légitime.

Tantôt ce «but légitime» n'est pas autrement défini que par le biais de notion très générales. Ainsi la jurisprudence de la Cour d'arbitrage estime-t-elle que les distinctions de traitement ne peuvent être compatibles

lijkt daarentegen te aanvaarden dat de «wet» die bepaalt dat de in artikel 10.2, van het Verdrag bedoelde beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, naar om het even welke juridische norm (al dan niet een wet) verwijst, op voorwaarde dat die norm voldoende toegankelijk is en de gevolgen ervan voorspelbaar zijn. Daarbij zij aangestipt dat, terwijl de tweede oplossing de toets van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens¹⁹ wellicht zou doorstaan, de eerste daarentegen volledig spoort met het zogenaamde beginsel van de «meest gunstige clausule», vervat in artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens²⁰. Een codificatie in de Grondwet waarin alle, door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde rechten zouden worden opgenomen en die de beperkingen van die rechten, via een transversale clausule, zou onderwerpen aan de vereiste van een wettelijke norm, zou het voordeel bieden de meningsverschillen en de onzekerheden daaromtrent, waartoe voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie thans aanleiding geeft, definitief uit de wereld te helpen.

Gelet op de beginselen die terzake reeds door de Belgische rechtscollages werden ontwikkeld over de bepalingen van titel II van de Grondwet en gelet op de beginselen die terzake door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werden ontwikkeld over het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, kan men stellen dat de enige wettelijke norm die aanvaardbaar is om rechten en vrijheden in te perken, die is welke *voldoende toegankelijk is en voorspelbaar wat de gevolgen ervan betreft*²¹.

Algemeen belang en bescherming van de rechten van anderen

Zowel de rechtspraak met betrekking tot de interpretatie van titel II van de Grondwet als de thans door België geratificeerde internationale verdragen doen onveranderlijk één vereiste gelden: de beperking van rechten en vrijheden moet een rechtmatig doel beogen.

Soms wordt dat «rechtmatig doel» slechts aan de hand van zeer algemene begrippen omschreven. Zo geeft de rechtspraak van het Arbitragehof aan dat de verschillen in behandeling slechts met de artikelen 10 en 11 van de

¹⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Le Royaume-Uni* du 26 avril 1979, Série A, n°30, § 47

²⁰ Voy. R. Ergéc, *Introduction au droit public*, t. II, *Les droits et libertés*, 2ème éd., Kluwer, 2003, p. 56

²¹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Maestri c. Italie* du 17 février 2004, § 30.

¹⁹ Zie Europees Hof, R.M, arrest *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk* van 26 april 1979, Reeks A, nr. 30, § 47.

²⁰ Zie. R. Ergéc, *Introduction au droit public*, deel II, *Les droits et libertés*, tweede uitgave., Kluwer, 2003, blz. 56

²¹ Zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest *Maestri t. Italiaanse Staat* van 17 februari 2004, § 30.

avec les articles 10 et 11 de la Constitution que si elles poursuivent un «but légitime». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne parle quant à elle d'«objectifs d'intérêt général» et de «protection des droits d'autrui» (art. II-112, § 1 de la Constitution européenne). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative aux restrictions qui affectent les droits implicitement garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme (ex. droit d'accès à un tribunal; droits de vote et d'éligibilité, ...) utilise pour sa part les vocables de «but légitime»²² ou, plus rarement, de «raisons valables».

Certains des instruments internationaux ratifiés par la Belgique, au sein desquels le système des «clauses particulières» a été préféré à celui des «clauses transversales» aux fins de régler la question, comportent par contre, sous forme d'une énumération limitative, une spécification plus précise des «buts légitimes» au profit desquels les droits et libertés qu'ils consacrent peuvent être limités. C'est le cas des «§ 2» respectifs des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et de leurs équivalents au sein du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La clause transversale ici proposée emprunte la technique des «notions génériques» («Intérêt général, protection des droits et libertés d'autrui»). Faut-il redouter que, ce faisant, elle place la Constitution belge en porte-à-faux vis-à-vis des clauses de la Convention européenne des droits de l'Homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, quant à elles, énumèrent limitativement et précisément les «buts légitimes»?

Si un risque existe sur ce point, force est de constater qu'il demeure très théorique. À s'en tenir aux seuls textes, on constatera en effet que la «somme» des buts légitimes énumérés par une disposition telle que l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme, aboutit *de facto* à couvrir un ensemble de situations identique à celui que couvre pour sa part, le concept «d'intérêt général». De surcroît, l'on observe que la Cour européenne des droits de l'Homme pratique une interprétation assez extensive des «buts légitimes» énumérés par les «paragraphes 2» respectifs des articles 8

Grondwet verenigbaar zijn zo ze een rechtmatig doel beogen. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie heeft het dan weer over «doelstellingen van algemeen belang» en over «de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen» (artikel II – 112, § 1, van de Europese Grondwet). De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft het, met betrekking tot de beperkingen van impliciet door het Europees Verdrag voor de rechten van de mens gewaarborgde rechten (zoals het recht op toegang tot de rechter, het stemrecht, het recht om zich verkiesbaar te stellen, ...) dan weer over een rechtmatig doel of – minder vaak – over geldige redenen²².

In een aantal door België geratificeerde internationale verdragen werden daarentegen «bijzondere clausules» verkozen boven «transversale clausules». Die verdragen bevatten in de vorm van een exhaustieve opsomming, een meer nauwkeurige omschrijving van de «rechtmatige doelstellingen», ten voordele waarvan de rechten en vrijheden die ze waarborgen kunnen worden beperkt. Dat is met name het geval voor de respectieve paragrafen 2 van de artikelen 8 tot 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en van de daaraan gelijkwaardige artikelen van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

De hier voorgestelde transversale clausule neemt de techniek van de zogenaamde generieke begrippen (algemeen belang, bescherming van de rechten en vrijheden van anderen) over. Is de vrees gewettigd dat de clausule, door die werkwijze, de Belgische Grondwet strijdig zou maken met de clausules van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens of van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, die een exhaustieve en nauwkeurige opsomming van de «rechtmatige doelstellingen» geven?

Dat risico is misschien niet volkomen denkbeeldig, maar lijkt ons toch veeleer theoretisch. Wie zich louter en alleen aan de teksten houdt, zal vaststellen dat de «optelsom» van de rechtmatige doelstellingen, die door een soortgelijk artikel als artikel 8.2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens wordt opgesomd, *de facto* leidt tot de dekking van een geheel van situaties dat identiek is aan het geheel van situaties dat het begrip «algemeen belang» dekt. Bovendien stelt men vast dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een vrij ruime interpretatie geeft

²² Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987, Série A, n°113, § 52; Cour eur. D.H., arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, Série A, n°93, § 56; Cour eur. D.H., arrêt *Krombach c. France* du 13 février 2001, § 96; ...

²² Zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens., arrest *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. Belgische Staat* van 2 maart 1987, Reeks A, nr. 113, § 52; Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest *Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk* van 28 mei 1985, Reeks A, nr. 93, § 56; Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest *Krombach t. Franse Staat* van 13 februari 2001, § 96; ...

à 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme²³. En atteste le fait que, à notre connaissance, cette Cour n'a jamais censuré une mesure étatique restrictive de liberté au motif que celle-ci ne poursuivrait pas l'un des buts légitimes énumérés par les dispositions concernées.

En conséquence, le «décalage» existant entre la clause transversale proposée et le système utilisé par la Convention européenne des droits de l'Homme, est plus apparent que réel.

De surcroît, tout risque résiduaire qui serait lié à un tel décalage pourrait être adéquatement «neutralisé» par l'adjonction d'une autre clause transversale relative à l'obligation d'interpréter et d'appliquer les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés de manière «conforme» aux dispositions internationales et européennes consacrant des droits et libertés homologues. Cette clause transversale d'interprétation conforme, dont les articles II-112, §§ 3 et 4 et II-113 de la Constitution donnent une illustration intéressante²⁴ (annexe 2), serait utile, non seulement pour régler la question des «buts légitimes» ici envisagée, mais aussi, et plus généralement, pour remédier aux inévitables imperfections d'une «codification» constitutionnelle qui, sauf à sombrer dans un luxe de détails, ne saurait offrir un reflet totalement fidèle et exhaustif de l'ensemble - vaste et hétérogène - des engagements européens et internationaux de la Belgique en matière de droits de l'Homme (voy. également ci-avant, p. 2, n°2).

van de rechtmatige doelstellingen die telkens in de respectieve paragrafen 2 van artikel 8 tot 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens worden opgesomd²³. Ter staving daarvan zij erop gewezen dat dit Hof, voorzover ons bekend is, nog nooit enige door een Staat genomen vrijheidsbeperkende maatregel heeft veroordeeld, met als argument dat die maatregel niet één van de door de kwestieuze bepalingen opgesomde doelstellingen zou nastreven.

Daaruit kunnen we concluderen dat tussen de voorgestelde transversale clausule en de regeling die door het Europees Verdrag voor de rechten van de mens wordt gehanteerd, veeleer een ogenschijnlijke dan een reële discrepantie bestaat.

Daar komt nog bij dat ieder overblijvend risico dat aan een soortgelijke discrepantie gerelateerd zou zijn, perfect kan worden weggewerkt door de toevoeging van een andere transversale bepaling, die zou opleggen de grondwettelijke bepalingen over de rechten en de vrijheden te lezen en uit te voeren op een wijze die «overeenstemt met» de internationale en Europese bepalingen die gelijksoortige rechten en vrijheden verankeren. Van een dergelijke transversale bepaling inzake een conforme interpretatie, bieden artikel II-112, §§ 3 en 4, alsmede artikel II-113 van de Europese Grondwet een interessante illustratie²⁴ (zie bijlage 2). Een soortgelijke clausule kan nuttig zijn, niet alleen om de hier opgeworpen kwestie van de rechtmatige doelstellingen te beslechten, maar tevens (en meer in het algemeen) om de onvermijdelijke onvolkomenheden van een grondwettelijke codificatie weg te werken. Tenzij ze zou vervallen in een veelheid aan details, kan een soortgelijke codificatie immers nooit een getrouw en exhaustief beeld geven van het – zeer ruime en heterogene – geheel van de verbindenissen die België terzake op Europees en internationaal vlak is aangegaan (zie ook *supra*, blz. 2, nr. 2).

²³ Voy. J. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidrechten van het Europees Verdrag tot bescherming vnn de recht van de Mens*, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, 1996, pp. 183 et suiv. E. Kastanas, *Unité et diversité. Notions autonomes et margena nationale d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 74 et suiv.

²⁴ Voy. également J. Clement, W. Pas., B. Seutin, G. van Haegendoren et J. Van Nieuwenhoven, *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen*, Brugge, Die Keure, 1996, pp. 69-70. Les auteurs proposent d'insérer dans la Constitution fédérale une clause transversale rédigée comme suit : «De grondrechten gelden voor een ieder die zich op het grondgebied van het Koninkrijk bevindt en ten aanzien ven alle overheden, zonder evenwel afbreuk te doen aan de ruimere bescherming die de internationale en supranationale verdragen en de grondwetten van de deelstaten voorzien».

²³ Zie. J. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens*, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, 1996, blz. 183 en volgende; E. Kastanas, *Unité et diversité. Notions autonomes et marge nationale d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1996, blz. 74 et volgende.

²⁴ Zie ook J. Clement, W. Pas., B. Seutin, G. van Haegendoren et J. Van Nieuwenhoven, *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen*, Brugge, Die Keure, 1996, blz. 69-70. De auteurs stellen voor de volgende transversale clausule in de federale Grondwet in te voegen: «De grondrechten gelden voor een ieder die zich op het grondgebied van het Koninkrijk bevindt en ten aanzien ven alle overheden, zonder evenwel afbreuk te doen aan de ruimere bescherming die de internationale en supranationale verdragen en de grondwetten van de deelstaten voorzien».

Les exigences de «nécessité dans une société démocratique» et de «proportionnalité»

L'exigence de proportionnalité s'est imposée, dans les textes et dans la jurisprudence, comme une condition cardinale pour la validité des restrictions aux droits et libertés, que ceux-ci soient consacrés par la Constitution belge ou par les instruments internationaux liant (dans l'immédiat ou à l'avenir) la Belgique, à l'instar, par exemple, de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle qu'intégrée dans la Constitution européenne (art. II-112, § 1). La consécration explicite de cette exigence dans une clause constitutionnelle transversale semble donc aller de soi, et confirmerait au demeurant le rôle de première importance qui lui est dévolu dans le droit des libertés publiques.

Cette consécration permettrait également — et ce serait au demeurant son intérêt majeur sur le plan juridique — que le Constituant clarifie, au travers des travaux préparatoires, la *portée exacte de l'exigence de proportionnalité*, portée à propos de laquelle subsistent encore en Belgique, à l'heure actuelle, certaines incertitudes doctrinales et hésitations jurisprudentielles.

Dans la théorie classique des droits fondamentaux, telle qu'héritée du droit constitutionnel allemand, l'exigence de proportionnalité se décompose en réalité en une triple exigence: l'appropriation, la nécessité, et la proportionnalité au sens strict.

– l'appropriation: il faut que la mesure restrictive de liberté soit apte à réaliser le but légitime qu'elle poursuit, ou, à tout le moins, à contribuer à la réalisation de ce but;

– la nécessité: lorsqu'il s'offre à l'autorité plusieurs mesures permettant de réaliser le but poursuivi, l'autorité est tenue de choisir la mesure qui porte le moins atteinte aux droits et libertés en cause (*less restrictive alternative*);

– la proportionnalité au sens strict: même appropriée et nécessaire au sens prédécrit, la mesure restrictive de liberté ne doit pas causer, à cette liberté, un préjudice disproportionné par rapport au bénéfice qu'en tire l'intérêt général. Il s'agit, en d'autres termes, de réaliser un «bilan coût-avantage» de la mesure.

De vereisten inzake «de noodzaak in een democratische maatschappij» en inzake «proportionaliteit»

In de teksten en in de rechtspraak geldt de proportionaliteitsvereiste als een essentiële voorwaarde waaraan moet voldaan zijn vooraleer beperkingen van de rechten en vrijheden rechtsgeldig zijn, ongeacht of het daarbij om rechten en vrijheden gaat die opgenomen zijn in de Grondwet dan wel om in de internationale, België (momenteel of in de toekomst) bindende verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de rechten van de mens of het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (artikel II-112, § 1). De uitdrukkelijke verankering van die vereiste in een transversale grondwettelijke clausule lijkt dus de evidentie zelve en zou voorts de eersterangsrol illustreren die voor die vereiste is weggelegd in het recht van openbare vrijheden.

Bovendien zou die verankering — en daarin zou overigens het grote belang ervan op juridisch vlak liggen — het mogelijk maken dat de grondwetgever, in de loop van de parlementaire voorbereiding, de *exacte draagwijdte van de proportionaliteitsvereiste* kan uitklaren; momenteel bestaan in België over die draagwijdte namelijk nogal wat onzekerheden binnen de rechtsleer en heerst ook onzekerheid in de rechtspraak.

Luidens de gangbare — uit het Duitse grondwettelijk recht overgeërfde - grondrechtelijke theorie, wordt de proportionaliteitsvereiste *de facto* opgedeeld in drie afzonderlijke vereisten: de afstemming, de noodzaak en de evenredigheid in de enge zin.

– De afstemming: de vrijheidsbeperkende maatregel moet geschikt zijn om het rechtmatige doel waarop de maatregel gericht is, te bereiken of daar op z'n minst een bijdrage toe te leveren.

– De noodzaak: wanneer een overheid voor de keuze wordt gesteld uit verscheidene maatregelen te kiezen om het nagestreefde doel te verwezenlijken, dan is die overheid verplicht te opteren voor die maatregel die de in het geding zijnde rechten en vrijheden het minst aantast (*het zogenaamde less restrictive alternative*);

– De evenredigheid in de enge zin: zelfs als de vrijheidsbeperkende maatregel in de voormelde zin passend en noodzakelijk is, mag die de vrijheid geen nadeel berokkenen dat onevenredig is ten aanzien van het voordeel voor het algemeen belang. Met andere woorden, het gaat erom een «kosten en baten-analyse» van de maatregel te maken.

Ces trois exigences sont cumulatives. Un administratiste allemand a jadis fourni un exemple particulièrement éloquent pour illustrer leur portée: «l'autorité ordonne de surélever de 30 mètres la cheminée d'une usine pour empêcher des émissions de fumées nocives pour l'environnement. La décision ordonnant cette mesure n'a un caractère approprié que si les émissions de fumées sont effectivement empêchées par les travaux de surélévation; elle n'est nécessaire que s'il existe pas d'autres mesures qui imposeraient une sujétion moindre à l'intéressé (notamment le fait qu'une surélévation de 15 mètres de la cheminée ou la pose d'une installation de filtrage seraient suffisantes); elle ne présente un caractère proportionnel, au sens étroit du terme, au résultat recherché que si les frais à engager ne sont pas sans commune mesure avec ce résultat»²⁵.

Cette triple exigence se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative aux restrictions aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme (quoique l'intensité du contrôle exercé sur chacune de ces exigences ne soit pas systématiquement identique)²⁶, dans la jurisprudence de la Cour de justice telle que «codifiée» par l'article II-112, § 1, de la Constitution européenne²⁷ et dans la jurisprudence du Conseil d'État²⁸.

Die drie vereisten moeten tegelijk worden vervuld. Een Duitse rechtsgeleerde uit het administratief recht heeft in het verleden een bijzonder overtuigend voorbeeld gegeven om de draagwijdte hiervan toe te lichten: de overheid schrijft voor dat de schoorsteen van een fabriek met 30 meter moet worden verhoogd om de uitstoot van voor het milieu schadelijke rook te voorkomen; de beslissing die deze maatregel oplegt, is alleen passend als de rookuitstoot door die verhoging van de schouw daadwerkelijk wordt verhinderd; hij is alleen noodzakelijk als er geen andere maatregelen bestaan die de bewuste fabriek een minder zware last opleggen (onder meer het feit dat een verhoging van de schoorsteen met 15 meter of de plaatsing van een filterinstallatie zouden volstaan); die maatregel is alleen evenredig, in de enge zin van het woord, ten aanzien van het nagestreefde resultaat als de kosten niet buitensporig zijn ten opzichte van dat resultaat²⁵.

Die drievoudige vereiste is terug te vinden in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met de beperkingen van de door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde rechten (hoewel de toetsing van elk van die vereisten niet systematisch even grondig gebeurt)²⁶, in de rechtspraak van het Hof van Justitie zoals ze «gecodeerd» is door artikel II-112, § 1, van de Europese Grondwet²⁷ en in de rechtspraak van de Raad van State²⁸.

²⁵ H. Maurer, *Droit administratif allemand*, trad. de l'allemand par M. Fromont, Paris, LGDJ, 1994, p. 248.

²⁶ Voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, FUSL, 2001, pp. 167 et suiv.

²⁷ Voy. p. ex., C.J.C.E., C-368/95, 26 juin 1997, *Familiapress, Rec.*, p. I-3689, pt. 27 à 34. Voy., plus en détail, les contributions respectives de W. Van Gerven et F.G. Jacobs, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, Oxford, Hart Publishing, 1999.

²⁸ Voy. C.E., n° 45.844, 28 janvier 1994; C.E., n° 41.618, 19 janvier 1993, *S.A. Gaumont c. État belge*; C.E., n° 90.369, 24 octobre 2000, *De Proft, A.P.M.*, 2000, p. 188. Voy. également, au niveau de la section de législation, avis L. 24240/9 du 20 mars 1995 sur un avant projet de décret « relatif aux déchets » (*Doc. C.R.W.*, 1994-1995, cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 1995 », *R.B.D.C.*, 1996/2, p. 207) : « porter atteinte aux principes de la liberté d'établissement et de la liberté de commerce et d'industrie ne (peut) être admis que si les diverses restrictions énoncées sont suffisamment justifiées par des impératifs d'intérêt général. Dans l'appréciation de l'admissibilité de ces restrictions, il faut examiner si, en application du principe de proportionnalité, des mesures moins contraignantes ne permettent pas d'atteindre l'objectif poursuivi (...) ».

²⁵ H. Maurer, « *Droit administratif allemand* », traduit par M. Fromont, Paris, LGDJ, 1994, blz. 248.

²⁶ Zie S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussel, Bruylant, FUSL, 2001, blz. 167 en volgende.

²⁷ Zie bijvoorbeeld HvJEU, C-368/95, 26 juni 1997, *Familiapress, Rec.*, blz. I-3689, punten 27 tot 34. Zie, meer in detail, de respectieve bijdragen van W. Van Gerven en F.G. Jacobs, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, onder de leiding van E. Ellis, Oxford, Hart Publishing, 1999.

²⁸ Zie Raad van State, arrest nr. 45844, 28 januari 1994; Raad van State, arrest nr. 41.618, 19 januari 1993, *N.V. Gaumont t. Belgische Staat*; Raad van State, arrest nr. 90.369, 24 oktober 2000, *De Proft, A.P.M.*, 2000, blz. 188. Zie ook, wat de afdeling wetgeving betreft, advies L. 24240/9 van 20 maart 1995 over een voorontwerp van decreet in verband met afval (DOC R.W.G., 1994-1995, aangehaald door R. Andersen en P. Nihoul, *Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 1995*, *R.B.D.C.*, 1996/2, blz. 207) : «porter atteinte aux principes de la liberté d'établissement et de la liberté de commerce et d'industrie ne (peut) être admis que si les diverses restrictions énoncées sont suffisamment justifiées par des impératifs d'intérêt général. Dans l'appréciation de l'admissibilité de ces restrictions, il faut examiner si, en application du principe de proportionnalité, des mesures moins contraignantes ne permettent pas d'atteindre l'objectif poursuivi (...)».

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est par contre plus ambiguë quant à la portée qu'elle assigne au principe de proportionnalité, et singulièrement, quant au fait qu'une exigence de *nécessité* (obligation de choisir la mesure la moins restrictive) doive être tirée de ce principe²⁹. Certains arrêts vont clairement en ce sens³⁰; d'autres arrêts estiment au contraire qu'une mesure n'est pas nécessairement disproportionnée par cela seul qu'une autre mesure, moins restrictive des droits en cause, aurait pu lui être préférée³¹.

La clause transversale proposée mentionne également l'exigence de «nécessité dans une société démocratique». La référence à cette exigence est en effet un *leitmotiv* des clauses de restrictions inscrites dans les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme ratifiés par la Belgique, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'Homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou encore de la Charte sociale européenne révisée. L'exigence de «nécessité dans une société démocratique» recouvre celle relative à la proportionnalité - ainsi que le traduit la formulation de la clause transversale proposée -, tout en étant cependant *a priori* plus large. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en effet, la notion de «nécessité dans une société démocratique» évoque, non seulement l'exigence de proportionnalité, mais aussi l'exigence selon laquelle une restriction à un droit fondamental doit être justifiée par un «besoin social impérieux», et doit reposer sur des motifs «pertinents et suffisants». Plus fondamentalement,

De rechtspraak van het Arbitragehof is daarentegen dubbelzinniger op het stuk van de draagwijdte die ze aan het evenredigheidsbeginsel verleent, meer bepaald in verband met het feit dat uit dat beginsel een vereiste van *noodzaak* (verplichting om de minst beperkende maatregel te kiezen) moet worden afgeleid²⁹. Sommige arresten gaan duidelijk in die zin³⁰; in andere arresten wordt daarentegen aangegeven dat een maatregel niet noodzakelijk onevenredig is louter omdat een andere maatregel die voor de betrokken rechten minder beperkend is, de voorkeur had kunnen krijgen³¹.

In de voorgestelde transversale bepaling wordt ook de vereiste van de «noodzaak in een democratische samenleving» vermeld. De verwijzing naar die vereiste komt immers altijd terug in de beperkingsclausules van de belangrijkste door België bekrachtigde internationale verdragen in verband met de mensenrechten, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten of het herziene Europees Sociaal Handvest. De vereiste van «noodzaak in een democratische samenleving» omvat de vereiste van evenredigheid - zoals wordt weergegeven door de formulering van de voorgestelde transversale bepaling -, maar ze is echter *a priori* ook ruimer. In de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens wordt met het begrip «noodzaak in een democratische samenleving» immers niet alleen de evenredigheidsvereiste bedoeld, maar tevens de vereiste dat een beperking van een grondrecht moet worden gerechtvaardigd door een «dwingende sociale

²⁹ Sur ceci, voy., récemment, N. Banneux, «L'égalité : clef du contentieux constitutionnel ?», *L'égalité : nouvelle(s) clef(s) du droit ?*, sous la dir. de J.-C. Scholsem et M. Pâques, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 63-66; M.-F. Rigaux, «Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur», *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 593 et suiv.

³⁰ Voy. p. ex., C.A., n°56/2002, pt. B.5.13; C.A., n° 74/92, 18 décembre 1992, pt. B.3.6; C.A., n° 8/93, pt. B.3.2 ; C.A., n° 78/98, 7 juillet 1998, pt. B.9; C.A., n°20/93, 4 mars 1993, considérants B.2.7 et B.2.8 . Plus récemment, voy. C.A., n°162/2004, 20 octobre 2004, pt. B.6.2.

³¹ Voy. C.A., n° 37/98, 1^{er} avril 1998, pt. B.5.2 : « Dès lors que l'objectif [poursuivi par le législateur] peut être atteint au moyen de la mesure contestée et que celle-ci n'est pas manifestement disproportionnée à cet objectif, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer que cet objectif aurait pu être atteint en prenant d'autres mesures ou des mesures moins extrêmes ». Voy. surtout C.A., n°35/2003, 25 mars 2003, pt. B.13.8 : «(...) dès lors que les mesures en cause sont pertinentes par rapport à l'objectif poursuivi et qu'elles ne sont pas manifestement disproportionnées à celui-ci, elles ne deviennent pas discriminatoires pour le seul motif qu'une autre mesure permettrait d'atteindre cet objectif»

²⁹ Zie in dat opzicht recent, N. Banneux, «L'égalité : clef du contentieux constitutionnel ?», *L'égalité : nouvelle(s) clef(s) du droit ?*, onder de leiding van J.-C. Scholsem en M. Pâques, Brussel, Larcier, 2004, blz. 63-66; M.-F. Rigaux, «Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur», *Mélanges Jacques van Compernelle*, Brussel, Bruylant, 2004, blz. 593 en volgende.

³⁰ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof., arrest nr. 56/2002, punt B.5.13; Arbitragehof, arrest nr. 74/92, 18 december 1992, punt B.3.6; Arbitragehof, arrest nr. 8/93, punt B.3.2 ; Arbitragehof, arrest nr. 78/98, 7 juli 1998, punt B.9; Arbitragehof, arrest nr. 20/93, 4 maart 1993, consideransen B.2.7 et B.2.8. Zie, meer recent, Arbitragehof, arrest nr. 162/2004, 20 oktober 2004, punt B.6.2.

³¹ Zie Arbitragehof, arrest nr. 37/98, 1 april 1998, punt B.5.2 : «Het staat niet aan het Hof aan te geven dat die doelstelling [van de wetgever] ook met andere of minder vergaande maatregelen zou kunnen worden bereikt, nu die doelstelling met de gekritiseerde maatregel kan worden bereikt en die maatregel daarmee kennelijk niet onevenredig is.». Zie vooral Arbitragehof, arrest nr. 35/2003, 25 maart 2003, punt B.13.8 : «Aangezien de in het geding zijnde maatregelen echter relevant zijn ten aanzien van de nagestreefde doelstelling en zij daarmee niet kennelijk onevenredig zijn, worden zij niet discriminerend om de enkele reden dat een andere maatregel het mogelijk zou maken om die doelstelling te bereiken.».

cette notion rappelle que, lorsque des droits fondamentaux sont en cause, les arbitrages entre intérêts opposés doivent être «guidés» par les valeurs cardinales inhérentes à l'idéal-type de la société démocratique. Ces valeurs cardinales sont notamment, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la tolérance, l'esprit d'ouverture, le pluralisme, l'égalité entre les individus, la prééminence du droit (*Rule of Law*), la nécessité de rechercher un équilibre entre les droits fondamentaux antagonistes.....

Conditions supplémentaires?

Certaines constitutions étrangères (art. 19, § 2, de la Constitution allemande; article 36 de la Constitution suisse), de même que la Constitution européenne (art. II-112, § 1^{er}) et une certaine jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³² subordonnent l'admissibilité des restrictions aux droits fondamentaux à une condition apparemment supplémentaire: l'intangibilité de la «substance», ou encore de l'«essence» des droits fondamentaux.

Les experts ont délibérément choisi de ne pas faire figurer cette condition «supplémentaire» dans la clause transversale qu'ils proposent, et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce que l'idée d'une intangibilité de l'essence des droits fondamentaux n'apparaît pas ancrée dans le corpus de règles et principes jurisprudentiels qui, à l'heure actuelle, font partie du droit constitutionnel vivant des libertés publiques en Belgique³³.

Ensuite, parce que la «crédibilité» juridique de cette référence à la substance des droits fondamentaux supposerait que cette «substance» puisse être définie, ou, à tout le moins identifiée. Or, dans les ordres juridiques où cette référence existe, aucune définition satisfaisante n'a jamais pu être donnée par la doctrine, et la jurisprudence se désintéresse notablement d'un tel exercice.

noodwendigheid» en moet berusten op «relevante en toereikende» gronden. Meer fundamenteel herinnert dat begrip eraan dat wanneer grondrechten op het spel staan, de zoeken naar een evenwicht tussen tegengestelde belangen moeten worden «geleid» door de belangrijkste waarden die inherent zijn aan het standaard-ideaal van de democratische samenleving. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zijn die belangrijkste waarden onder meer de verdraagzaamheid, de openheid van geest, het pluralisme, de gelijkheid tussen individuen, het primaat van het recht (*Rule of Law*), de noodzaak om een evenwicht te zoeken tussen tegenstrijdige grondrechten enzovoort.

Bijkomende voorwaarden ?

Sommige buitenlandse grondwetten (artikel 19, § 2, van de Duitse Grondwet; artikel 36 van de Zwitserse Grondwet), de Europese Grondwet (artikel II-112, § 1) en een bepaalde rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens³² doen de toelaatbaarheid van beperkingen van de grondrechten afhangen van een klaarblijkelijk bijkomende voorwaarde: de onaantastbaarheid van de «kern» of van de «wezenlijke inhoud» van de grondrechten.

De deskundigen hebben er bewust voor gekozen die «bijkomende» voorwaarde niet op te nemen in de transversale clausule die ze voorstellen. Daar zijn verschillende redenen voor.

Ten eerste lijkt de idee van de onaantastbaarheid van de wezenlijke inhoud van de grondrechten niet te zijn verankerd in het corpus van de jurisprudentiële regels en beginselen die thans deel uitmaken van het vigerende grondwettelijk recht van de openbare vrijheden in België³³.

Daar komt nog bij dat de juridische «geloofwaardigheid» van die verwijzing naar de kern van de grondrechten zou veronderstellen dat die «kern» kan worden omschreven of op zijn minst kan worden geïdentificeerd. In de rechtsorden waarin die verwijzing bestaat, heeft de rechtsleer er echter nooit enige bevredigende definitie van kunnen geven en heeft de rechtspraak daarvoor duidelijk geen belangstelling.

³² Voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité...*, op. cit., pp. 406 et suiv.

³³ Si l'on excepte une relativement vague référence à la notion d'«essence» de la liberté d'enseignement dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à l'article 24 de la Constitution. Voy. p. ex., C.A., 46/2001, 18 avril 2001, pt. B.6.3.

³² Zie S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité...*, op. cit., blz. 406 en volgende.

³³ Met uitzondering van een vrij vage verwijzing naar het begrip «essentie» van de vrijheid van onderwijs in de rechtspraak van het Arbitragehof in verband met artikel 24 van de Grondwet. Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, arrest nr. 46/2001, 18 april 2001, punt B.6.3.

Enfin et surtout, parce qu'il apparaît, notamment à la lumière du droit comparé, que la proclamation de l'intangibilité de la «substance» des droits fondamentaux n'apporte, sur un plan pragmatique, aucune protection supplémentaire auxdits droits³⁴: la consécration du principe de proportionnalité suffit d'ores et déjà. L'idée est en effet qu'une éventuelle atteinte à la substance des droits fondamentaux constituerait de toute façon, *ipso facto et ipso jure*, une restriction disproportionnée de ces droits.

Ten slotte en meer op pragmatisch vlak, blijkt, onder meer in het licht van het vergelijkend recht, dat de grondrechten geen bijkomende bescherming krijgen door te verkondigen dat de «kern» ervan onaantastbaar is³⁴: de bekrachtiging van het evenredigheidsbeginsel volstaat nu al. De idee is immers dat een eventuele aantasting van de kern van de grondrechten in ieder geval, *ipso facto et ipso jure*, een onevenredige beperking van die rechten inhoudt.

³⁴ Voy. S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 358-377 et 476-480.

³⁴ Zie S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, blz. 358-377 en 476-480.

Annexe 1. Modèles de clauses transversales relatives aux restrictions aux droits et libertés.

Constitution suisse du 18 avril 1999, article 36'

«1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable».

Constitution européenne, art. II-112, § 1

«1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.»

Constitution Sud-Africaine, art. 36

«1. *The Rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors including*

- a. the nature of the right;*
 - b. the importance of the purpose of the limitation;*
 - c. the nature and extent of the limitation;*
 - d. the relation between the limitation and its purpose;*
- and*
- e. less restrictive means to achieve the purpose.*

2. *Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any rights entrenched in the Bill of Rights».*

Bijlage 1. Voorbeelden van horizontale clausules in verband met de beperkingen van de rechten en vrijheden.

Zwitserse Grondwet van 18 april 1999, artikel 36

«1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable.».

Europese Grondwet, artikel II-112, § 1

«1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.».

Zuid-Afrikaanse Grondwet, artikel 36

«1. *The Rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors including*

- a. the nature of the right;*
 - b. the importance of the purpose of the limitation;*
 - c. the nature and extent of the limitation;*
 - d. the relation between the limitation and its purpose;*
- and*
- e. less restrictive means to achieve the purpose.*

2. *Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any rights entrenched in the Bill of Rights.».*

Annexe 2. Règle de la «clause la plus favorable»/ «d'interprétation conforme»

Constitution européenne, art. II-112, §§ 3 et 4

«3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.»

Constitution européenne, art. II-113

«Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres.»

Bijlage 2. Regel van de «meest gunstige clausule» / «eensluidende uitlegging»

Europese Grondwet, artikel II-112, § 3 en 4

«3. Voorzover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

4. Voorzover dit Handvest grondrechten erkent zoals die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, moeten die rechten in overeenstemming met die tradities worden uitgelegd.»

Europese Grondwet, artikel II-113

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

B. ÉCHANGE DE VUES

I. Observations générales

M. Jean-Jacques Viseur (cdH) renvoie à la question, évoquée par les experts, de la concurrence entre les différentes juridictions compétentes en matière de droits et libertés fondamentaux. Quel est précisément le danger de voir se développer des jurisprudences divergentes, notamment à propos d'une clause transversale?

M. Jan Velaers rappelle que la Cour d'arbitrage est actuellement compétente pour contrôler la conformité des lois au titre II de la Constitution. La Cour a cependant estimé que ce contrôle devait s'opérer en tenant également compte des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH). La Cour de cassation estime qu'il appartient à chaque juge de vérifier la conformité des lois à la CEDH. Il peut être demandé au juge de dire si une loi, un décret ou une ordonnance est conforme à un droit fondamental garanti à la fois par la Constitution et par la CEDH. Si le juge commence par contrôler lui-même la conformité de la loi à la CEDH et interroge ensuite la Cour d'arbitrage sur la constitutionnalité de la loi, un problème risque de surgir si la Cour d'arbitrage fait une lecture conjointe de la Constitution et de la CEDH et n'arrive pas aux mêmes conclusions que la Cour de cassation. L'insertion de dispositions transversales dans la Constitution, qui "constitutionnalisent" les conditions restrictives des traités, pose encore plus clairement ce problème, dit du "concours de droits fondamentaux". Ce n'est toutefois pas une raison pour bannir les clauses transversales, le problème existant déjà aujourd'hui. Il convient d'y trouver une solution au niveau des règles relatives aux questions préjudicielles.

M. Alfons Borginon (VLD) estime que ce problème pose la question du filtre des affaires soumises à la Cour d'arbitrage.

M. Jan Velaers partage cet avis. Il faut résoudre le problème du « concours de droits fondamentaux », qui existe déjà actuellement, en réexaminant la question de savoir quand un juge est tenu de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Lorsque le juge estime qu'une loi ne viole « manifestement » pas un droit fondamental garanti tant dans la Constitution que dans un traité, ce juge ne devrait pas être obligé de poser une

B. GEDACHTEWISSELING

I. Algemene opmerkingen

De heer Jean-Jacques Viseur (cdH) verwijst naar het door de deskundigen opgeworpen knelpunt van de « concurrentie » tussen de uiteenlopende rechtscolleges die bevoegd zijn inzake fundamentele rechten en vrijheden. Welke zijn nu precies de gevaren van de evolutie naar een uiteenlopende jurisprudentie, met name inzake een horizontale clausule?

De heer Jan Velaers herinnert eraan dat het Arbitragehof thans bevoegd is om de wetten te toetsen op hun overeenstemming met titel II van de Grondwet. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat die controle moet worden uitgevoerd met inachtneming van de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van 4 november 1950. Volgens het Hof van Cassatie dient elke rechter zelf na te gaan of wetten in overeenstemming zijn met het EVRM. Het is mogelijk dat aan de rechter de vraag wordt voorgelegd of een wet, decreet of ordonnantie in overeenstemming is met een grondrecht dat zowel in de Grondwet, als in het EVRM wordt gewaarborgd. Indien de rechter dan eerst zelf de wet toetst aan het EVRM en vervolgens een vraag stelt aan het Arbitragehof over de overeenstemming van de wet aan de Grondwet, dan kan er een probleem rijzen wanneer het Arbitragehof de Grondwet en het EVRM samenleest en vervolgens niet tot dezelfde conclusies komt als het Hof van Cassatie. Door transversale bepalingen in de Grondwet op te nemen die de beperkingsvoorwaarden uit de verdragen uitdrukkelijk « constitutionaliseren » wordt dit probleem - dat het probleem van de « samenloop van grondrechten » wordt genoemd - nog duidelijker. Dat is weliswaar geen reden om transversale bepalingen te weren, want het probleem bestaat nu reeds. Er dient een oplossing voor te worden gezocht in de regelgeving m.b.t. het stellen van de prejudiciële vragen.

De heer Alfons Borginon (VLD) meent dat dat probleem vragen doet rijzen over de selectie van de zaken die voor het Arbitragehof worden gebracht.

De heer Jan Velaers is het daarmee eens. Het probleem van de « samenloop van grondrechten », dat nu reeds bestaat, moet worden opgelost door zich opnieuw te bezinnen over de vraag wanneer een rechter verplicht is een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof. Wanneer de rechter oordeelt dat een wet een grondrecht dat zowel in de Grondwet als in een verdrag gewaarborgd is, « klaarblijkelijk » niet schendt, zou die

question préjudicielle. Actuellement, seuls les cours et tribunaux de degré inférieur peuvent refuser de poser une question préjudicielle pour cette raison. On devrait toutefois également autoriser la Cour de cassation et le Conseil d'État à refuser de poser la question préjudicielle dans ce cas. Cette mesure permettrait d'éviter bon nombre des problèmes de concours. Il conviendrait donc d'étendre la théorie de l'acte clair, avec pour conséquence que tout juge – y compris la Cour de cassation et le Conseil d'État – pourrait constater l'absence manifeste de violation du droit fondamental prévu dans la Constitution et le Traité.

Il serait plus cohérent de regrouper le contrôle de la conformité des lois à l'ensemble des normes garantissant les droits fondamentaux dans les mains de la même juridiction. La situation actuelle est le fruit d'un développement historique, mais n'est guère cohérente.

II. Quant à la notion de restriction

M. Jan Velaers attire l'attention sur le fait que la notion de restriction diffère de celle de dérogation. Par restriction d'un droit fondamental, on entend la limitation de celui-ci. La dérogation à un droit fondamental est l'extinction totale de ce droit pour une durée déterminée, comme le prévoit l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Le groupe de travail devra se prononcer sur l'opportunité d'aborder également la notion de dérogation, voire celle d'abus de droit en matière de droits fondamentaux.

La notion de restriction des droits fondamentaux est assez claire en ce qui concerne les droits fondamentaux classiques, les libertés-franchises. Mais elle est bien moins claire en ce qui concerne les droits-créances. Ceux-ci ont pour seul effet direct un effet de *stind-still*. La doctrine tend cependant à considérer qu'il est possible de déroger, dans certaines conditions, à l'effet de *stand-still*. Il serait peut-être souhaitable de mieux préciser quelles sont ces conditions.

M. François-Xavier de Donnea, président, fait remarquer que la clause transversale telle qu'elle est proposée par les experts pourrait s'appliquer à la liberté de la presse. Or, cette liberté est particulièrement bien protégée par l'article 25 de la Constitution. Cette clause ne tendrait-elle pas à affaiblir cette protection en autorisant dans certains cas des mesures préventives?

rechter niet verplicht moeten zijn om een prejudiciële vraag te stellen. Thans kunnen slechts de lagere hoven en rechtbanken op deze grond weigeren een prejudiciële vraag te stellen. Men zou echter ook het Hof van Cassatie en de Raad van State moeten toestaan in dat geval te weigeren de prejudiciële vraag te stellen. Dat zou veel van de problemen van de samenloop voorkomen. De «*acte clair*»-theorie zou dus moeten worden uitgebreid. Het gevolg zou dan zijn dat elke rechter – ook het Hof van Cassatie en de Raad van State – kunnen vaststellen dat het grondrecht in de Grondwet en in het Verdrag klaarblijkelijk niet geschonden is.

Het zou coherenter zijn hetzelfde rechtscollege te belasten met het toezicht op de overeenstemming van de wetten met alle normen die de grondrechten waarborgen. De huidige situatie is historisch gegroeid maar ze is nauwelijks samenhangend.

II. Inzake het begrip «beperking»

De heer Jan Velaers attendeert erop dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de begrippen «beperking» en «afwijking». Onder beperking van een grondrecht verstaat men de beperking ervan. Afwijken van een grondrecht houdt in dat dit recht voor onbepaalde duur vervalt, zoals wordt bepaald bij artikel 15 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950. De werkgroep zal moeten uitmaken of het inzake fundamentele rechten opportuun is ook het begrip «afwijking» of zelfs het begrip «rechtsmisbruik» ter sprake te brengen.

Het begrip «beperking van de grondrechten» is duidelijk genoeg wat de traditionele grondrechten, de klassieke vrijheden betreft. Het is echter veel minder duidelijk inzake de sociaal-economische grondrechten. De enige rechtstreekse uitwerking van die laatste is een *standstill*-effect. De rechtsleer gaat er echter van uit dat in sommige omstandigheden van het *standstill*-effect kan worden afgeweken. Het zou wellicht wenselijk zijn duidelijker aan te geven om welke omstandigheden het gaat.

Voorzitter François-Xavier de Donnea merkt op dat de horizontale clausule, zoals ze door de deskundigen wordt voorgesteld, zou kunnen worden toegepast op de persvrijheid. Die vrijheid wordt echter bijzonder goed beschermd door artikel 25 van de Grondwet. Dreigt die clausule die bescherming niet te verzwakken door in sommige gevallen preventieve maatregelen toe te staan?

M. Jan Velaers répond que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage se réfère déjà à l'article 17 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 qui prohibe l'abus de l'usage des droits fondamentaux. Elle considère que cette disposition permet d'interdire que les droits protégés par la Convention soient utilisés pour des fins contraires aux valeurs démocratiques.

La question est de savoir si l'interdiction de toute censure préventive est encore considérée comme si fondamentale qu'elle doit rester absolue.

M. Bart Laeremans (Vlaams Belang) craint l'effet que pourrait avoir la clause transversale proposée sur la liberté d'expression et la liberté de la presse. La jurisprudence du Conseil d'État a déjà permis certaines limitations à ces libertés. Il ne faudrait pas que cette évolution de la jurisprudence soit consacrée par une disposition constitutionnelle.

Selon M. Jan Velaers, l'insertion d'une disposition transversale dans la Constitution en vue de constitutionnaliser les conditions de limitation prévues à l'article 10 de la CEDH n'entraîne pas davantage de possibilités de limitation. La Cour d'arbitrage contrôle d'ores et déjà les lois au regard des articles 19 et 25 de la Constitution. Elle lit ces articles conjointement avec l'article 10 de la CEDH, même si elle maintient les garanties constitutionnelles spécifiques, comme l'interdiction de mesures préventives. La liberté d'expression ne peut être moins garantie que si une disposition était également insérée dans la Constitution, dans l'esprit de l'article 17 de la CEDH, prévoyant que la protection de la liberté d'expression serait «supprimée» en cas d'«abus de droits fondamentaux». En cas d'abus, ni l'interdiction de la censure préalable, ni le principe selon lequel les limitations doivent être instaurées «par une loi» de devraient alors être respectés.

M. Jean-Jacques Viseur (cdH) estime important d'empêcher les ennemis des libertés publiques de se prévaloir de ces mêmes libertés. Il met cependant en garde contre les mesures trop radicales, qui pourraient conduire à l'arbitraire. Cette matière requiert la plus grande prudence.

Le président ajoute que les limites de l'abus de droit en matière de libertés publiques sont parfois floues. Il est par exemple assez aisé d'interdire l'apologie de la pédophilie, mais le concept de xénophobie peut par contre se prêter à différentes interprétations. Critiquer la politique migratoire relève-t-il de la xénophobie?

De heer Jan Velaers antwoordt dat de rechtspraak van het Arbitragehof reeds verwijst naar artikel 17 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, dat het misbruik van de grondrechten verbiedt. Het Arbitragehof is van oordeel dat die bepaling de mogelijkheid biedt te verbieden dat de door het Verdrag beschermde rechten worden gebruikt voor doeleinden die strijdig zijn met de democratische waarden.

Vraag is of het verbod van iedere preventieve censuur nog als zo fundamenteel wordt beschouwd dat het absoluut moet blijven.

De heer Bart Laeremans (Vlaams Belang) is beducht voor de uitwerking die de voorgestelde horizontale clausule zou kunnen hebben voor de vrije meningsuiting en de persvrijheid. De rechtspraak van de Raad van State heeft het al mogelijk gemaakt bepaalde beperkingen op te leggen aan die rechten. Die evolutie in de rechtspraak zou niet mogen worden bekrachtigd bij een grondwetsbepaling.

Volgens de heer Jan Velaers zou de invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet waarin de beperkingsvoorwaarden uit artikel 10 van het EVRM worden geconstitutionaliseerd, niet tot meer beperkingsmogelijkheden leiden. Nu reeds toetst het Arbitragehof de wetten aan de artikelen 19 en 25 van de Grondwet. Het leest die artikelen samen met artikel 10 van het EVRM doch handhaaft ook de specifieke grondwettelijke waarborgen, zoals het verbod van preventieve maatregelen. Alleen wanneer in de grondwet ook een bepaling zou worden opgenomen in de lijn van artikel 17 van het EVRM, met als betekenis dat de bescherming van de vrijheid van meningsuiting bij «misbruik van grondrechten» zou «vervallen», zou de vrije meningsuiting minder worden gewaarborgd. Indien er sprake is van misbruik zouden dan noch het verbod op voorafgaande censuur, noch het beginsel dat de beperkingen «bij wet» moeten worden aangebracht, moeten worden nageleefd.

De heer Jean-Jacques Viseur (cdH) acht het van belang te verhinderen dat de tegenstanders van de openbare vrijheden zich op diezelfde vrijheden zouden beroepen. Toch waarschuwt hij voor al te radicale maatregelen die tot willekeur zouden kunnen leiden. In die aangelegenheid is de grootst mogelijke omzichtigheid geboden.

De voorzitter voegt daaraan toe dat soms niet duidelijk afgetekend is waar de grenzen van het begrip «rechtsmisbruik betreffende de openbare vrijheden» eigenlijk liggen. Zo is het bijvoorbeeld wel vrij gemakkelijk het rechtvaardigen van pedofilie te verbieden, maar is het begrip «xenofobie» daarentegen voor verschillende in-

M. Jan Velaers partage personnellement ce point de vue. Si la Constitution proscriit les mesures préventives, c'est parce que le constituant a préféré accepter les risques liés à la liberté plutôt que les risques liés à la censure. En autorisant les mesures préventives, on permet aux autorités – fût-ce un juge – de déterminer ce que les citoyens peuvent entendre, lire et voir. En outre, cette autorité doit souvent statuer sur la base de normes confuses. Le constituant a résolument opté, en 1831, pour une interdiction des mesures préventives et il ne s'est jamais départi de ce choix.

M. Bart Laeremans (Vlaams Belang) évoque la matière de la police des spectacles. Dans ce cas, il existe bien une possibilité de censure préalable.

M. Jan Velaers nuance le propos. La censure préalable est impossible. Il peut cependant arriver que le juge interprète – à tort – l'interdiction de censure de manière restrictive. Il considère alors, par exemple, qu'une fois le texte écrit et publié, l'auteur a eu l'occasion d'exprimer son opinion. En interdire la diffusion ne constituerait donc pas nécessairement une mesure préventive. La Cour d'arbitrage n'a pas adhéré à cette interprétation. La publication seule ne suffit pas, la diffusion doit également être possible sans mesure préventive. On essaie aussi parfois de justifier l'interdiction d'une pièce de théâtre en invoquant le maintien de l'ordre ou la protection des droits d'autrui. En réalité, une telle mesure n'est pas légale.

Le président suggère une étude de droit comparé portant sur les mesures préventives en matière de liberté d'expression.

M. Sébastien Van Drooghenbroeck évoque l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège, qui comprend des dispositions dérogatoires à la liberté d'expression, notamment l'article 8. Cette disposition ne trouve à s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles. Mais il serait opportun de songer à l'abroger ou à l'inscrire dans la Constitution. La situation actuelle, expliquée par la situation d'urgence dans laquelle la disposition a été adoptée, n'est pas satisfaisante sur le plan juridique.

interprétations vatbaar. Valt kritiek leveren op het migratiebeleid onder de noemer xenofobie?

De heer Jan Velaers is het persoonlijk daarmee eens. Het verbod van preventieve maatregelen is in de Grondwet opgenomen omdat de grondwetgever verkoos te leven met de risico's van de vrijheid, veeleer dan met de risico's van de censuur. Wie preventieve maatregelen toestaat, maakt het mogelijk dat een overheid – weze het een rechter – bepaalt wat de burgers mogen horen, lezen en zien. Die overheid moet dan vaak oordelen op grond van vage normen. De grondwetgever heeft in 1831 resoluut gekozen voor een verbod van preventieve maatregelen en is daar nooit van af geweken.

De heer Bart Laeremans (Vlaams Belang) gaat in op de zogenaamde «politie der vertoningen». In dat geval is voorafgaande censuur wel degelijk mogelijk.

De heer Jan Velaers nuanceert die stelling. Voorafgaande censuur is niet mogelijk. Wat soms wel voorkomt is dat de rechter – ten onrechte – het censuurverbod restrictief interpreteert. Hij oordeelt dan dat bv. zodra de tekst is geschreven en gepubliceerd de auteur de gelegenheid heeft gehad zijn mening kenbaar te maken. Het verspreidingsverbod zou dan niet preventief zijn. Het Arbitragehof is deze zienswijze niet bijgetreden. De publicatie alleen volstaat niet, ook de verspreiding moet mogelijk zijn zonder preventieve maatregelen. Ook het verbieden van een toneelstuk poogt men soms in het kader van de ordehandhaving of het beschermen van de rechten van anderen te verantwoorden. Eigenlijk kan dat niet.

De voorzitter suggereert een vergelijkende rechtsstudie te doen verrichten over de preventieve maatregelen inzake vrije meningsuiting.

De heer Sébastien Van Drooghenbroeck wijst op de besluitwet van 11 oktober 1916 betreffende de staat van oorlog en de staat van beleg. Deze bevat bepalingen die voorzien in afwijkingen van de vrije meningsuiting, inzonderheid artikel 8. Die bepaling mag alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden toegepast. Het ware echter wenselijk te overwegen dat artikel hetzij op te heffen, hetzij het in de Grondwet op te nemen. De huidige situatie, die te verklaren valt door de noodtoestand waarin die bepaling werd aangenomen, voldoet juridisch gezien niet.

III. Quant au caractère proportionnel des restrictions

Le président fait remarquer que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage est assez ambiguë quant à la notion de proportionnalité.

M. Sébastien Van Drooghenbroeck estime que le principe de proportionnalité est à la fois le plus central et le plus flou du droit des libertés. Il serait bon de le préciser. La Constitution ne se prête cependant pas à ce genre de définition complexe. Des travaux préparatoires clairs pourraient toutefois définir avec certitude la notion de proportionnalité.

M. Jan Velaers fait remarquer que l'application du principe de proportionnalité est délicate. Le juge doit mettre en balance des intérêts divergents et examiner si la restriction concernée est la mieux à même à préserver l'intérêt protégé. Il doit examiner si cette mesure ne limite pas plus que nécessaire le principe de liberté. Ce genre d'appréciation est fort proche des appréciations politiques, qui ne sont par hypothèse pas la tâche du juge.

II.— L'INSERTION D'UNE CLAUSE CONSTITUTIONNELLE TRANSVERSALE INTERDISANT L'ABUS DE DROIT

A. NOTE DES EXPERTS

En sa réunion du 28 février 2005, le groupe du travail a souhaité obtenir une note relative à l'opportunité et à la faisabilité de l'insertion, dans le titre II de la Constitution, d'une clause transversale relative à la *prohibition de l'abus de droits et libertés*.

Au seuil de la rédaction de ladite note, les experts entendent attirer l'attention du groupe de travail sur un certain nombre de considérations:

1° L'insertion d'une clause transversale relative à l'interdiction de l'abus de droits et libertés s'inscrirait dans le cadre plus global de l'entreprise de «codification/mise à jour/modernisation» du titre II de la Constitution. Par conséquent, cette insertion n'aurait pas pour vocation prioritaire d'intégrer, dans le système actuel de protection constitutionnelle belge des droits et libertés, une institution juridique — l'interdiction de l'abus de droit — qui ne jouirait d'ores et déjà d'un certain ancrage au sein dudit système. Il ne s'agit pas, en d'autres termes, de «créer du neuf», mais bien de «rendre visible ce qui est invisible», ou, en tous cas, «peu visible». Les experts

III. Met betrekking tot de proportionaliteit van de beperkingen

De voorzitter merkt op dat de rechtspraak van het Arbitragehof nogal onduidelijk is als het gaat om het begrip «proportionaliteit».

De heer Sébastien Van Drooghenbroeck vindt het proportionaliteitsbeginsel tegelijk het meest centrale en het meest vage van het recht op vrijheden. Het zou goed zijn het te preciseren. De Grondwet leent zich echter niet tot dit soort ingewikkelde definiëring. Duidelijke voorbereidende werkzaamheden zouden evenwel het begrip proportionaliteit met zekerheid kunnen omschrijven.

De heer Jan Velaers merkt op dat de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel een delicate zaak is. De rechter moet uiteenlopende belangen tegenover elkaar afwegen. Hij moet nagaan of de overheidsmaatregel niet meer dan nodig het vrijheidsbeginsel beperkt. Dat soort beoordeling staat heel dicht bij de beoordeling van de opportuniteit van de overheidsmaatregel, wat eigen eigelijk niet aan de rechter toekomt.

II. — INVOEGING VAN EEN TRANSVERSALE BEPALING IN DE GRONDWET HOUDENDE VERBOD OF RECHTSMISBRUIK

A. NOTA VAN DE DESKUNDIGEN

Tijdens zijn vergadering van 28 februari 2005 opperde de werkgroep de wens over een nota te kunnen beschikken die zou peilen naar de opportuniteit en de haalbaarheid om in Titel II van de Grondwet een transversale bepaling in te voegen met betrekking tot het *verbod van misbruik van rechten en vrijheden*.

Vóór ze met die nota van wal steken, wensen de deskundigen de aandacht van de werkgroep te vestigen op een aantal punten.

1° De invoeging van een transversale bepaling over het verbod op misbruik van rechten en vrijheden zou passen in de ruimere opzet Titel II van de Grondwet «te codificeren, te actualiseren, te moderniseren». Bijgevolg zou die invoeging niet in de eerste plaats tot doel hebben in het vigerende Belgische systeem van grondwettelijke bescherming van de rechten en vrijheden te voorzien in een nieuw juridisch concept, namelijk het verbod van rechtsmisbruik, dat nog niet in enige mate in dat systeem zou verankerd zijn. Met andere woorden: het gaat er dus niet om «iets nieuws te creëren», maar wel om «zichtbaar te maken wat onzichtbaar» of althans

constatent, sur ce point, que le droit constitutionnel écrit de la Belgique ne comporte, à l'heure actuelle, aucune référence expresse à la notion d'abus de droit constitutionnel. Par contre, ils observent que, dans la jurisprudence des juridictions belges, il est occasionnellement fait emprunt aux clauses relatives à l'abus de droit contenues dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Cet emprunt a lieu aux fins d'interprétation, non seulement des droits et libertés garantis par ces instruments, mais aussi des droits et libertés garantis par la Constitution belge. Partant de ce constat, les experts concluent en toute hypothèse à la *pertinence* d'une réflexion sur l'opportunité et la faisabilité de l'insertion expresse, dans la Constitution, d'une clause transversale relative à l'abus de droit.

2° Poursuivant dans l'ordre des constats, les experts observent que, lorsque les juridictions belges introduisent la problématique de l'abus de droit dans le cadre du droit constitutionnel belge, elles le font généralement par référence au dispositif de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les experts sont par conséquent enclins à considérer que cet article 17 pourrait servir de «modèle» pour inspirer la rédaction d'une future clause constitutionnelle relative à l'abus de droit.

3° Enfin, les experts tiennent à souligner d'emblée que la portée exacte de l'article 17 de la Convention précitée, n'est, à l'heure actuelle, pas définitivement éclaircie. En conséquence, la clause constitutionnelle qui prendrait cette disposition comme «modèle» ne présenterait pas d'emblée une interprétation parfaitement équivoque. Les experts n'entendent pas trancher eux-mêmes définitivement la question de l'interprétation qui devrait être retenue: simplement se borneront-ils à présenter les conséquences qui, d'un point de vue juridique, pourraient résulter du choix d'une interprétation plutôt que d'une autre. Le choix final, sur ce point, appartiendra au Constituant.

Compte tenu des remarques qui précèdent, les experts sont conduits à développer la présente note en suivant le plan indiqué ci-dessous:

«weinig zichtbaar» is. Op dit punt constateren de deskundigen dat het geschreven Belgisch grondwettelijk recht momenteel geen enkele uitdrukkelijke verwijzing naar het concept «misbruik van grondwettelijk recht» omvat. Zij stellen daarentegen vast dat de Belgische rechtscolleges zich in hun rechtspraak occasioneel baseren op de bepalingen inzake rechtsmisbruik, vervat in de internationale verdragen met betrekking tot de rechten van de mens. Ze doen daarop dan een beroep ten einde niet alleen de door die verdragen, maar tevens de door de Belgische Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden te interpreteren. Vanuit die vaststelling concluderen de deskundigen dat een denkoefening omtrent de opportuniteit en de haalbaarheid van een uitdrukkelijke invoeging, in de Grondwet, van een transversale bepaling met betrekking tot het rechtsmisbruik, hoe dan ook pertinent is.

2° Voorts constateren de deskundigen dat wanneer de Belgische rechtscolleges de problematiek van het rechtsmisbruik tegen de achtergrond van het Belgisch grondwettelijk recht plaatsen, zij dat doorgaans doen door te verwijzen naar het dispositief van artikel 17 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De deskundigen zijn dan ook van mening dat dit artikel 17 model kan staan voor de redactie van een toekomstige grondwettelijke bepaling inzake rechtsmisbruik.

3° Tot slot wensen de deskundigen van meet af aan te onderstrepen dat de precieze strekking van artikel 17 van voormeld Verdrag momenteel niet definitief is uitgeklaard. De grondwettelijke bepaling die op die EVRM-bepaling zou worden geënt, zou derhalve niet *ab ovo* een perfect eenduidige interpretatie vertonen. De deskundigen wensen niet zelf de vraag te beslechten welke interpretatie behoort te worden aangehouden: ze zullen zich er eenvoudigweg toe beperken na te gaan welke juridische gevolgen de keuze voor de ene dan wel voor een andere interpretatie kan hebben. Het komt de grondwetgever toe terzake de uiteindelijke keuze te maken.

Rekening houdend met de voorgaande opmerkingen, komen de deskundigen ertoe deze nota te ontwikkelen volgens het hierna vermelde schema.

1. Le «modèle» offert par l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme
2. Aspects de droit comparé
3. L'utilisation de l'article 17 dans la jurisprudence des juridictions belges, et spécialement de la Cour d'arbitrage
4. Les conséquences que pourraient avoir l'inscription, dans la Constitution, d'une clause semblable à l'article 17
5. Textes proposés
6. Commentaire

I. Le «modèle» offert par l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme

Sous l'intitulé de «l'interdiction de l'abus de droit», l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose comme suit:

«Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples que celles prévues à ladite Convention».

Les instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme en vigueur en Belgique comprennent un dispositif en tout ou partie analogue (annexe). Seul l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme emprunte une formulation plus étroite, qui omet le second volet de l'interdiction de l'abus de droit («... ou à des limitations plus amples que celles prévues ...»).

1. Les quatre règles comprises dans l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme

L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est un dispositif d'interprétation de l'instrument conventionnel. En théorie, ce dispositif se décompose lui-même en quatre normes distinctes. En pratique, toutefois, la portée concrète susceptible d'être assignée à chacune de ces quatre normes est difficile à saisir, ce qui implique de sérieux doutes sur l'utilité pratique de certaines d'entre elles.

a) Les États parties, tout d'abord, se voient empêchés d'invoquer l'une quelconque des dispositions conventionnelles — cela visera essentiellement les clauses de limitation — aux fins de destruction des droits garantis. Sur ce point, l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme présente un intérêt doctrinal *a priori* incontestable. En particulier, certains auteurs y

1. Het door artikel 17 van het EVRM geboden «model»
2. Aspecten van vergelijkend recht
3. Het gebruik van artikel 17 door de Belgische rechtscollages, en in het bijzonder door het Arbitragehof
4. De gevolgen van een eventuele opname in de Grondwet van een op artikel 17 gelijkende bepaling
5. Tekstvoorstellen
6. Commentaar

I. Het door artikel 17 van het EVRM geboden «model»

Onder het opschrift «Verbod van misbruik van recht» bepaalt artikel 17 van het EVRM :

«Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.».

De in België geldende internationale verdragen ter bescherming van de rechten van de mens omvatten een geheel of deels analoge bepaling (zie bijlage). Alleen artikel 30 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens maakt gebruik van een minder ruime formulering, waarbij het tweede deel van het verbod van misbruik wordt weggelaten (*«of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien»*).

1. De vier in artikel 17 van het EVRM vervatte regels

Artikel 17 van het EVRM is een bepaling ten behoeve van de interpretatie van de verdragstekst. In theorie valt die bepaling uiteen in vier afzonderlijke normen. In de praktijk is het evenwel moeilijk om de concrete strekking te vatten die aan elk van die vier normen kan worden gegeven, wat ernstige twijfels doet rijzen in verband met het praktische nut van sommige ervan.

a) In de eerste plaats worden de Verdragsluitende Staten verhinderd enige verdragsbepaling — in essentie worden de beperkingsclausules beoogd — aan te voeren om de gewaarborgde rechten teniet te doen. Op dat punt heeft artikel 17 van het EVRM voor de rechtsleer een *a priori* onbetwistbaar belang. Met betrekking tot de interpretatie zien bepaalde auteurs er

voient un point de repère interprétatif indiquant les fins ultimes du recours à la dérogation autorisée par l'article 15 de la Convention¹: un état d'exception ne pourrait être instauré lorsque, en termes d'objectif ou de conséquences, il aboutit à détruire la démocratie². Sous cette réserve, la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme n'offre cependant pas de prises de position remarquables quant à l'allégation d'activités «liberticides» formées à l'encontre de l'État sous visa de l'article 17 de la Convention³. L'idée est en effet que, si les visées de l'État sont effectivement liberticides, elles se traduiront de toute façon par la violation d'un ou plusieurs droits et libertés conventionnels particuliers: un constat supplémentaire de violation de l'article 17 n'ajoutera rien de plus. En conséquence, l'on peut affirmer que cette première règle contenue dans l'article 17 est généralement, *in concreto*, relativement inutile.

b) Le même constat peut être fait à propos de la seconde règle contenue à l'article 17, à savoir, l'interdiction faite à l'État d'invoquer une disposition conventionnelle aux fins de restreindre les droits et libertés conventionnellement garantis de manière plus ample que ce que la Convention prévoit elle-même. Sur un plan théorique, cette règle ne fait que rappeler le principe selon lequel les clauses conventionnelles qui autorisent l'État à limiter les droits conventionnellement consacrés sont de stricte interprétation (*La liberté est la règle, et sa limitation, l'exception*). En conséquence, l'utilité pratique de l'article 17 sur ce point est introuvable⁴: un constat de violation de l'article 17 ne ferait que dupliquer, sans y ajouter quoi que ce soit, le constat préalablement atteint d'une violation de l'un des droits ou de l'une des libertés.

c) L'article 17 de la Convention européenne fait également obstacle à ce qu'un particulier ou un groupement de particuliers invoque la Convention européenne des droits de l'Homme en soutien d'un acte ou d'une activité visant à la *destruction* des droits et libertés conventionnellement garantis.

inzonderheid een referentiepunt in dat aangeeft tot waar van artikel 15 van het Verdrag mag worden afgeweken¹: een uitzonderingstoestand zou niet kunnen worden ingesteld, als dit tot doel of gevolg zouden hebben de democratie te vernietigen². Onder dit voorbehoud treft men in de jurisprudentie van de door het EVRM ingestelde organen voorts geen opmerkelijke standpunten aan over aantijgingen, in het licht van artikel 17, dat een Staat «vrijheids-vernietigende» activiteiten heeft ontwikkeld³. Als het de bedoeling is van de Staat de vrijheden echt geweld aandoen, zal zulks immers hoe dan ook tot uiting komen in de schending van één of meerdere bijzondere bij verdrag ingestelde rechten en vrijheden; de bijkomende vaststelling dat artikel 17 is geschonden, zal daar niets aan toevoegen. Bijgevolg mag worden gesteld dat die eerste in artikel 17 vervatte regel in het algemeen, *in concreto*, vrij nutteloos is.

b) Dezelfde vaststelling kan worden gedaan in verband met de tweede in artikel 17 vervatte regel, te weten het verbod voor de Staat om een verdragsbepaling aan te voeren met het oog op een verdergaande beperking van de rechten en vrijheden dan in dit Verdrag is voorzien. Theoretisch doet deze regel niets anders dan herinneren aan het principe dat verdragsbepalingen die de Staat machtigen de bij verdrag bekrachtigde rechten in te perken, aan strikte interpretatie onderhevig zijn (*De vrijheid is de regel, de beperking ervan de uitzondering*). Bijgevolg is het praktisch nut van artikel 17 in dat opzicht *nihil*⁴: de vaststelling dat artikel 17 wordt geschonden zou maar een herhaling zijn, zonder er wat dan ook aan toe te voegen, van de voorafgaande vaststelling dat één van de rechten of één van de vrijheden is geschonden.

c) Artikel 17 van het EVRM verhindert ook dat een persoon of een groep van personen het EVRM aanvoert ter ondersteuning van een daad of een activiteit met als doel de bij verdrag gewaarborgde rechten of vrijheden *te vernietigen*.

¹ Voy. en ce sens, R. Ergéc, *Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 179 et suiv.

² Voy. la note rédigée par les experts à propos de la clause transversale relative aux «dérogations»

³ Y. Haecck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *Handboek E.V.R.M., Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar*, vol. II, sous la dir de J. Vande Lanotte et Y. Haecck, Antwerpen, Intersentia, 2004, pp. 263-266.

⁴ Y. Haecck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, p. 263-266

¹ Zie in die zin, R. Ergéc, *Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1987, blz. 179 e.v.

² Zie de nota die de deskundigen in dat verband hebben opgesteld over de transversale clausule inzake «afwijkingen».

³ Y. Haecck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *Handboek E.V.R.M., Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar*, vol. II, o.l.v. J. Vande Lanotte en Y. Haecck, Antwerpen, Intersentia, 2004, blz. 263-266.

⁴ Y. Haecck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, blz. 263-266.

d) L'article 17 de la Convention européenne fait enfin obstacle à ce qu'un particulier ou un groupement de particulier invoque la Convention européenne des droits de l'Homme en soutien d'un acte ou d'une activité visant à limiter les droits et libertés qu'elle garantit de manière plus ample que ce que celle-ci prévoit.

Ce sont essentiellement les deux dernières règles ci-avant recensées (c et d) qui confèrent au dispositif de l'article 17 de la Convention son originalité, et, par voie de conséquence, sa raison d'être prioritaire.

Rompant avec les pages les plus noires de l'histoire européenne, l'instrument conventionnel ne pourrait logiquement offrir la plume qui pourra les réécrire, dût-il se faire violence à lui-même.

La société instituée par le système conventionnel est une «démocratie apte à se défendre», et résolue, pour y parvenir, à «sortir d'elle-même» en renonçant à offrir à ses ennemis les garanties qui en forment pourtant les piliers essentiels. L'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme exprimait clairement cette idée, en affirmant que *«lorsqu'un gouvernement cherche fondamentalement à protéger la prééminence du droit et de la démocratie, la Convention reconnaît elle-même en son article 17 la primauté de ce type d'objectif, qui dépasse même la protection de droits particuliers garantis par ailleurs par la Convention»*⁵. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'Homme résumait de la sorte la *ratio legis* de l'article 17: *«The general purpose of Article 17 is to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interest the principle enunciated by the Convention»*⁶. Ou, encore, pour reprendre les termes de l'arrêt *Zdanoka c. Lettonie* du 17 juin 2004 (§§ 78-79): «La démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui est compatible avec elle. Cependant, on ne saurait exclure qu'une personne ou un groupe de personnes invoquent les droits consacrés par la Convention ou par ses Protocoles pour en tirer le 'droit' de se livrer à des activités visant effectivement à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention; or, une telle destruction mettrait également fin à la démocratie. C'est justement cette préoccupation qui amena les auteurs de la Convention à y introduire l'article 17 (...). Suivant le même raisonnement, la Cour considère que nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions

d) Artikel 17 van het Europees Verdrag vormt ten slotte een belemmering voor het feit dat een persoon of een groep van personen zich op het EVRM zou beroepen ter ondersteuning van een daad of een activiteit die erop gericht is de rechten en vrijheden die het Verdrag waarborgt, verregaander in te perken dan waarin dat Verdrag voorziet.

Het zijn vooral die twee laatste bepalingen, (c en d) die het dispositief van artikel 17 van het Verdrag origineel maken en bijgevolg de belangrijkste bestaansredenen ervan uitmaken.

Het Verdrag wil een breuk zijn met de donkerste bladzijden uit de Europese geschiedenis; logischerwijs kan dat Verdrag dan ook niet «pen en inkt» bieden om die bladzijden opnieuw te schrijven. Dan zou het verdrag zichzelf geweld aandoen.

De samenlevingsvorm die in het verdrag voor ogen stond is de «démocratie die in staat is zichzelf te verdedigen» en die daartoe vastberaden is «uit zichzelf te treden» door te weigeren haar vijanden de waarborgen te bieden die er nochtans de essentiële pijlers van uitmaken. De voormalige Europese Commissie voor de mensenrechten bracht die idee duidelijk naar voor door te stellen dat *«lorsqu'un gouvernement cherche fondamentalement à protéger la prééminence du droit et de la démocratie, la Convention reconnaît elle-même en son article 17 la primauté de ce type d'objectif, qui dépasse même la protection de droits particuliers garantis par ailleurs par la Convention»*⁵. Recenter nog vatte het Europees Hof voor de bescherming van de Rechten van de Mens de *ratio legis* van artikel 17 als volgt samen: *«The general purpose of Article 17 is to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interest the principle enunciated by the Convention»*⁶. Er kan ook worden verwezen naar het arrest *Zdanoka t. Letland* van 17 juni 2004: «La démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui est compatible avec elle. Cependant, on ne saurait exclure qu'une personne ou un groupe de personnes invoquent les droits consacrés par la Convention ou par ses Protocoles pour en tirer le 'droit' de se livrer à des activités visant effectivement à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention; or, une telle destruction mettrait également fin à la démocratie. C'est justement cette préoccupation qui amena les auteurs de la Convention à y introduire l'article 17 (...). Suivant le même raisonnement, la Cour

⁵ Comm. eur. D.H., req. n°9228/80, rapport *Glassenapp c. Allemagne* du 11 mai 1984, Série B, vol. 87, p. 35, § 110

⁶ Cour eur. D.H., req. n°23131/03, décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004.

⁵ ECRM, nr. 9228/80, rapp. *Glassenapp t. Duitsland* van 11 mei 1984, Reeks B, vol. 87, blz. 35, § 110

⁶ EHRM, nr. 23131/03, beslissing *Norwood t. Verenigd Koninkrijk* van 16 november 2004

de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique».

2. Les actes ou activités visés par l'article 17 de la Convention

L'expression d'une opinion, d'une idée; l'activité terroriste ou la fomentation de complots armés; l'organisation de meetings ou de manifestations; la constitution d'un parti politique: il s'agit là — sans exhaustivité — «d'actes ou d'activités» auxquels les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷ estiment que l'article 17 de la Convention peut s'appliquer.

Encore faut-il cependant démontrer que de tels actes ou activités visent à la destruction des droits et libertés conventionnels, ou à une limitation de ceux-ci plus ample que ce que la Convention prévoit elle-même.

De ce point de vue, l'on constate que les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme adoptent, la plupart du temps, une approche «structurelle», plutôt que ponctuelle. L'hypothèse d'application de l'article 17 de la Convention ne résiderait pas tant dans le constat que l'acte ou l'activité litigieux vise à détruire *un droit déterminé* ou *une liberté déterminée*, que dans le constat que l'acte ou l'activité incriminée, eu égard aux enseignements de l'Histoire, ou plus généralement, de l'expérience commune, risque de porter atteinte aux «socles» de la société démocratique instituée par la Convention, c'est-à-dire, aux conditions nécessaires à l'épanouissement de l'ensemble des droits et libertés conventionnels⁸.

Au nombre des actes et activités pareillement susceptibles de mettre en péril les «socles» de la démocratie conventionnelle, et, par conséquent, susceptibles de se voir appliquer l'article 17, les organes de surveillance de la Convention européenne des droits de l'Homme ont — sans exhaustivité — épinglé:

considère que nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique» (§§ 78-79).

2. De door artikel 17 van het Verdrag beoogde daden of activiteiten

De uiting van een opinie of van een idee, een terroristische activiteit of het beramen van gewapende complotten, het organiseren van meetings of manifestaties, de oprichting van een politieke partij: ziedaar het — onvolledige — lijstje van «daden of activiteiten» waarvan de door het EVRM ingestelde organen⁷ van mening zijn dat artikel 17 van het Verdrag erop van toepassing kan zijn.

Daarbij moet echter wel nog worden aangetoond dat dergelijke daden of activiteiten de bedoeling hebben de in het Verdrag vastgelegde rechten en vrijheden te vernietigen, of die rechten en vrijheden verregaander te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.

Vanuit dat oogpunt stelt men vast dat de door het EVRM ingestelde organen doorgaans meer een structurele dan een punctuele benadering hebben. De toepassing van artikel 17 van het EVRM vooronderstelt niet zozeer de vaststelling dat de kwestieuze daad of activiteit *een bepaald recht* of *een bepaalde vrijheid* beoogt te vernietigen, maar veeleer de vaststelling dat de aangeklaagde daad of activiteit in het licht van de lessen van de Geschiedenis, of algemener van de gemeenschappelijke ervaring, *de «grondvesten» van de door het Verdrag ingestelde democratische samenleving* in gevaar dreigt te brengen, dit wil zeggen de voorwaarden die nodig zijn voor de ontplooiing van *het geheel van de bij verdrag ingestelde rechten en vrijheden*⁸.

Onder de daden en activiteiten die op dergelijke wijze de «grondvesten» van de bij verdrag ingestelde democratie in gevaar kunnen brengen en bijgevolg voor toepassing van artikel 17 in aanmerking komen, hebben de door het EVRM ingestelde toezichtsorganen gewezen op het volgende (de lijst is niet exhaustief):

⁷ S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?", *Pas de libertés pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, sous la dir. de H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel, et F. Tulkens, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 166

⁸ S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?", *op. cit.*, pp. 164-165

⁷ S. Van Drooghenbroeck: "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?" *Pas de libertés pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, onder leiding van H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel en F. Tulkens, Brussel, Bruylant, 2000, blz. 166

⁸ S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?", *op. cit.*, blz. 164-165.

– la promotion de l'idéologie communiste visant à l'instauration de la «dictature du prolétariat»⁹;

– l'appel à la violence¹⁰;

– le négationnisme et le révisionnisme: «Il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste (...) ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention»¹¹;

– la tentative de réhabilitation de l'idéologie fasciste ou nazie¹²;

– le discours raciste/l'incitation à la haine raciale/l'incitation à la haine religieuse:

• ex.: application de l'article 17 de la Convention au discours prônant l'expulsion collective des étrangers installés dans un État déterminé¹³

• ex: application (solution implicite) de l'article 17 à la publication d'un article qui, sous le titre *Trop, c'est trop*, comprend l'extrait suivant: «Les illusionnistes n'avaient pas prévu qu'en échange de la fuite éperdue de ces maudits Français d'Afrique du Nord, des hordes musulmanes inassimilables débarqueraient et investiraient les plus reculés de nos cantons. Ils sont aujourd'hui cinq millions, construisent partout des mosquées et quand

– bevordering van de communistische ideologie die de instelling van de «dictatuur van het proletariaat» beoogt⁹;

– oproep tot geweld¹⁰;

– negationisme en revisionisme: «*Il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste (...) ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention*»¹¹;

– poging tot rehabilitatie van de fascistische of nazi-ideologie¹²;

– racistisch discours / ophitsing tot rassenhaat / ophitsing tot religieuze haat:

• bijvoorbeeld: toepassing van artikel 17 van het EVRM op het discours dat de collectieve uitdrijving voortstaat van de in een bepaalde Staat gevestigde vreemdelingen¹³;

• bijvoorbeeld: toepassing (als impliciete oplossing) van artikel 17 op de publicatie van een artikel met de titel «*Trop c'est trop*», dat het volgende uittreksel bevat: «*Les illusionnistes n'avaient pas prévu qu'en échange de la fuite éperdue de ces maudits Français d'Afrique du Nord, des hordes musulmanes inassimilables débarqueraient et investiraient les plus reculés de nos cantons. Ils sont aujourd'hui cinq millions, construisent*

⁹ Comm. eur. D.H., req. n°250/97, décision *Parti Communiste Allemand c. Allemagne* du 20 juillet 1957, *Annuaire*, I, pp. 224-225; Cour eur. D.H., arrêt *Partidul Communistador (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie* du 3 février 2005, §§ 54 et 59

¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Partidul Communistador (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie* du 3 février 2005, §§ 54 et 59

¹¹ Cour eur. D.H., req. n°65831/01, décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003

¹² Comm. eur. D.H., req. n°12194/86, décision *Michaël Kühnen c. Allemagne* du 12 mai 1988, D.R., 56, p. 214

¹³ Comm. eur. D.H., req. n°8348/78 et 8406/78, décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas* du 11 octobre 1979, D.R., n° 18, p. 206

⁹ ECRM, nr. 250/97, beslissing *Communistische Partij Duitsland t. Duitsland* van 20 juli 1957, *Annuaire*, I, blz. 224-225; EHRM, arrest *Partidul Communistilor (Nepeceristi) en Ungureanu t. Roemenië* van 3 februari 2005, §§ 54 en 59.

¹⁰ EHRM, arrest *Partidul Communistilor (Nepeceristi) en Ungureanu t. Roemenië* van 3 februari 2005, §§ 54 en 59.

¹¹ ECRM, nr. 65831/01, beslissing *Garaudy t. Frankrijk* van 24 juni 2003.

¹² ECRM, nr. 12194/86, beslissing *Michaël Kühnen t. Duitsland* van 12 mei 1988, D.R., 56, blz. 214.

¹³ ECRM, nr. 8348/78 en 8406/78, beslissing *Glimmerveen en Hagenbeek t. Nederland* van 11 oktober 1979, D.R., nr. 18, blz. 206.

ils parlent de mettre les voiles ... ne vous réjouissez pas trop, ce n'est qu'à leurs sales gamines arrogantes !»¹⁴

- ex. application de l'article 17 à la publication et à la diffusion d'une affiche représentant les «Twin Towers» new-yorkaises en flamme, et accompagnée du slogan «Islam out of Britain- Protect the British People»¹⁵

- l'antisémitisme¹⁶;
- ...

Par contre, il ressort de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme que les revendications autonomistes et séparatistes ne sont pas, comme telles, susceptibles de porter atteinte à l'un des socles de la démocratie et ne peuvent donc se voir opposer l'article 17 de la Convention¹⁷. Il en ira différemment cependant si de telles revendications cautionnent ou s'appuient parallèlement sur un recours à la violence et au terrorisme aux fins de renverser le régime démocratique¹⁸.

3. Les droits et libertés auxquels l'article 17 est susceptible de s'appliquer

Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, «*the general purpose of Article 17 is to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention. To achieve that purpose, it is not necessary to take away every one of the rights and freedoms guaranteed from persons found to be engaged in activities aimed at the destruction of any of those rights and freedoms. Article 17 covers essentially those rights which, if invoked, will facilitate the attempt*

partout des mosquées et quand ils parlent de mettre les voiles ... ne vous réjouissez pas trop, ce n'est qu'à leurs sales gamines arrogantes !»¹⁴;

- bijvoorbeeld: toepassing van artikel 17 op de publicatie en de verspreiding van een affiche met naast de weergave van de brandende «Twin Towers» in New-York, de slogan «Islam out of Britain - Protect the British People»¹⁵;
- antisemitisme¹⁶;
- enzovoort.

Uit de jurisprudentie van de door het EVRM ingestelde organen blijkt daarentegen dat het opeisen van autonomie en separatisme als dusdanig de grondvesten van de democratie niet in het gedrang brengt, zodat artikel 17 van het EVRM daartegen niet kan worden ingeroepen¹⁷. De zaak ligt evenwel anders als dergelijke eisen het gebruik van geweld en terrorisme dekken of erop steunen, met de bedoeling het democratisch bestel omver te werpen¹⁸.

3. De rechten en vrijheden waarop artikel 17 toepasselijk kan zijn

In dat verband stelt het Europees Hof voor de rechten van de mens het volgende: «*the general purpose of Article 17 is to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention. To achieve that purpose, it is not necessary to take away every one of the rights and freedoms guaranteed from persons found to be engaged in activities aimed at the destruction of any of those rights and freedoms. Article 17 covers essentially those rights*

¹⁴ Cour eur. D.H., req. N°57383/00, décision *Jacques Seurot c. France* du 18 mai 2004. Si la solution ne peut être présentée que comme une "solution implicite", c'est au nom du constat que la Cour n'a pas entendu conclure définitivement à l'applicabilité de l'article 17 : "(...) la Cour se demande si l'expression des opinions du requérant ne devrait pas être exclue de la protection de l'article 10 en vertu de l'article 17. Toutefois, elle n'estime pas nécessaire de se prononcer sur ce point dès lors que cette partie du grief est également irrecevable".

¹⁵ Cour eur. D.H., req. n°23131/03, décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004.

¹⁶ Cour eur. D.H., req. n°42264/98, décision *W.P. et autres c. Pologne* du 2 septembre 2004.

¹⁷ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Parti communiste Unifié de la Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, §§ 21, 23 et 60; Cour eur. D.H., arrêt *Sidiropoulos et autres c. Grèce* du 10 juillet 1998, § 29.

¹⁸ Comm. eur. D.H., req. n°15404/89, décision *Betty Purcell et autres c. Irlande* du 16 avril 1991, D.R., 70, pp. 295-296.

¹⁴ EHRM, nr. 57383/00, beslissing *Jacques Seurot t. Frankrijk* van 18 mei 2004. Als de oplossing alleen kan worden aangereikt als een "impliciete oplossing", is het in naam van de vaststelling dat het Hof niet definitief tot de toepasselijkheid van artikel 17 heeft kunnen besluiten (" (...) la Cour se demande si l'expression des opinions du requérant ne devrait pas être exclue de la protection de l'article 10 en vertu de l'article 17. Toutefois, elle n'estime pas nécessaire de se prononcer sur ce point dès lors que cette partie du grief est également irrecevable".

¹⁵ EHRM, nr. 23131/03, beslissing *Norwood t. Verenigd Koninkrijk* van 16 november 2004.

¹⁶ EHRM, nr. 42264/98, beslissing *W.P. et al. t. Polen* van 2 september 2004.

¹⁷ Zie EHRM, arrest *Verenigde Communistisch Partij van Turkije et al. t. Turkije* van 30 januari 1998, §§ 21, 23 en 60; EHRM, arrest *Sidiropoulos et al. t. Griekenland* van 10 juli 1998, § 29.

¹⁸ ECRM, nr. 15404/89, beslissing *Betty Purcell et al. t. Ierland* van 16 april 1991, D.R., 70, blz. 295-296.

to derive therefrom a right to engage personally in activities aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention»¹⁹

De jurisprudence constante, les organes de la Convention estiment que l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et la déchéance de protection conventionnelle qu'il prévoit, n'est invocable qu'en présence des seuls «droits positifs (utilisés) en vue de la destruction de l'ordre dans une société démocratique»²⁰. Cette catégorie inclut les droits déduits de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance), 9 (liberté de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression), 11 (liberté de réunion et d'association), 14 (égalité et non-discrimination), 3 du Premier protocole additionnel (électorat et éligibilité) et — quoiqu'il existe une certaine controverse à ce propos — 2 du Quatrième protocole additionnel.²¹

Par contre²², les prérogatives consacrées par les articles 5 (droit à la liberté et à la sûreté), 6 (procès équitable) et 7 (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) de la Convention européenne des droits de l'Homme sont «immunisées» par rapport à la déchéance prévue par l'article 17, en tant qu'elles expriment des devoirs imposés à l'autorité publique, et ne présentent pas, de ce fait, un «pouvoir» de destruction des autres droits et libertés. La doctrine estime que, par identité de motifs, la même conclusion prévaut s'agissant des autres garanties processuelles consacrées par la Convention européenne des droits de l'Homme (ex.: art. 13, art. 1 à 4 du septième protocole additionnel), ainsi que des droits et libertés qui, en vertu de l'article 15 de la Convention, sont insusceptibles de faire l'objet d'une dérogation en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. On s'accorde également à considérer que le droit de se marier et de fonder une famille (art. 12) est dépourvu du pouvoir liberticide qui pourrait justifier, à son encontre, l'invocation de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁹ Cour eur. D.H., req. n°42264/98, décision *W.P. et autres c. Pologne* du 2 septembre 2004. Dans un sens identique, voy. Comm. eur. D.H., rapport *Lawless c. L'Irlande* du 19 décembre 1959, Série B, p. 180, § 141; Cour eur. D.H., arrêt *Lawless c. Irlande* du 1er juillet 1961, Série A, n°3, p. 45, § 7

²⁰ Comm. eur. D.H., req. n°332/57, rapport *Lawless c. Irlande* du 19 décembre 1958, *op. cit.*, p. 180, § 141

²¹ Y. Haec, "Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik", *op. cit.*, p. 258-260; S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?", *op. cit.*, pp. 151-152

²² Sur ceci, voir S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?" *op. cit.*, p. 152-153; Y. Haec, "Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik", *op. cit.*, p. 260-262.

which, if invoked, will facilitate the attempt to derive therefrom a right to engage personally in activities aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention»¹⁹.

Blijkens de vaste rechtspraak gaan de door het Verdrag ingestelde organen ervan uit dat artikel 17 van het EVRM, en het verlies van de bij het verdrag ingestelde bescherming waarin het voorziet, slechts kan worden aangevoerd als alleen «(des) droits positifs (utilisés) en vue de la destruction de l'ordre dans une société démocratique»²⁰ aanwezig zijn. Die categorie omvat de rechten die zijn afgeleid van artikel 8 (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven, huis en briefwisseling), artikel 9 (recht op vrijheid van geweten en godsdienst), artikel 10 (vrijheid van meningsuiting), artikel 11 (vrijheid van vergadering en vereniging), artikel 14 (gelijkheid en non-discriminatie), artikel 3 van het Eerste aanvullend protocol (kiesbevoegdheid en verkiesbaarheid) en — hoewel daarover enige controverse bestaat — artikel 2 van het Vierde aanvullend Protocol.²¹

De rechten die zijn verankerd in de artikelen 5 (recht op vrijheid en veiligheid), 6 (recht op een eerlijk proces) en 7 (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) van het EVRM zijn daarentegen²² immuun voor het in artikel 17 omschreven verval, aangezien zij slaan op aan de overheid opgelegde plichten en daardoor geen «mogelijkheid» tot vernietiging van de andere rechten en vrijheden impliceren. Conform de rechtsleer geldt dat op grond van dezelfde redenen dezelfde conclusie behoort te worden getrokken voor de andere processuele door het EVRM verleende waarborgen (bijvoorbeeld artikel 13, alsmede artikel 1 tot 4 van het Zevende aanvullend Protocol), én voor de rechten en vrijheden waarvan, conform artikel 15 van het Verdrag, niet kan worden afgeweken in oorlogstijd of bij een openbaar gevaar dat een bedreiging voor het voortbestaan van de natie vormt. Er bestaat ook een consensus om te stellen dat van het recht om te huwen en een gezin te stichten (artikel 12) geen «vrijheidsnietigend» effect uitgaat dat zou kunnen verantwoorden dat daartegen artikel 17 van het EVRM worden ingeroepen.

¹⁹ EHRM, nr. 42264/96, beslissing *W. P. et al. t. Polen* van 2 september 2004. In eenzelfde zin, zie ECRM, rapport *Lawless t. Ierland* van 19 december 1959, Reeks B, blz. 180, § 141; EHRM, arrest *Lawless t. Ierland* van 1 juli 1961, Reeks A, nr. 3, blz. 45, § 7.

²⁰ ECRM, nr. 332/57, rapport *Lawless t. Ierland* van 19 december 1958, *o.c.* blz. 180, § 141

²¹ Y. Haec, "Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik", *op. cit.*, blz. 258-260; S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?" *op. cit.*, blz. 151-152

²² Zie daaromtrent S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?" *op. cit.*, blz. 152-153; Y. Haec, "Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik", *op. cit.*, blz. 260-262.

La possibilité d'invoquer l'article 17 de la Convention à l'encontre du droit de propriété (article 1er du Premier protocole additionnel), n'est, à ce jour, pas définitivement tranchée²³

4. La portée de l'application de l'article 17

La portée concrète de l'application de l'article 17 à une situation déterminée est, à l'heure actuelle, un objet d'incertitude. Sur ce thème en effet, les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme ont adopté deux positions distinctes²⁴.

Dans une première série d'hypothèses, l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme et l'actuelle Cour européenne des droits de l'Homme ont utilisé l'article 17 comme une véritable «guillotine» (hakbijl), en lui associant l'effet de déchoir purement et simplement l'individu «liberticide» de la protection conventionnelle qu'il réclame. L'idée est, en d'autres termes, que le droit ou la liberté qui serait revendiqué aux fins de détruire les droits et libertés, doit être considéré, par le biais d'une fiction interprétative, comme un droit ou une liberté *qui n'est pas garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme*, et qui, par conséquent, *ne peut recevoir aucun soutien ou aucune protection de la part de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Par exemple, on considérera que la liberté d'expression, revendiquée aux fins de tenir un discours incitant à la haine raciale, est extérieure au «domaine de protection» (*Schutzbereich*) de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La conséquence concrète d'une telle approche, est que les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme ne vérifieront pas si les éventuelles limitations dont cette liberté d'expression a fait l'objet de la part de l'État, satisfont *in concreto* aux conditions de validité énoncées par l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme (triple condition de légalité, de légitimité du but poursuivi et de «nécessité dans une société démocratique/proportionnalité»). De manière tout à fait radicale, la requête qui serait présentée par le «liberticide» et qui tendrait à dénoncer l'incompatibilité avec l'article 10 des limitations dont sa liberté d'expression a fait l'objet, sera déclarée irrecevable, car incompatible *ratione materiae* avec la Convention européenne des droits de l'Homme, au sens de l'article 35, § 3, de cet instrument.

Over de mogelijkheid om artikel 17 van het Verdrag aan te voeren tegen het recht op eigendom (artikel 1 van het Eerste aanvullend Protocol), is tot dusver geen definitieve beslissing gevallen²³.

4. De draagwijdte van de toepassing van artikel 17

De concrete draagwijdte van de toepassing van artikel 17 op een bepaalde situatie is thans voorwerp van onzekerheid. Over dat thema hebben de door het EVRM ingestelde organen immers twee uiteenlopende standpunten ingenomen²⁴.

In een eerste reeks casussen hebben de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) en het huidige Europees Hof voor de Rechten van de Mens artikel 17 gebruikt als een ware «hakbijl», door er het effect aan te geven dat de «vrijheidsvernietigende» persoon de bij het Verdrag verleende bescherming waarop hij aanspraak maakt, zonder meer verliest. De stelling is met andere woorden dat het recht of de vrijheid die wordt ingeroepen om rechten en vrijheden te vernietigen, via een interpretatiefictie, geacht moet worden *niet door het EVRM te zijn gewaarborgd*, zodat men voor de uitoefening daarvan *geen enkele steun of bescherming van het EVRM kan ontvangen*. Men zal er bijvoorbeeld van uitgaan dat de vrijheid van meningsuiting die wordt ingeroepen om een toespraak te houden die aanzet tot rassenhaat, buiten het beschermd gebied («*Schutzbereich*») van artikel 10 van het EVRM valt. Het concrete gevolg van een dergelijke benadering is dat de door het EVRM ingestelde organen niet zullen nagaan of de eventuele beperkingen die de Staat met betrekking tot die vrijheid van meningsuiting heeft opgelegd, *in concreto* voldoen aan de geldigheidsvoorwaarden die worden gesteld bij artikel 10, 2., van het EVRM (driedubbele voorwaarde inzake legaliteit, legitimiteit van het nagestreefde doel en nodig in een democratische samenleving/proportionaliteit). In het uiterste geval zou het verzoekschrift dat de «vrijheidsvernietiger» indient en dat ertoe zou strekken aan te klagen dat de beperkingen ovan zijn vrijheid van meningsuiting niet verenigbaar zijn met artikel 10, onontvankelijk worden verklaard, omdat het *ratione materiae* niet verenigbaar is met het EVRM in de zin van artikel 35, 3., van dat Verdrag.

²³ Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, p. 259

²⁴ Pour un survol récent de la problématique, voy. Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, pp. 249 et suiv.

²³ Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.* blz. 259

²⁴ Voor een recente overzicht van dit vraagstuk, zie Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, blz. 249 e. v.

Ce type d'approche — «effet guillotine» — fut privilégié par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme dans l'affaire de la dissolution du Parti Communiste allemand (1957), ainsi que dans l'affaire *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas* (1979), où se trouvait en cause la limitation à la liberté d'expression et au droit d'éligibilité des auteurs de discours à caractère raciste. Ce type d'approche fut récemment réactivé par la Cour dans le cadre des affaires *Garaudy c. France* (juin 2003 - en ce qui concerne les propos négationnistes reprochés au requérant)²⁵, *W.P. c. Pologne* (septembre 2004 - à propos de la prohibition d'une association antisémite)²⁶ et *Norwood c. Royaume-Uni* (novembre 2004 - à propos de la publication d'une affiche incitant à l'islamophobie)²⁷.

Dans une seconde série d'hypothèses, les organes de la Convention n'ont pas utilisé l'article 17 aux fins de déchoir totalement l'individu liberticide de la protection conventionnelle qu'il réclame: l'article 17 fut simplement utilisé comme «arrière-fond interprétatif» aux fins d'apprécier, *in concreto*, si les limitations aux droits et libertés revendiqués par l'individu liberticide satisfaisaient *in concreto* à l'exigence de «nécessité dans une société démocratique/proportionnalité» posée par l'instrument conventionnel.

Voor dit soort benadering (het «hakbijl»-effect) werd gekozen door de oude EVRM-Commissie in de zaak over de ontbinding van de Duitse Communistische Partij (1957), alsmede in de zaak *Glimmerveen en Hagenbeek t. Nederland* (1979) (waar de beperking van de vrijheid van meningsuiting en van het recht op verkiesbaarheid van de auteurs van toespraken met racistische inslag in het geding was). Het EHRM heeft een dergelijke benadering onlangs opnieuw gehanteerd in het kader van de zaak *Garaudy t. Frankrijk* (juni 2003, met betrekking tot de negationistische beweringen waarvan de eiser werd beschuldigd)²⁵, *W.P. t. Polen* (september 2004, in verband met het verbod op een antisemitische vereniging)²⁶ en *Norwood t. Verenigd Koninkrijk* (november 2004, in verband met de publicatie van een affiche die aanzet tot islamofobie)²⁷.

In een tweede reeks casussen hebben de door het EVRM ingestelde organen artikel 17 niet aangewend om de «vrijheidsvernietigende» persoon de hele door hem ingeroepen en bij het Verdrag ingestelde bescherming te laten verliezen: artikel 17 werd gewoonweg als «interpretatieachtergrond» gebruikt om *in concreto* te oordelen of de beperkingen van de door de «vrijheidsnietigende» persoon ingeroepen rechten en vrijheden in de feiten voldeden aan de vereisten dat deze beperkingen «nodig in een democratische samenleving/proportioneel», dienen te zijn, zoals het Verdrag oplegt.

²⁵ Cour eur. D.H., req. n°65831/01, décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003. Sur cette affaire, voy. M. Levinet, «La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'Homme face au négationnisme», *Rev. trim. dr. Homme*, 2004, pp. 653 et suiv.

²⁶ Cour eur. D.H., req. n°42264/98, décision *W.P. et autres c. Pologne* du 2 septembre 2004.

²⁷ Cour eur. D.H., req. n°23131/03, décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004.

²⁵ EHRM, nr. 65831/01, beslissing *Garaudy t. Frankrijk* van 24 juni 2003. Over die zaak, zie M. Levinet, «La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'Homme face au négationnisme», *Rev. trim. dr. Homme*, 2004, blz. 653 e. v.

²⁶ EHRM, nr. 42264/98, beslissing *W.P. et al. t. Polen* van 2 september 2004.

²⁷ EHRM, nr. 23131/03, beslissing *Norwood t. Verenigd Koninkrijk* van 16 november 2004.

Ce type d'approche, plus nuancée, fut privilégié par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme à partir de 1988 (affaire *Kühnen*)²⁸, ainsi que, non sans quelque ambiguïté, par la Cour européenne des droits de l'Homme, jusqu'en 2003²⁹. Depuis lors en effet, et comme précédemment indiqué, la Cour européenne des droits de l'Homme semble avoir revitalisé l'effet «guillotine» de l'article 17 (voy. *supra*).

La superposition de ces deux courants jurisprudentiels ne rend évidemment pas aisée une conclusion définitive et péremptoire sur la portée de l'article 17. Du reste, la doctrine est divisée quant à l'opportunité de retenir un type d'approche plutôt que l'autre. D'aucuns estiment que l'effet «guillotine» a des incontestables bénéfices en termes pédagogiques: clarté et fermeté du message adressé aux liberticides. D'autres estiment par contre que cet effet «guillotine», de par sa brutalité, est beaucoup trop peu nuancé, en ce qu'il fait l'impasse sur l'examen concret de la légalité, de la légitimité, et de la proportionnalité des restrictions apportées aux actes et activités liberticides.

Au-delà de cette divergence de vues cependant, il convient d'examiner, de manière très concrète et très pragmatique, si, et dans quelle mesure, le choix d'une approche plutôt que l'autre aboutit nécessairement, abstraction faite de la forme du raisonnement, à des résultats foncièrement distincts sur le fond. En d'autres termes: l'utilisation de l'article 17 comme «guillotine» a-t-elle pour effet de permettre que les droits et libertés des liberticides puissent être limités d'une manière ou à un degré qu'il ne serait pas possible d'atteindre si l'article 17 n'était utilisé que comme «arrière-fond interprétatif»?

Die genuanceerder benadering werd voorgestaan door de voormalige EVRM-Commissie, vanaf 1988 (zaak *Kühnen*)²⁸, en — niet zonder enige dubbelzinnigheid — door het EHRM, tot in 2003²⁹. Zoals hiervoor is aangegeven, blijkt het EHRM sindsdien immers het «hakbijl»-effect van artikel 17 opnieuw te hebben gehanteerd (zie hierboven).

Het samengaan van die beide jurisprudentiële stromingen maakt een definitieve en afdoende conclusie over de draagwijdte van artikel 17 uiteraard niet makkelijk. Voorts is de rechtsleer verdeeld over de opportuniteit om de ene benadering te verkiezen boven de andere. Sommigen vinden dat het «hakbijl»-effect onbetwistbare voordelen heeft op pedagogisch vlak: het is een duidelijke en vastberaden boodschap aan het adres van de «vijanden van de vrijheid». Anderen daarentegen vinden het «hakbijl»-effect door zijn brutaliteit veel te ongeënuanceerd, doordat geen werk wordt gemaakt van het concreet onderzoek naar de legaliteit, de legitimiteit en de proportionaliteit van de beperkingen van de vrijheidsvernietigende daden en activiteiten.

Daargelaten dit verschil in standpunten, dient heel concreet en heel pragmatisch te worden onderzocht of, en in welke mate, de keuze van de ene veeleer dan de andere benadering — afgezien van de gehanteerde redenering — noodzakelijkerwijze leidt tot resultaten die inhoudelijk fundamenteel verschillend zijn. Heeft met andere woorden het gebruik van artikel 17 als «hakbijl» tot gevolg dat de rechten en vrijheden van de «vrijheidsvernietigers» kunnen worden beperkt op een wijze of in een graad die niet haalbaar zou zijn mocht artikel 17 louter als «interpretatieachtergrond» worden gehanteerd?

²⁸ Voy. Comm. eur. D.H., décision *Kühnen c. République Fédérale d'Allemagne* du 12 mai 1988, D.R., vol. 56, p. 210. Dans un sens identique, voy. p. ex. Comm. eur. D.H., décision *Ochensberger c. Autriche* du 2 septembre 1994 ; Comm. eur. D.H., décision *Hennicke c. Allemagne* du 21 mai 1997 ; Comm. eur. D.H., décision *F.P. c. L'Allemagne* du 29 mars 1993 ; Comm. eur. D.H., décision *Walendy c. Allemagne* du 11 janvier 1995, D.R., 80-A, p. 99 ; Comm. eur. D.H., décision *Remer c. Allemagne* du 6 septembre 1995, D.R., 82-A, p. 117 ; Comm. eur. D.H., décision *Honsik c. Autriche* du 18 octobre 1995 ; Comm. eur. D.H., décision *N.P.D. Bezirksverband München-Oberbayern c. Allemagne* du 29 novembre 1995, D.R., 84-A, p. 154 ; Comm. eur. D.H., décision *Rebhandl c. Autriche* du 16 janvier 1996 ; Comm. eur. D.H., décision *Pierre Marais c. France* du 24 juin 1996, D.R., 86-B, p. 190 ; Comm. eur. D.H., décision *D.I. c. Allemagne* du 26 juin 1996 ; Comm. eur. D.H., décision *H., W., P. et K. c. Autriche* du 12 octobre 1989, D.R., 62, p. 220 ; Comm. eur. D.H., décision *Nachtmann c. Autriche* du 9 septembre 1998.

²⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, § 58 ; Cour eur. D.H., req. n°32307/96, décision *Hans Jorg Schimanek c. Autriche* du 1er février 2000 ; Cour eur. D.H., req. n°41448/98, décision *Hans Jürgen Witzsch c. Allemagne* du 20 avril 1999.

²⁸ Zie ECRM, beslissing *Kühnen t. Bondsrepubliek Duitsland* van 12 mei 1988, D.R., vol. 56, blz. 210. In een zelfde zin, zie bijvoorbeeld ECRM, beslissing *Ochensberger t. Oostenrijk* van 2 september 1994 ; ECRM, beslissing *Hennicke t. Duitsland* van 21 mei 1997 ; ECRM, beslissing *F.P. t. Duitsland* van 29 maart 1993 ; ECRM, beslissing *Walendy t. Duitsland* van 11 januari 1995, D.R., 80-A, blz. 99 ; ECRM, beslissing *Remer t. Duitsland* van 6 september 1995, D.R., 82-A, blz. 117 ; ECRM, beslissing *Honsik t. Oostenrijk* van 18 oktober 1995 ; ECRM, beslissing *N.P.D. Bezirksverband München-Oberbayern t. Duitsland* van 29 november 1995, D.R., 84-A, blz. 154 ; ECRM, beslissing *Rebhandl t. Oostenrijk* van 16 januari 1996 ; ECRM, beslissing *Pierre Marais t. Frankrijk* van 24 juni 1996, D.R., 86-B, blz. 190 ; ECRM, beslissing *D.I. t. Duitsland* van 26 juni 1996 ; ECRM, beslissing *H., W., P. en K. t. Oostenrijk* van 12 oktober 1989, D.R., 62, blz. 220 ; ECRM, beslissing *Nachtmann t. Oostenrijk* van 9 september 1998.

²⁹ Zie EHRM, arrest *Lehideux en Isorni t. Frankrijk* van 23 september 1998, § 58 ; EHRM, nr. 32307/96, beslissing *Hans Jorg Schimanek t. Oostenrijk* van 1 februari 2000 ; EHRM, nr. 41448/98, beslissing *Hans Jürgen Witzsch t. Duitsland* van 20 april 1999.

Prima facie, la réponse semblerait affirmative: l'utilisation de l'article 17 comme «guillotine» dispense de vérifier si la limitation aux droits et libertés du «liberticide» est prévue par la loi, poursuit un but légitime, et est nécessaire/proportionnée dans une société démocratique. Toutefois, et à y regarder de très près, cette dispense d'examen est sans doute plus apparente que réelle, à tout le moins jusqu'à un certain point.

D'une part, il apparaît que l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est «invocable» qu'à l'encontre de droits et libertés que la Convention assortit de toute façon, en «temps normal», d'une possibilité de restriction — qu'il s'agisse d'une restriction préventive ou d'une restriction répressive (voy. ci-dessus). En conséquence, même en sa version «guillotine», l'article 17 de la Convention ne pourrait avoir l'effet de cautionner une possibilité ou une forme de limitation aux droits et libertés que la Convention interdirait *a priori* en d'autres circonstances³⁰.

D'autre part, même lorsque l'article 17 est utilisé en mode «guillotine», le juge devra quand même s'assurer que la limitation des droits du liberticide est prévue par la loi, si cette limitation est de nature pénale. Le principe de la légalité en matière pénale, garanti par l'article 7 de la Convention, ne peut en effet se voir opposer la déchéance de l'article 17 (voy. ci-dessus).

Enfin, la mise en oeuvre de l'article 17, même en sa version «guillotine», n'est pas exempte d'une exigence de proportionnalité. Ainsi que l'énonçait la Commission européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *De Becker c. Belgique*, «l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme possède (...) en un sens, une portée assez limitée: il ne s'applique qu'à ceux qui menacent le régime démocratique des Parties contractantes, et ce dans une mesure strictement proportionnée à la gravité et à la durée de la menace, ainsi que le confirme d'ailleurs l'article 18»³¹.

Prima facie lijkt het antwoord positief te zijn: zo artikel 17 als «hakbijl» wordt gebruikt, hoeft men niet te onderzoeken of de beperking van de rechten en vrijheden van de «vrijheidsvernietiger» is bepaald bij de wet, een wettig doel nastreeft en nodig/proportioneel is in een democratische samenleving. Als men de zaken van naderbij bekijkt, is die onderzoeksvrijstelling echter ongetwijfeld veeleer schijn dan werkelijkheid, althans tot op een zeker punt.

Enerzijds blijkt immers dat artikel 17 van het EVRM slechts kan worden «ingeroepen» is ten aanzien van rechten en vrijheden die in «normale tijden» volgens het verdrag voor beperking vatbaar zijn, ongeacht of het een preventieve dan wel een repressieve beperking betreft (zie hoger). Bijgevolg zou artikel 17, zelfs in zijn «hakbijl»-versie, niet tot gevolg kunnen hebben dat een mogelijkheid of een vorm van beperking van de rechten en vrijheden wordt gedekt die het Verdrag in andere omstandigheden *a priori* zou verbieden³⁰.

Anderzijds zal de rechter, wanneer het gaat om een beperking in een strafwet, bij toepassing van artikel 17 als «hakbijl», er zich toch steeds van moeten vergewissen of die beperking van de rechten van de «vrijheidsvernietiger» is opgenomen in een wet. Omdat zulks strijdig is met het door artikel 7 van het Verdrag gewaarborgde wettigheidsbeginsel in strafzaken, kan artikel 17 onmogelijk vervallen verklaard worden (zie boven).

Ten slotte zij erop gewezen dat bij de toepassing van artikel 17 — zelfs in de «hakbijl»-versie ervan — de proportionaliteitsvereiste moet gelden. Er zij daarbij verwezen naar wat de ECRM daaromtrent in de zaak *De Becker t. België* stelde: «l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme possède (...) en un sens, une portée assez limitée : il ne s'applique qu'à ceux qui menacent le régime démocratique des Parties contractantes, et ce dans une mesure strictement proportionnée à la gravité et à la durée de la menace, ainsi que le confirme d'ailleurs l'article 18»³¹.

³⁰ S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?», *op. cit.* pp. 178-179

³¹ Comm. eur. D.H., req. n°214/56, rapport *De Becker c. Belgique* du 8 janvier 1960, Série B, n°2, p. 137.

³⁰ S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Incertain et inutile ?» *op. cit.*, blz. 178-179.

³¹ ECRM., nr. 214/56, rapport *De Becker t. België* van 8 januari 1960, Reeks B, nr. 2, blz. 137.

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Zdanoka c. Lettonie* du 17 juin 2004, évoque également cette idée de proportionnalité dans les termes suivants (§ 80): «Le problème qui se pose (...) est celui d'une juste conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique d'un côté, et ceux de la sauvegarde des droits individuels de l'autre (...). Chaque fois que l'État entend se prévaloir du principe de 'démocratie apte à se défendre' afin de justifier une ingérence dans les droits individuels, il doit donc évaluer avec soin la portée et les conséquences de la mesure envisagée, pour que l'équilibre susvisé soit respecté».

De ce qui précède, on peut déduire que, bien qu'étant aux antipodes l'un de l'autre sur le plan *formel*, l'effet «guillotine» et l'effet «arrière-fond interprétatif» de la clause «anti-abus-de-droit» n'aboutissent pas, sur le *fond*, à des résultats fondamentalement distincts *dans le cadre du système de protection des droits et libertés mis en place par la Convention européenne des droits de l'Homme*. Cette dernière précision est d'importance, car elle indique qu'une telle conclusion ne serait pas nécessairement transposable *au niveau du système constitutionnel belge*, si d'aventure on venait à insérer dans celui-ci une clause «anti-abus-de-droit» calquée sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme (voy. *infra*).

II. Aspects de droit comparé

Si l'on s'en tient à l'examen des seules Constitutions des vingt-cinq États membres de l'Union européenne, on constatera que celles-ci ne comportent généralement pas de dispositions «transversales», comparables à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et relatives à la prohibition de l'abus de droit³².

In zijn arrest van 17 juni 2004 inzake *Zdanoka t. Letland*, verwijst ook het Europees Hof voor de rechten van de mens in dezelfde bewoordingen naar die idee van proportionaliteit: «*Le problème qui se pose (...) est celui d'une juste conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique d'un côté, et ceux de la sauvegarde des droits individuels de l'autre (...). Chaque fois que l'Etat entend se prévaloir du principe de 'démocratie apte à se défendre' afin de justifier une ingérence dans les droits individuels, il doit donc évaluer avec soin la portée et les conséquences de la mesure envisagée, pour que l'équilibre susvisé soit respecté*».(§ 80).

Uit wat voorafgaat valt af te leiden dat hoewel het «hakbijl»-effect en het «interpretatieve achtergrondeffect» van de «anti-rechtsmisbruikbepaling» formeel elkaars tegenpolen zijn, beide effecten ten gronde niet tot fundamenteel andersluidende resultaten leiden in het raam van de regeling van de door het EVRM ingestelde bescherming van rechten en vrijheden. Die laatste precisering is belangrijk omdat ze aangeeft dat een soortgelijke conclusie niet noodzakelijk naar het Belgische grondwettelijke niveau kan worden doorgetrokken, zo men daarin ooit een «anti-rechtsmisbruikbepaling» mocht invoegen, die een doorslag van artikel 17 van het EVRM (zie *infra*) zou zijn.

II. Aspecten van vergelijkend recht

Als men alleen de Grondwetten van de vijftientig lidstaten van de Europese Unie aan een onderzoek onderwerpt, blijkt dat zij doorgaans geen «transversale» bepalingen bevatten die vergelijkbaar zijn met artikel 17 van het EVRM en die verband houden met het verbod van misbruik van recht³².

³² Voy. J. Iliopoulou-Strangas, «Bedrohung und Verteidigung der Demokratie - Ein rechtsvergleichender einführender Überblick», *Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, sous la dir. de J. Iliopoulos-Strangas, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1989, p. 80

³² Zie J. Iliopoulos-Strangas, «Bedrohung und Verteidigung der Demokratie - Ein rechtsvergleichender einführender Überblick», *Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, onder leiding van J. Iliopoulos-Strangas, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1989, blz. 80

Deux exceptions se présentent néanmoins:

– art. 18 de la Constitution allemande³³: «*Whoever abuses freedom of expression of opinion, in particular freedom of the press (Article 5 (1)), freedom of teaching (article 5 (3)), freedom of assembly (Article 8), freedom of association (Article 9), privacy of letters and secrecy of post and telecommunication (Article 10), property (Article 14), or the right to asylum (Article 16a) in order to combat the free democratic order forfeit these basic rights. Such forfeiture and the extent thereof is determined by the federal Constitutional Court*»

– art. 25, § 3, de la Constitution grecque: «L'exercice abusif d'un droit n'est pas permis»³⁴.

D'autres constitutions européennes comprennent par contre des dispositions qui, de manière plus ou moins explicite, prohibent l'usage abusif d'un ou plusieurs droits ou libertés particuliers.

– art. 46, § 4, de la Constitution portugaise: «Les associations armées ou de type militaire, militarisées ou paramilitaires, ainsi que les organisations qui se réclament de l'idéologie fasciste, sont interdites»³⁵

– art. 78, § 2, de la Constitution danoise: «Les associations qui usent, dans leur action ou dans la poursuite de leurs buts, de violence, de provocation à la violence ou d'autres moyens punissables pour influencer les personnes d'opinion différente devront être dissoutes par jugement».

³³ Traduction reprise de M.V. Pylee, *Constitution of the World*, 2ème ed., Universal Law Publishing, 2003

³⁴ Traduction reprise de F. Delpérée et al., *Recueil des Constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

³⁵ Traduction reprise de F. Delpérée et al., *Recueil des Constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

Er zijn evenwel twee uitzonderingen :

– artikel 18 van de Duitse Grondwet: «*Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.*» («*Whoever abuses freedom of expression of opinion, in particular freedom of the press (article 5 (1)), freedom of teaching (article 5 (3)), freedom of assembly (article 8), freedom of association (article 9), privacy of letters and secrecy of post and telecommunication (article 10), property (article 14), or the right to asylum (article 16a) in order to combat the free democratic order forfeit these basic rights. Such forfeiture and the extent thereof is determined by the federal Constitutional Court.*»)³³;

– artikel 25, § 3, van de Griekse Grondwet: «*H katachrstikh askhsh dikaiwmatoò den epiprepetai.*» («*L'exercice abusif d'un droit n'est pas permis.*»)³⁴.

Andere Europese grondwetten daarentegen bevatten bepalingen die min of meer uitdrukkelijk het misbruik van één of meer individuele rechten of vrijheden verbieden:

– artikel 46, § 4, van de Portugese Grondwet: «*Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.* » («*Les associations armées ou de type militaire, militarisées ou paramilitaires, ainsi que les organisations qui se réclament de l'idéologie fasciste, sont interdites.* »)³⁵;

– artikel 78, § 2, van de Deense Grondwet : «*Foreninger, der virker ved eller søger at nå deres mål ved vold, anstiftelse af vold eller lignende strafbar påvirkning af anderledes tænkende, bliver at opløse ved dom.*» («*Verenigingen die in hun handelen of bij het verwezenlijken van hun doelstellingen gebruik maken van geweld, aanzetten tot geweld of hun toevlucht nemen tot andere strafbare middelen, met de bedoeling personen met een andere mening te beïnvloeden, moeten bij rechterlijke beslissing worden ontbonden.*») (vert.);

³³ Vertaling overgenomen van M.V. Pylee, *Constitution of the World*, 2^e editie, Universal Law Publishing, 2003

³⁴ Vertaling overgenomen van F. Delpérée et al., *Recueil des Constitutions européennes*, Brussel, Bruylant, 1994.

³⁵ Vertaling overgenomen van F. Delpérée et al., *Recueil des Constitutions européennes*, Brussel, Bruylant, 1994.

— art. 4 de la Constitution française: «Les partis et les groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie».

— ...

Au-delà des stipulations constitutionnelles générales ou particulières ainsi recensées, la prohibition de l'abus de droits fondamentaux, dans les ordres juridiques des États européens, réside la plupart du temps au niveau législatif, ainsi que dans l'interprétation que les cours constitutionnelles donnent des dispositions constitutionnelles qui régissent les limitations admissibles aux droits fondamentaux. Ainsi, des dispositifs pénaux ont été adoptés, dans la plupart - si ce n'est la totalité - des États européens, aux fins de réprimer l'incitation à la haine raciale, ou encore les discours négationnistes³⁶. Nombre d'États se sont par ailleurs dotés de législations permettant la dissolution des associations, en ce compris des partis politiques, «liberticides»³⁷.

III. L'utilisation de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme par les juridictions belges, et singulièrement par la Cour d'arbitrage

À deux reprises, la Cour d'arbitrage a entendu fonder son raisonnement — ou, à tout le moins, une partie de son raisonnement — sur le dispositif de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En l'occurrence, la référence à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme et au principe de l'interdiction de l'abus de droit qu'il consacre, intervenait non seulement pour interpréter la portée des droits et libertés que consacre cette Convention — ce qui n'est guère original —, mais aussi, et de manière beaucoup plus indirecte, pour interpréter la portée des droits et

— artikel 4 van de Franse Grondwet: «*Les partis et les groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.*» («De politieke partijen en groeperingen dingen naar de gunst van de kiezer. Zij bepalen vrijelijk hun samenstelling en werkzaamheden. Zij moeten de beginselen van de nationale soevereiniteit en de democratie in acht nemen.») (vert.);

— ...

In de respectieve rechtsorden van de Europese Staten wordt het verbod van misbruik van grondrechten, afgezien van de hiervoor vermelde algemene of bijzondere grondwetsbepalingen, doorgaans geregeld in de wetgeving, alsmede in de rechtspraak, meer bepaald door de interpretatie die de constitutionele hoven geven aan de grondwetsbepalingen die de toelaatbare beperkingen van de fundamentele rechten regelen. Aldus hebben de meeste (zoniet alle) Europese Staten strafrechtelijke bepalingen uitgevaardigd met het oog op het beteugelen van het aanzetten tot rassenhaat of van negationistische uitspraken³⁶. Tal van Staten hebben daarenboven wetten uitgevaardigd die het mogelijk maken «vrijheidsvernietigende» verenigingen, met inbegrip van de politieke partijen, te ontbinden³⁷.

III. Het gebruik van artikel 17 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens door de Belgische rechtscollages, en in het bijzonder door het Arbitragehof

Tot tweemaal toe heeft het Arbitragehof een redenering — of op zijn minst een deelte daarvan — gebaseerd op het dispositief van artikel 17 van het EVRM. Het Hof verwees naar artikel 17 van het EVRM en het daarin opgenomen verbod van misbruik van recht, met het oog op de interpretatie van de draagwijdte van de rechten en vrijheden die in dat Verdrag worden gewaarborgd — dat is niet origineel -, maar ook, en op een veel indirectere wijze, met het oog op de interpretatie van de draagwijdte van de rechten en vrijheden die door de *Belgische Grondwet* zijn gewaarborgd. Een soortgelijke «juridische

³⁶ Voy. l'étude de droit comparé réalisée dans *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, numéro spécial de la *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, mars 2001.

³⁷ Commission de Venise, Rapport sur l'interdiction des partis politiques et les mesures analogues (12-13 juin 1998) spéc. pts 3 et suiv.

³⁶ Zie de studie van vergelijkend recht in *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, speciaal nummer van de *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, maart 2001.

³⁷ Venetië-Commissie, *Rapport sur l'interdiction des partis politiques et les mesures analogues*, 12-13 juni 1998, zie inzonderheid punt 3 e.v.

libertés garantis par *la Constitution belge*. Un tel «métissage juridique» est quant à lui nettement plus original, puisqu'il aboutit à l'introduction prétorienne, dans le système constitutionnel belge, d'une clause d'interdiction de l'abus de droit qui ne s'y trouve pas expressément consacrée.

Le premier arrêt à mentionner est l'arrêt 45/96, rendu le 12 juillet 1996 sur le recours en annulation de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale. Le second moyen invoquait la méconnaissance par cette loi des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) combinés avec les dispositions constitutionnelles (art. 19), européennes (art. 10 CEDH) et internationales (art. 19 PIDCP) qui consacrent la liberté d'expression. L'originalité du raisonnement de la Cour réside dans le fait que celle-ci ne procéda pas à un examen séparé de la portée des différentes normes — constitutionnelles, européennes, et internationales — qui consacrent la liberté d'expression. L'examen de la Cour fut, d'une certaine manière, «globalisé»: en l'occurrence, elle estima, de manière implicite mais certaine, que la liberté d'expression constitutionnellement garantie (art. 19) devait être réputée avoir la même portée que la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En conséquence, c'est exclusivement au regard des exigences de cette dernière norme que la Cour confronta la restriction à la liberté d'expression que constitue la répression pénale du négationnisme. Aux fins d'asseoir sa conclusion selon laquelle cette restriction est «nécessaire dans une société démocratique» au sens de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour d'arbitrage fit précisément référence au dispositif de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme (pt. B.7.15 et B.7.16 de l'arrêt): «Il peut être admis que le législateur intervienne de manière répressive lorsqu'un droit fondamental est exercé de manière telle que les principes de base de la société démocratique s'en trouvent menacés et qu'il en résulte un dommage inacceptable pour autrui. La Cour constate par ailleurs que l'initiative législative rejoint d'autres initiatives semblables récemment prises et jugées nécessaires par plusieurs pays européens. Le législateur belge peut légitimement redouter que, en l'absence d'une législation similaire, la Belgique ne devienne le refuge du négationnisme. *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme énonce qu'aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la*

kruisbestuiving» is wel degelijk een nieuwigheid, aangezien het Belgisch grondwettelijk bestel aldus op pretoriaanse wijze wordt aangevuld met een bepaling inzake het verbod op misbruik van recht dat voordien niet uitdrukkelijk in de Grondwet was bekrachtigd.

Als eerste arrest dient het op 12 juli 1996 gewezen arrest 45/96 te worden vermeld betreffende de beroepen tot vernietiging van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd. Het tweede middel beriep zich erop dat die wet inging tegen de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie (cf. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet), gelezen in samenhang met de grondwettelijke (artikel 19), alsmede de Europese (artikel 10 EVRM) en internationale bepalingen (artikel 19 IVBPR), op grond waarvan de vrijheid van meningsuiting wordt gewaarborgd. De originaliteit van de door het Hof gevolgde redenering bestaat erin dat het de draagwijdte van de verschillende — grondwettelijke, Europese en internationale — normen ter bekrachtiging van de vrijheid van meningsuiting, niet afzonderlijk heeft onderzocht. Het door het Hof verrichte onderzoek was in zekere zin «alomvattend»: het Hof was met name (weliswaar impliciet doch zeker) van oordeel dat de grondwettelijk (bij artikel 19) gewaarborgde vrijheid van meningsuiting moest worden geacht dezelfde draagwijdte te hebben als de vrijheid van meningsuiting die wordt gewaarborgd door artikel 10 van het EVRM. Bijgevolg heeft het Hof de beperking van de vrijheid van meningsuiting die de strafrechtelijke bestraffing van negationisme inhoudt, alleen getoetst aan de bij de laatstgenoemde norm gestelde vereisten. Ter staving van zijn conclusie dat die beperking «nodig [is] in een democratische samenleving» in de zin van artikel 10, § 2, van het EVRM, verwees het Arbitragehof precies naar hetgeen is bepaald bij artikel 17 van het EVRM (cf. punt B.7.15 en B.7.16 van het arrest): «Het is aanvaardbaar dat de wetgever bestraffend optreedt wanneer een grondrecht op een dergelijke wijze wordt uitgeoefend dat de basisbeginselen van een democratische samenleving worden bedreigd en dat daardoor onaanvaardbare schade wordt berokkend aan derden. Het Hof stelt overigens vast dat het wetgevend initiatief aansluit bij soortgelijke wetgevende initiatieven die recent door verscheidene Europese landen zijn genomen en als noodzakelijk werden ervaren. De Belgische wetgever kan legitiem ervoor beducht zijn dat België bij ontstentenis van enige soortgelijke wetgeving de draaischijf van het negationisme zou worden. Artikel 17 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt dat «geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij

destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention (...)'. Cette disposition vise à exclure de la sphère de protection de la Convention européenne des droits de l'Homme les abus de droits fondamentaux commis par des régimes antidémocratiques, des groupements ou des individus».

Le second arrêt à mentionner est l'arrêt 10/2001, rendu le 7 février 2001 sur recours en annulation de l'article 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989. En substance, cette disposition permet de suspendre, en tout ou partie, la dotation publique d'un parti politique qui témoigne d'une «hostilité manifeste» à l'égard des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. Plusieurs des moyens d'annulation présentés revenaient, en substance, à critiquer la compatibilité de cette disposition législative avec le principe constitutionnel d'égalité (art. 10 et 11) combiné avec la liberté d'expression garantie par l'article 19 de la Constitution (voy. spécifiquement le point B.4.8.1. de l'arrêt). De son propre mouvement, la Cour d'arbitrage élargit le spectre des dispositions protectrices de la liberté d'expression qui se trouvaient potentiellement en cause, en incluant dans ce spectre, non seulement l'article 19 de la Constitution, mais aussi l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (pt. B.4.8.1). Tout comme dans l'arrêt 45/96 précité, la Cour pratiqua un «examen global», à la lumière des seules exigences posées par l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans ce cadre, et aux fins de conclure *in fine* à la «nécessité dans une société démocratique/proportionnalité» du dispositif mis en place par l'article 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989, la Cour d'arbitrage fit notamment référence à la clause «anti-abus-de-droit» contenue à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme (pt. B.4.8.1. *in fine*).

Deux enseignements se dégagent de la jurisprudence constitutionnelle ainsi résumée.

Tout d'abord, et ainsi que nous l'annoncions précédemment, la technique de l'examen «global» pratiquée par la Cour aboutit à ce que la clause «anti-abus-de-droit» contenue à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme, exerce une influence, non seulement sur l'interprétation des droits et libertés

pour un État, un groupe ou une personne le droit d'exercer une activité au jour le jour ou de commettre des actes auxquels sont soumis les droits et libertés énumérés dans le Traité, à détruire ou à limiter ces droits et libertés plus que ce qui est prévu dans le Traité». Ainsi, l'interprétation de cette disposition vise à exclure de la sphère de protection de la Convention européenne des droits de l'Homme les abus de droits fondamentaux commis par des régimes antidémocratiques, des groupements ou des individus».

Als tweede arrest dient melding te worden gemaakt van het op 7 februari 2001 gewezen arrest 10/2001 betreffende het beroep tot vernietiging van artikel 15^{ter} van de wet van 4 juli 1989. Op grond van die bepaling kan worden overgegaan tot de gehele of gedeeltelijke schorsing van de overheidsdotatie van de politieke partijen die blijken te geven van «een duidelijke vijandigheid (...) ten opzichte van de fundamentele rechten en vrijheden gewaarborgd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens». Verscheidene van de aangevoerde middelen tot vernietiging kwamen er in essentie op neer dat de verenigbaarheid van deze bepaling met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (cf. de artikelen 10 en 11), gelezen in samenhang met de in artikel 19 van de Grondwet gewaarborgde vrijheid van meningsuiting (zie inzonderheid punt B.4.8.1 van het arrest) werd betwist.

Uit eigen beweging verruimt het Arbitragehof het spectrum van de potentieel in het geding zijnde bepalingen ter bescherming van de vrijheid van meningsuiting; het Hof beroept zich immers niet alleen op artikel 19 van de Grondwet, maar ook op artikel 19 van het Internationaal verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en op artikel 10 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (cf. punt B.4.8.1). Net zoals in bovenvermeld arrest 45/96 heeft het Hof een «alomvattend» onderzoek verricht, door te toetsen aan de vereisten welke worden gesteld in artikel 10, § 2, van het EVRM. In die context, en teneinde tot het besluit te komen dat de bepaling waarin artikel 15^{ter} van de wet van 4 juli 1989 voorziet «nodig is in een democratische samenleving» en «proportioneel», verwees het Arbitragehof inzonderheid naar de «anti-rechtsmisbruikclausule» die is vervat in artikel 17 van het EVRM (cf. punt B.4.8.1 *in fine*).

Uit de aldus samengevatte grondwettelijke jurisprudentie kunnen twee inzichten worden gedistilleerd.

Zoals hierboven werd aangegeven, leidt het «alomvattend» onderzoek dat het Hof heeft verricht, in eerste plaats tot de conclusie dat de in artikel 17 van het EVRM vervatte «anti-rechtsmisbruikclausule» een invloed heeft, niet alleen op de interpretatie van de rechten en vrijheden die het EVRM zelf bepaalt, maar ook – indirect en

contenus dans la Convention européenne des droits de l'Homme elle-même, mais aussi, de manière indirecte et par un jeu de transitivité, sur l'interprétation des droits et libertés contenus dans la Constitution belge. Dans l'une et l'autre affaire en effet, l'article 19 de la Constitution voit *de facto* sa portée nuancée par l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme. D'une certaine manière, le juge constitutionnel a donc introduit, dans le système constitutionnel belge de protection des droits et libertés, une clause non écrite d'interdiction de l'abus de droit.

Ensuite, il apparaît clairement que le juge constitutionnel entend utiliser la clause d'interdiction de l'abus de droit, non pas pour lui faire produire un effet radical de «guillotine», mais uniquement comme un arrière-fond interprétatif des limitations admissibles aux droits et libertés internationalement ou constitutionnellement garantis³⁸. La même démarche s'observe dans l'arrêt rendu le 21 avril 2004 par la Cour d'appel de Gand, dans le cadre des poursuites dirigées, sur pied de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981, contre ce qu'il est convenu d'appeler les «trois A.S.B.L. satellites» de l'ex-Vlaams Blok (voy. spécifiquement les points 2.1.10 et 2.2.1. de l'arrêt).

IV. L'incidence que pourrait avoir l'insertion formelle, dans le système constitutionnel belge de protection des droits et libertés, d'une clause «anti-abus-de-droit» calquée sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme

L'incidence de l'insertion d'une disposition relative à l'abus de droits fondamentaux dans le titre II de la Constitution diffère selon que l'on entend assortir cette disposition d'un effet «guillotine» ou que l'on veuille en faire un élément d'interprétation de la clause restrictive.

1. L'interdiction d'abus des droits fondamentaux assortie d'un effet «guillotine»

Si une disposition relative à «l'interdiction d'abus de droits fondamentaux» avec effet «guillotine» était insérée dans le titre II de la Constitution, sa portée pourrait être beaucoup plus grande que celle de la disposition comparable de la CEDH.

³⁸ Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, p. 253

doordat er transitiviteit in het spel is – , op de interpretatie van de rechten en vrijheden die zijn vervat in de Belgische Grondwet. Zowel in de ene als in de andere zaak, nuanceert artikel 17 van het EVRM *de facto* de draagwijdte van artikel 19 van de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof heeft als dus in het Belgisch grondwettelijk systeem ter bescherming van de rechten en vrijheden een ongeschreven clause ingevoerd die het misbruik van recht verbiedt.

Voorts blijkt duidelijk dat de grondwettelijk rechter de verbodsclausule inzake rechtsmisbruik wil aanwenden, niet om haar een radicaal «hakbijl»-effect te doen sorteren, maar louter als interpretatieve *background* om aan te geven in hoeverre het aanvaardbaar is te voorzien in beperkingen van de internationaal of grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden³⁸. Dezelfde aanpak blijkt uit het arrest dat het hof van beroep te Gent op 21 april 2004 heeft gewezen in het kader van de op grond van artikel 3 van de wet van 30 juli 1981 ingestelde strafvervolgung tegen de «drie aan het voormalige Vlaams Blok verbonden vzw's» (*cf.* inzonderheid de punten 2.1.10 en 2.2.1 van het arrest).

IV. De mogelijke weerslag van de formele invoeging in het Belgisch grondwettelijk bestel ter bescherming van de rechten en vrijheden, van een «anti-rechtsmisbruiksclausule» die geïnspireerd is op artikel 17 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden

De weerslag van het opnemen van een bepaling over het misbruik van grondrechten in titel II van de Grondwet, verschilt naar gelang men aan deze bepaling een «hakbijleffect» wil toekennen, dan wel er een element in de interpretatie van de beperkingsclausule van wil maken.

1. Het verbod van misbruik van grondrechten, met «hakbijleffect»

Wanneer in titel II van de Belgische Grondwet een bepaling over het «verbod van misbruik van grondrechten», met «hakbijleffect», zou worden opgenomen, zou de reële draagwijdte ervan veel verstrekkender kunnen zijn dan de draagwijdte van de vergelijkbare bepaling in het EVRM.

³⁸ Y. Haeck, «Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik», *op. cit.*, blz. 253

Nous avons déjà indiqué que la portée réelle de l'article 17 de la CEDH – même assorti d'un effet «guillotine» – était relativement limitée, dans la mesure où une répression de l'abus des droits fondamentaux au sens de l'article 17 de la CEDH remplira presque toujours les conditions nécessaires pour pouvoir limiter le droit fondamental.³⁹

En d'autres termes, l'article 17 de la CEDH n'ajoute rien ou presque à la possibilité qu'ont les États de limiter, par exemple, les droits fondamentaux en fonction de l'alinéa 2 des articles 8 à 11.

Si, en revanche, une interdiction comparable d'abus de droits fondamentaux assortie d'un effet «guillotine» était inscrite dans la Constitution, la portée de la disposition serait plus vaste. Cela impliquerait en effet que l'on ne pourrait invoquer aucune des garanties prévues au titre II de la Constitution pour, par exemple, justifier des propos antidémocratiques, racistes ou négationnistes.

Cela signifierait non seulement qu'il est possible de réprimer de tels propos – ce qui constitue d'ores et déjà une restriction autorisée –, mais également que la prise de mesures préventives et l'instauration de la censure feraient également partie des possibilités. Une disposition relative aux «abus de droits fondamentaux», assortie d'un «effet guillotine», impliquerait que l'interdiction des mesures préventives prévue aux articles 19, 24, 25, 26 et 27 de la Constitution ne s'appliquerait pas aux abus de droits fondamentaux. Il s'ensuivrait également que les restrictions pourraient être apportées autrement que «par le biais d'une norme législative».

Le constituant devra voir s'il entend lever l'interdiction de mesures préventives, qui était pour le Congrès national, en 1831, l'aspect le plus substantiel du système de limitation, en cas d'abus de droits fondamentaux. En ce qui concerne la liberté de la presse, le constituant a estimé que cette interdiction était à ce point fondamentale que l'article 25 de la Constitution précise même que: «La censure ne pourra 'jamais' être établie.» Le constituant devra juger si les motifs qui ont justifié l'interdiction de mesures préventives depuis 175 ans sont encore valables. Ces motifs tenaient à la suspicion envers toute autorité qui entend déterminer à titre préventif ce que les citoyens peuvent entendre, lire, écouter et regarder et à la confiance dans l'autonomie morale de ce citoyen,

Eerder gaven we reeds aan dat de reële draagwijdte van artikel 17 van het EVRM, – zelfs met een «hakbijl-effect» – veeleer gering is, omdat een beteugeling van het misbruik van grondrechten in de zin van artikel 17 van het EVRM, bijna steeds ook wel aan de voorwaarden ter beperking van het grondrecht zal voldoen.³⁹

Artikel 17 van het EVRM voegt m.a.w. niets of nauwelijks iets toe aan de mogelijkheid die de Staten hebben om bv. de grondrechten te beperken op grond van het tweede lid, van de artikelen 8 tot 11.

Wanneer in de Belgische Grondwet echter een vergelijkbaar «verbod van misbruik van grondrechten», met een «hakbijl-effect», zou worden opgenomen, zou dat wel een verstrekkende draagwijdte hebben. Het zou immers impliceren dat men zich op geen van de waarborgen van titel II van de Grondwet zou kunnen beroepen om zich bv. op een anti-democratische, racistische of negationistische wijze te uiten.

Dit zou niet alleen betekenen dat repressief kan worden opgetreden tegen dergelijke uitingen – wat thans reeds een toegelaten beperking is – doch ook dat preventieve maatregelen en censuur eveneens tot de mogelijkheden zouden behoren. Een bepaling over «misbruik van grondrechten», met een «hakbijl-effect», zou er toe leiden dat t.a.v. misbruiken van grondrechten, het verbod van preventieve maatregelen uit de artikelen 19, 24, 25, 26 en 27 G.W. niet meer zou gelden. Het zou daarenboven impliceren dat de beperkingen niet «bij wetgevende norm» zouden worden aangebracht.

De grondwetgever zal moeten overwegen of hij het verbod van preventieve maatregelen, dat voor het Nationaal Congres in 1831 hét meest wezenlijke aspect was van het beperkingssysteem, wil opheffen in geval van misbruik van grondrechten. T.a.v. de persvrijheid achtte de grondwetgever dit verbod in die mate fundamenteel dat in artikel 25 van de Grondwet zelf wordt gesteld: «De censuur kan 'nooit' worden ingevoerd.» De grondwetgever zal dienen te oordelen of de beweegredenen die het verbod van preventieve maatregelen sinds 175 jaar hebben verantwoord, niet langer geldig zijn. Die beweegredenen hadden te maken met de argwaan tegen elke overheid die preventief wil bepalen wat de burgers mogen horen, lezen, beluisteren en bekijken en met het

³⁹ Voir *supra*

³⁹ Zie *supra*.

qui ne doit pas être protégé à titre préventif par un «censeur». En instaurant l'interdiction de mesures préventives, le constituant a choisi d'accepter les «risques de la liberté» plutôt que les «risques de la censure».⁴⁰ Le système constitutionnel implique dès lors que le citoyen peut d'abord exercer sa liberté et ne peut être appelé à se justifier qu'ultérieurement. C'est ainsi que la Cour d'arbitrage a statué dans son arrêt 157/2004, du 6 octobre 2004, que lors de l'exercice de son pouvoir d'ordonner la cessation, le juge «devra tenir compte de l'interdiction de mesures préventives en général et de l'interdiction de censure en particulier, prévues par les articles 19 et 25 de la Constitution, ce qui implique que l'intervention judiciaire n'est possible que lorsqu'une diffusion a déjà eu lieu.»⁴¹

Sans doute considérera-t-on que les «abus de droits fondamentaux» sont des manifestations qui ne méritent pas de protection, et qu'il doit donc être possible de les combattre également de manière préventive. Il convient cependant d'observer à cet égard que bien que la notion «abus de droits fondamentaux» ait, jusqu'à présent, été interprétée de manière restrictive dans la jurisprudence, une interprétation plus large n'est pas à exclure, eu égard à l'imprécision de la définition de cette notion. La levée de l'«interdiction de la censure» impliquerait en outre que même une autorité administrative pourrait intervenir en tant que censeur. Compte tenu notamment de l'efficacité réduite de mesures préventives⁴², on peut se demander s'il est indiqué d'abandonner le système actuel de «liberté dans la responsabilité».

Si l'on envisageait d'insérer dans la Constitution une clause relative à «l'abus de droits fondamentaux» avec «effet guillotine», les articles susmentionnés de la Constitution devront être soumis à révision.

2. L'interdiction d'abus de droits fondamentaux, comme élément dans l'interprétation de la clause de limitation

L'insertion, dans le titre II de la Constitution, d'une clause relative à «l'abus de droits fondamentaux», à laquelle ne serait donnée qu'une valeur interprétative, a une portée beaucoup moins importante. Une telle dis-

trouwen in de morele autonomie van die burger die niet preventief moet afgeschermd worden door een «censor». Met het verbod van preventieve maatregelen opteerde de grondwetgever ervoor eerder te leven met de «risico's van de vrijheid» dan met de «risico's van de censuur».⁴⁰ Het grondwettelijk systeem impliceert dan ook dat de burger eerst zijn vrijheid kan uitoefenen, en slechts nadien ter verantwoording kan worden geroepen. Zo stelde het Arbitragehof in zijn arrest 157/2004, van 6 oktober 2004, dat de voorzitter van de rechtbank bij de toepassing van zijn bevoegdheid om de staking te bevelen «rekening zal dienen te houden met het bij de artikelen 19 en 25 van de Grondwet gewaarborgde verbod van preventieve maatregelen in het algemeen en het verbod van censuur in het bijzonder, wat impliceert dat het rechterlijk optreden slechts mogelijk is wanneer er reeds een verspreiding is geweest.»⁴¹

Wellicht zal men stellen dat «misbruiken van grondrechten» uitingen zijn die geen bescherming verdienen, en dat het dus moet mogelijk zijn ze ook preventief tegen te gaan. Daarbij weze wel opgemerkt dat alhoewel het begrip «misbruik van grondrechten» tot nu toe in de rechtspraak restrictief is geïnterpreteerd, een ruimere interpretatie, gelet op de vage omschrijving ervan, niet uit te sluiten is. Het opheffen van het «censuurverbod» zou daarenboven impliceren dat zelfs een administratieve overheid censurerend zou kunnen optreden. Mede in het licht van de geringe efficiëntie van preventieve maatregelen⁴², rijst de vraag of het aangewezen is het huidige systeem van «vrijheid in verantwoordelijkheid» te verlaten.

Indien men zou overwegen een bepaling over «misbruik van grondrechten» met «hakbijleffect» in de Grondwet op te nemen, zullen de hoger vermelde artikelen van de Grondwet voor herziening vatbaar dienen te worden verklaard.

2. Het verbod van misbruik van grondrechten, als element in de interpretatie van de beperkings-clausule

Het opnemen in titel II van de Grondwet van een bepaling over «misbruik van grondrechten», waaraan slechts een interpretatieve betekenis zou toekomen, heeft een veel minder verstrekkende draagwijdte. Een

⁴⁰ Cf. J. Velaers, «De censuur kan nooit worden ingevoerd». Over de motieven van het censuurverbod, in *Censures/ censuur*, compte rendu du colloque du 16 mai 2003, Larcier, 2003, 13-50.

⁴¹ Cour d'arbitrage n° 157/2004, 6 octobre 2004, considérant B.75.

⁴² Les interdictions de publication et de diffusion imposées par des juges de référé ont rarement atteint leur but par le passé et même eu souvent un effet inverse.

⁴⁰ Zie daarover J. Velaers, «De censuur kan nooit worden ingevoerd» Over de motieven van het censuurverbod, in *Censures - Censuur*, Referaten van het colloquium van 16 mei 2003, Larcier, 2003, 13-50.

⁴¹ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, overw. B.7.5.

⁴² Publicatie- en verspreidingsverboden opgelegd door kort geding-rechters hebben in het verleden zelden hun doel bereikt en vaak zelfs een omgekeerd effect gehad.

position laisserait en l'état l'interdiction de mesures préventives. On remarquera par ailleurs que la Cour d'arbitrage, dans un des arrêts qui recourent à l'article 17 de la CEDH comme élément d'interprétation – en l'occurrence, l'arrêt relatif à la loi condamnant le révisionnisme – dispose expressément, dans le cadre du contrôle au regard du principe de proportionnalité: «La loi litigieuse est répressive et ne contient aucune mesure préventive.»⁴³

Une telle disposition ne soulève pratiquement aucune objection, même si l'on peut s'interroger sur son utilité.

Outre la «codification» exprime d'un principe d'ores et déjà à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, l'insertion d'une clause «anti-abus-de-droit» dont la portée se situerait exclusivement dans l'interprétation des limitations admissibles aux droits et libertés aurait avant tout une portée «politique» et «symbolique»: l'indication, à l'adresse des titulaires des droits et libertés garantis par la Constitution belge, que la société démocratique mise en place par cette dernière, est une «démocratie apte à se défendre».

V. Propositions de textes

À supposer que le Constituant estime opportun d'insérer formellement, au sein du titre II de la Constitution, une clause transversale portant prohibition de l'abus de droit, les experts seraient alors conduits à proposer l'une des deux variantes suivantes:

Variante 1:

«Aucune des dispositions du présent titre ne peut être interprétée comme impliquant pour un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans le présent titre

Variante 2:

«Sans préjudice de [l'article qui consacrera la clause constitutionnelle transversale relative aux restrictions des droits et libertés], aucune des dispositions du présent titre ne peut être interprétée comme impliquant pour un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans le présent titre»

⁴³ Cour d'arbitrage, n° 45/96, 12 juillet 1996, cons. B.7.14.

dergelijke bepaling zou het verbod van preventieve maatregelen onverlet laten. Het valt trouwens op dat het Arbitragehof in één van de arresten waarin het artikel 17 van het EVRM als een interpretatie-element betreft - nl. het arrest over de negationismewet - uitdrukkelijk stelt, in het kader van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel: «De bestreden wet is repressief en bevat geen preventieve maatregelen.»⁴³

Tegen een dergelijke bepaling bestaan er nauwelijks bezwaren, al kan men wel de vraag stellen bij het nut ervan.

Naast de uitdrukkelijke opname in de Grondwet van een principe dat nu al wordt toegepast in de jurisprudentie van het Arbitragehof, zou de invoeging van een bepaling inzake «misbruik van rechten», met een draagwijdte die uitsluitend beperkt zou blijven tot de interpretatie van de aanvaardbare beperkingen van de rechten en vrijheden, een vooral politieke en symbolische betekenis hebben. De bepaling zou al wie krachtens de Belgische Grondwet rechten en vrijheden geniet, duidelijk maken dat de door die Grondwet ingestelde democratische samenleving een «democratie is die in staat is zich te verdedigen».

V. Tekstvoorstellen

In de veronderstelling dat de grondwetgever het raadzaam acht in titel II van de Grondwet formeel een transversale clausule in te voegen die rechtsmisbruik verbiedt, willen de deskundigen twee tekstvarianten voorstellen:

Variante 1:

«Geen van de in deze titel opgenomen bepalingen mag worden uitgelegd als zou zij voor een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten die tot doel heeft de in deze titel vermelde rechten en vrijheden te vernietigen.»

Variante 2:

«Onverminderd [het artikel waarin de grondwettelijke transversale bepaling inzake de beperking van de rechten en vrijheden zal zijn vervat,] mag geen van de in deze titel opgenomen bepalingen worden uitgelegd als zou zij voor een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten die tot doel heeft de in deze titel vermelde rechten en vrijheden te vernietigen.»

⁴³ Arbitragehof, nr. 45/96, 12 juli 1996, overw. B.7.14.

VI. Commentaire

1. Les destinataires de l'interdiction de l'abus de droit

Les variantes 1 et 2 omettent la référence aux Pouvoirs publics: seuls les particuliers seraient destinataires de l'interdiction de l'abus de droit. Cette omission pourrait être justifiée par le constat, issu de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme, que l'interdiction de l'abus de droit, en tant qu'elle s'adresse aux Pouvoirs publics, n'apporte aucune plus-value au système de protection des droits et libertés. Par exception toutefois, la clause transversale relative à la dérogation aux droits fondamentaux (voir le texte proposé par ailleurs) comprendrait une allusion explicite à l'interdiction, pour les pouvoirs publics, d'abuser de la possibilité de dérogation offerte. Les experts estiment que c'est au niveau de cette dernière clause, et exclusivement de celle-ci, que l'interdiction de l'abus de droit comminée à l'intention des pouvoirs publics, se révèle véritablement utile.

2. L'absence de référence aux «limitations plus amples que celles prévues par le titre II de la Constitution»

À l'inverse de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article II-114 de la Constitution européenne, les variantes 1 et 2 se bornent à prohiber l'invocation des dispositions du titre II aux fins de «détruire» les droits et libertés, et ne font pas référence à l'invocation des dispositions du titre II aux fins de limiter les droits et libertés qu'il consacre de manière plus amples que ce qu'il prévoit. Cette omission est liée au choix de ne pas viser, parmi les destinataires de la clause, les «Pouvoirs publics». En effet, les clauses constitutionnelles qui gouvernent les limitations aux droits fondamentaux, ne peuvent être «utilisées» que par les Pouvoirs publics, et non par les particuliers.

3. «Aucune des dispositions du présent titre...»

Cette périphrase commune aux deux variantes devrait être interprétée, conformément à ce qu'enseigne la jurisprudence européenne relative à l'article 17, comme ne visant que les droits ayant un «pouvoir liberticide», c'est-à-dire, les droits dont la mise en oeuvre concrète peut effectivement aboutir à menacer les fondements de la société démocratique (liberté de réunion, liberté d'expression, ...)

VI. Commentaar

1. Voor wie geldt het verbod op rechtsmisbruik?

De varianten 1 en 2 bevatten geen verwijzing naar de overheid: alleen privé-personen zouden onder het verbod op rechtsmisbruik vallen. Het ontbreken van een dergelijke verwijzing kan worden verantwoord door te verwijzen naar de jurisprudentie van de instanties die zijn ingesteld door het EVRM: afgaande op die jurisprudentie kan men immers stellen dat een specifiek voor de overheid geldend verbod op rechtsmisbruik geenszins een meerwaarde betekent voor de regeling tot bescherming van de rechten en de vrijheden.

Een uitzondering daarop vormt evenwel de transversale bepaling inzake de afwijking van de grondrechten (zie de elders voorgestelde tekst), waarin het de overheid wél expliciet zou zijn verboden misbruik te maken van de geboden afwijkmogelijkheid.

Volgens de deskundigen is het uitsluitend in laatstgenoemd geval écht nuttig een eveneens voor de overheid geldend verbod op rechtsmisbruik in de bepaling op te nemen.

2. Waarom wordt niet verwezen naar «verdergaande» beperking dan die welke titel II van de Grondwet toestaat?

De varianten 1 en 2 gaan niet zo ver als artikel 17 van het EVRM en artikel II-114 van de Europese Grondwet. Integendeel: het in die varianten opgenomen verbod strekt er louter toe te verhinderen dat de bepalingen van titel II worden toegepast met de bedoeling de rechten en de vrijheden teniet te doen. Er wordt echter niet gesteld dat het verboden zou zijn de bepalingen van titel II toe te passen teneinde de rechten en de vrijheden verdergaand in te perken dan in die titel wordt toegestaan. Dat van een dergelijk verbod geen gewag wordt gemaakt, komt doordat ervoor werd gekozen om de bepaling niet voor de overheid te doen gelden. Alleen de overheid - dus geen privé-persoon - kan immers «gebruik maken» van de grondwettelijke bepalingen met betrekking tot de beperking van de grondrechten.

3. «Geen van de in deze titel opgenomen bepalingen (...)»

Overeenkomstig de Europese jurisprudentie met betrekking tot artikel 17 zou deze voor de beide varianten identieke zinsnede zodanig moeten worden gelezen dat die uitsluitend betrekking heeft op de rechten die «vrijheidsvernietigend» kunnen zijn, dus de rechten waarvan de concrete uitoefening daadwerkelijk de grondvesten van de democratische samenleving kan bedreigen (vrijheid van vereniging, van meningsuiting,...).

4. La portée de l'interdiction

Les variantes 1 et 2 tentent de refléter, dans le texte constitutionnel, le choix que le constituant devra faire: la disposition «anti-abus-de-droit» est-elle une véritable déchéance pure et simple de protection constitutionnelle à l'égard de l'activité liberticide (guillotine), ou simplement un «arrière-fond interprétatif» de clauses — particulières ou transversales — qui autorisent les restrictions aux droits et libertés consacrés?

La variante 1 vise à permettre que la clause puisse être utilisée comme une «guillotine»: en l'absence de toute disposition en sens contraire, la clause «anti-abus-de-droit» étendra son «rayon d'action» à l'ensemble des dispositions constitutionnelles, en ce compris celles qui, «en temps normal», limitent les pouvoirs de restrictions conférés aux pouvoirs publics.

La variante 2, via la périphrase «sans préjudice de...», indique que la clause «anti-abus-de-droit» ne peut intervenir qu'à l'intérieur des limites dans lesquelles sont enserrés les pouvoirs de limitation des droits et libertés conférés aux autorités par le titre II de la Constitution

ANNEXE

les clauses «anti-abus-de-droit» dans les instruments internationaux auxquels la Belgique est partie

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 5, § 1^{er}:

«Aucune des dispositions du présent pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans le présent pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit pacte»

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 5, § 1^{er}:

«Aucune des dispositions du présent pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans le présent pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit pacte»

4. Draagwijdte van het verbod

De varianten 1 en 2 hebben tot doel aan te geven hoe de keuze van de grondwetgever concreet vorm kan krijgen in de Grondwet. Is de bepaling tegen rechtsmisbruik een onherroepelijk grondwettelijk wapen (een «hakbijl») tegen vrijheidsvernietigende activiteiten, dan wel een louter interpretatieve achtergrond voor - bijzondere of transversale - bepalingen die ruimte scheppen voor beperkingen van de verankerde rechten en vrijheden?

Variant 1 moet het mogelijk maken dat de bepaling als «hakbijl» kan worden gebruikt: zo er geen enkele andersluidende bepaling bestaat, zal de «actieradius» van de bepaling tegen rechtsmisbruik alle grondwettelijke bepalingen bestrijken, inclusief die welke «in normale omstandigheden» grenzen stellen aan de aan de overheid toegekende bevoegdheden om rechten en vrijheden in te perken.

Via de zinsnede «Onverminderd (...)» moet variant 2 ervoor zorgen dat de bepaling tegen rechtsmisbruik niet verder kan reiken dan de draagwijdte van de door titel II van de Grondwet aan de overheid toegekende bevoegdheid om rechten en vrijheden in te perken.

BIJLAGE

de bepalingen tegen rechtsmisbruik in de internationale rechtsinstrumenten die ook door België zijn geratificeerd

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, art. 5, § 1:

«Geen bepaling van dit Verdrag mag zodanig worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit te ontplooiën of enige daad te verrichten, die ten doel heeft de rechten en vrijheden welke in dit Verdrag zijn erkend, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien».

Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, art. 5, § 1:

«Geen bepaling van dit Verdrag mag zodanig worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit te ontplooiën of enige daad te verrichten, die ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in dit Verdrag zijn erkend, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien».

«Constitution européenne», art. 114

«Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte».

Déclaration universelle des droits de l'Homme, art. 30:

«Aucune disposition de la présente déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés».

B. ÉCHANGE DE VUES

M. Alfons Borginon (VLD) craint que l'insertion dans la Constitution d'une clause transversale relative à l'interdiction de l'abus de droit cause une limitation excessive de la liberté individuelle. L'adoption d'une telle disposition doit reposer sur des motifs sérieux. L'examen des documents comprenant une clause de ce type révèle que celle-ci s'insère toujours dans un contexte précis. Ainsi, l'article 17 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 est une manière d'affirmer que, lorsque le droit interne d'un État signataire offre une protection plus large que la Convention, c'est lui qui doit prévaloir. Cela évite que la Convention soit invoquée pour réduire les droits et libertés qu'elle protège. La Loi fondamentale allemande doit quant à elle être comprise dans le contexte historique de son adoption. L'Allemagne sortait d'une période sombre de son histoire et avait connu de nombreux dérapages en matière de droits fondamentaux. La Loi fondamentale renvoie ainsi à un concept théorique supposé lui préexister, celui de «principe fondamental de la république fédérale».

La notion d'abus dans l'exercice d'un droit fondamental n'est pas absente du droit belge actuel. Les mécanismes de droit civil permettent de mettre en cause la responsabilité de celui qui, usant des libertés que la Constitution et les lois lui garantissent, cause un dommage à autrui. Une disposition constitutionnelle spécifique ne serait utile que pour viser les attaques directes contre l'État de droit.

Europese Grondwet, art. II-114:

Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij het recht inhouden enige activiteit te ontplooiën of enige daad te verrichten met als doel de in dit Handvest erkende rechten of vrijheden teniet te doen of de rechten en vrijheden verdergaand te beperken dan door dit Handvest is toegestaan.

Universele verklaring van de rechten van de mens, art. 30:

«Geen bepaling in deze Verklaring zal zodanig mogen worden uitgelegd, dat welke Staat, groep of persoon dan ook, daaraan enig recht kan ontleen om iets te ondernemen of handelingen van welke aard ook te verrichten, die vernietiging van een van de rechten en vrijheden, in deze Verklaring genoemd, ten doel hebben.»

B. GEDACHTEWISSELING

De heer Alfons Borginon (VLD) vreest dat de invoeging in de Grondwet van een transversale bepaling inzake het verbod van rechtsmisbruik een buitenmatige beperking van de individuele vrijheid zal vormen. De aanneming van een dergelijke bepaling moet op ernstige redenen berusten. Uit het onderzoek van de documenten waarin dat soort bepaling is opgenomen, blijkt dat die altijd in een welbepaalde context wordt ingevoegd. Zo is artikel 17 van het EVRM van 4 november 1950 een wijze om te stellen dat als het intern recht van een ondertekenende Staat een ruimere bescherming biedt dan het Verdrag, dat recht de overhand heeft. Dat voorkomt dat het Verdrag wordt aangevoerd ter beperking van de rechten en vrijheden die het precies wil beschermen. De Duitse grondwet van haar kant moet in haar historische context worden begrepen. Duitsland kwam uit een sombere periode in zijn geschiedenis en had inzake fundamentele rechten heel wat ontsporingen gekend. De grondwet verwijst aldus naar een theoretisch concept dat verondersteld wordt eraan vooraf te gaan, namelijk dat van «fundamenteel principe van de bondsrepubliek».

Het begrip misbruik bij de uitoefening van een fundamenteel recht ontbreekt ook niet in het vigerend Belgisch recht. De civielrechtelijke regelingen maken het mogelijk de verantwoordelijkheid ter discussie te stellen van wie op basis van de door de Grondwet en de wetten geboden vrijheden iemand anders schade berokkent. Een specifieke grondwettelijke bepaling zou alleen nuttig zijn in het licht van directe aanvallen op de rechtsstaat.

Selon *M. Jan Velaers*, l'article 17 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et l'article 18 de la Loi fondamentale allemande reposent sur le principe selon lequel il est interdit de faire usage des libertés démocratiques pour supprimer ces mêmes libertés. En dépit de formulations différentes, l'idée de base est la même: la démocratie doit être à même de se défendre contre ceux qui veulent la détruire.

Dans leur proposition, les experts se sont inspirés de la formulation de l'article 17 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils ont cependant omis les éléments que le contexte constitutionnel belge rend superflus.

M. Bart Laeremans (Vlaams Belang) remarque que les dispositions évoquées utilisent la notion de groupement. Or, cette notion est assez vague. Ces groupements pourraient-ils faire l'objet d'une définition *a priori*? Quant à la déchéance dont ces groupes seraient frappés, s'agit-il d'une mesure définitive ou temporaire?

M. Jan Velaers renvoie au texte de l'article 17 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Celui-ci vise tous les titulaires de droits fondamentaux, qu'ils soient individuels ou collectifs. Les associations, partis politiques ou églises sont ainsi titulaires de droits fondamentaux. La proposition des experts ne contient aucune innovation de ce point de vue; elle reprend la terminologie de la Convention.

Le mécanisme prévu par l'article 17 de la Convention n'est pas une déchéance visant un individu ou un groupe déterminé. L'article 17 interdit toute activité contraire aux dispositions de la Convention, mais ne frappe pas de déchéance générale celui qui commettrait un tel acte. Les limitations générales aux libertés consacrées par la Convention sont laissées à l'appréciation des législateurs nationaux, avec la réserve qu'ils ne peuvent les limiter plus que nécessaire.

M. François-Xavier de Donnea, président, s'inquiète de la portée de la variante 1 proposée par les experts. Celle-ci autoriserait des mesures préventives, notamment en matière de presse. L'orateur n'est pas enthousiaste à l'idée de bouleverser les choix posés par le Constituant de 1831 à ce propos. Par contre, la variante 2, qui permet d'intervenir *a posteriori* en cas d'abus des libertés fondamentales, mérite de retenir l'attention.

Volgens *professor Jan Velaers* berusten artikel 17 van het EVRM en artikel 18 van de Duitse grondwet op het beginsel dat het verboden is de democratische vrijheden aan te wenden om diezelfde vrijheden af te schaffen. Ondanks verschillende formuleringen is de basis-idee dezelfde: de democratie moet in staat zijn zich te verdedigen tegen wie haar te gronde wil richten.

In hun voorstel hebben de deskundigen zich geïnspireerd op de formulering van artikel 17 van het EVRM. Zij hebben echter de elementen weggelaten die in de Belgische grondwettelijke context overbodig zijn.

De heer Bart Laeremans (Vlaams Belang) merkt op dat in de ter sprake gebrachte bepalingen het begrip groep wordt gebruikt. Dat begrip is echter nogal vaag. Is voor die groepen een *a priori*-definitie mogelijk? Als die groepen vervallen worden verklaard van hun rechten, gaat het dan om een definitieve of om een tijdelijke maatregel?

Professor Jan Velaers verwijst naar de tekst van artikel 17 van het EVRM. Die is gericht op al wie fundamentele rechten geniet, ongeacht of dit individueel of collectief is. De verenigingen, politieke partijen of kerken genieten aldus fundamentele rechten. Het voorstel van de deskundigen is in niets een vernieuwing van dat standpunt; het neemt de terminologie van het Verdrag over.

De regeling waarin artikel 17 van het EVRM voorziet, brengt geen rechtsverval mee ten aanzien van een welbepaald individu of een welbepaalde groep. Artikel 17 verbiedt elke activiteit die strijdig is met de in het Verdrag vervatte bepalingen, maar doet geen afbreuk aan het algemeen rechtsverval waartoe een dergelijke handeling zou leiden. De algemene grenzen aan de bij het Verdrag bekrachtigde vrijheden worden ter beoordeling overgelaten aan de nationale wetgevers, zij het dat ze die niet sterker mogen beperken dan noodzakelijk is.

Voorzitter François-Xavier de Donnea is ongerust over de draagwijdte van de door de deskundigen voorgestelde variante 1. Op grond daarvan zouden namelijk preventieve maatregelen toegestaan zijn, inzonderheid wat de pers betreft. De spreker is niet enthousiast over het idee de keuze die de grondwetgever terzake in 1831 heeft gemaakt, drastisch bij te sturen. Variante 2 daarentegen, die de mogelijkheid biedt *a posteriori* op te treden in geval van misbruik van de fundamentele vrijheden, verdient de nodige aandacht.

M. Jan Velaers fait observer que la disposition introduite en 1831 interdit effectivement, avec cohérence, les mesures préventives, sans prévoir d'exception pour l'abus antidémocratique de la liberté d'expression. La disposition proposée dans la variante 1 – que les auteurs ne défendent pas, mais présentent simplement comme une possibilité – a une portée générale et impliquerait dès lors que l'interdiction de mesures préventives ne s'appliquerait plus en cas d'abus de droits fondamentaux. Le préconstituant et le Constituant devront bien réfléchir s'ils veulent aller jusque là. Personnellement, M. Velaers n'y est en tout cas pas favorable.

La notion de mesure préventive n'est pas dénuée d'ambiguïté. Un juge peut-il interdire préventivement la publication d'un livre? Cette interdiction de mesure préventive vaut-elle dans le cadre d'une procédure en référé? Ce débat est complexe et est loin d'être clos.

La disposition proposée dans la variante 2 est avant tout symbolique. Elle n'apporte pas beaucoup sur le plan strictement juridique, puisqu'elle ne fait que confirmer le prescrit de l'article 17 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

M. Sébastien Van Drooghenbroeck ajoute que le fait que la disposition contenue dans la variante 2 ait une portée principalement symbolique ne signifie pas qu'elle n'a pas de sens. Il serait intéressant d'avoir dans la Constitution une disposition qui déclare clairement que nul ne peut user des droits et libertés fondamentaux pour leur porter atteinte. En outre, l'insertion de cette disposition dans la Constitution permettrait de consacrer une pratique qui est déjà celle de la Cour d'arbitrage lorsqu'elle évalue la conformité d'une loi au titre II de la Constitution.

M. Alfons Borginon (VLD) demande si l'interdiction de toute mesure préventive s'applique à toutes les libertés constitutionnelles. Il lui semble que, dans certains cas, de telles mesures sont admises.

M. Jan Velaers répond que les mesures préventives ne sont interdites que pour certaines libertés garanties par la Constitution. Il s'agit de la liberté d'expression, de la liberté de culte, de la liberté de la presse, de la liberté d'enseignement, de réunion et d'association.

Professor Jan Velaers merkt op dat de in 1831 ingevoerde regeling inderdaad op coherente wijze een verbod van preventieve maatregelen inhoudt en daarbij geen uitzondering maakt voor het antidemocratisch misbruik van de vrijheid van meningsuiting. De in variante 1 vervatte bepaling - die door de auteurs niet wordt bepleit, doch slechts als een mogelijkheid voorgesteld - heeft een algemene draagwijdte en zou dus tot gevolg hebben dat het verbod van preventieve maatregelen niet langer van toepassing zou zijn bij misbruik van grondrechten. De preconstituante en de constituante zullen zich er ernstig over moeten beraden of ze zover willen gaan. Persoonlijk is de heer Velaers er alleszins geen voorstander van.

Het begrip «preventieve maatregel» is niet gespeend van enige onduidelijkheid. Kan een rechter preventief de publicatie van een boek verbieden? Geldt dat verbod op preventieve maatregelen in het kader van rechtspleging bij verstek? Het debat terzake is ingewikkeld en verre van afgerond.

De in variante 2 vervatte bepaling is in de eerste plaats symbolisch. Strikt juridisch gezien reikt ze weinig aan, aangezien ze louter bevestigt hetgeen wordt opgelegd bij artikel 17 van het Europees Verdrag van 4 november 1950 tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

Professor Sébastien Van Drooghenbroeck voegt daaraan toe dat het feit dat de in variante 2 vervatte bepaling hoofdzakelijk een symbolische draagwijdte heeft, niet betekent dat ze geen zin heeft. Het ware interessant mocht de Grondwet een bepaling bevatten waarin duidelijk wordt verklaard dat niemand de fundamentele rechten en vrijheden oneigenlijk mag aanwenden om er afbreuk aan te doen. Bovendien zou dankzij de opneming van die bepaling in de Grondwet een handelwijze kunnen worden bekrachtigd die het Arbitragehof thans reeds hanteert wanneer het beoordeelt of een wet in overeenstemming is met titel II van de Grondwet.

De heer Alfons Borginon (VLD) vraagt of het verbod op elke vorm van preventieve maatregel geldt voor alle grondwettelijk vastgelegde vrijheden. Het schijnt hem toe dat dergelijke maatregelen in sommige gevallen toegestaan zijn.

Professor Jan Velaers antwoordt daarop dat het verbod van preventieve maatregelen slechts geldt voor bepaalde in de Grondwet gewaarborgde vrijheden. Het betreft de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van eredienst, de persvrijheid, de vrijheid van onderwijs, van vergadering en van vereniging.

III. — L'INSERTION D'UNE CLAUSE CONSTITUTIONNELLE TRANSVERSALE RELATIVE AUX DÉROGATIONS AUX DROITS ET LIBERTÉS

A. NOTE DES EXPERTS

I. Le temps de guerre (et les autres dangers publics) dans la Constitution belge

1. L'article 187 de la Constitution

1. L'article 187 de la Constitution est libellé comme suit: «La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie.» Cet article a une portée générale. Il s'oppose à toute forme de «suspension», à toute neutralisation par les pouvoirs publics des garanties constitutionnelles relatives aux droits et aux libertés fondamentales. Il ressort des discussions du Congrès national qu'en rédigeant l'article 187, le constituant entendait exclure l'institution de «régimes d'exception», dans lesquels la Constitution cesserait d'être en vigueur dans l'intérêt supérieur de la Nation. Van Snick s'expliquait en ces termes: «*Les pouvoirs constitutionnels n'existant que par la Constitution, ils ne peuvent, dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, en suspendre l'action (...) (...) tous les pouvoirs qui se sont succédé en France ont tour à tour violé et suspendu les constitutions (...) en invoquant chaque fois la grande loi: Salus populi suprema lex esto. Comme si le salut du peuple n'était pas toujours attaché à l'inflexible exécution des lois et surtout de la loi fondamentale*»¹. Le constituant visait à «*prévenir ces infractions, ces suspensions et ces coups d'état*».

¹ Cfr. E. Huytens, *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831*, Bruxelles, 1844, II, 464-465 ; E. Van Overloop, *Exposé des motifs*, Bruxelles, Goemaere, 1864, p. 674.

III. — INVOEGING VAN EEN TRANSVERSALE BEPALING IN DE GRONDWET OVER HET AFWIJKEN VAN RECHTEN EN VRIJHEDEN

A. NOTA VAN DE DESKUNDIGEN

I. De tijd van oorlog (en van algemene noodtoestand) in de Belgische Grondwet

1. Artikel 187 van de Grondwet

1. Artikel 187 van de Grondwet bepaalt: «De grondwet kan noch geheel, noch ten dele worden geschorst.» Dit artikel heeft een algemene draagwijdte. Het verzet zich tegen elke «schorsing», elke buitenwerkingstelling door de overheid van de grondwettelijke waarborgen voor de fundamentele rechten en vrijheden. Uit de besprekingen in het Nationaal Congres blijkt dat de grondwetgever met artikel 187 van de Grondwet wilde uitsluiten dat «*uitzonderingsregimes*» zouden worden ingesteld waarbij de Grondwet wordt buiten werking gesteld in het hoger belang van de Natie. Congreslid Van Snick verklaarde in die zin: «*Les pouvoirs constitutionnels n'existant que par la Constitution, ils ne peuvent, dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, en suspendre l'action (...) (...) tous les pouvoirs qui se sont succédés en France ont tour à tour violé et suspendu les constitutions (...) en invoquant chaque fois la grande loi: Salus populi suprema lex esto. Comme si le statut du peuple n'était pas toujours attaché à l'inflexible exécution des lois et surtout de la loi fondamentale*»¹ De grondwetgever beoogde «de prévenir ces infractions, ces suspensions et ces coups d'état.»

¹ Cfr. E. Huytens, *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831*, Brussel, 1844, II, 464-465; E. Van Overloop, *Exposé des motifs*, Brussel, Goemaere, 1864, p. 674.

2. La législation relative à la guerre en Belgique

2. En dépit de l'inflexibilité de l'article 187 de la Constitution, il semble qu'en temps de guerre, la Constitution belge n'ait pas toujours été intégralement respectée.² Il convient, à cet égard, de distinguer les cas de force majeure, dans lesquels il est impossible de respecter la Constitution, des situations dans lesquelles la Constitution n'a pas été respectée bien que ce fût possible.

A. L'article 187 de la Constitution et la force majeure: le droit de l'état d'urgence admis par la Cour de cassation

3. Il est communément admis que l'article 187 de la Constitution n'est pas d'application lorsque pour cause de force majeure, il est impossible de respecter la Constitution. L'article 187 de la Constitution offre une protection contre les autorités, mais pas contre la force majeure. Il interdit la suspension en tout ou en partie de la Constitution par une décision prise par une autorité quelle qu'elle soit, mais n'est pas en mesure d'offrir une protection contre des circonstances telles qu'une guerre, au cours de laquelle le respect de la Constitution devient parfois matériellement impossible.³

Dans de telles circonstances, le droit de l'état d'urgence est d'application. Ainsi, pendant les deux guerres mondiales, des arrêtés-lois ont été promulgués, respectivement, par le Roi et ses ministres réunis en Conseil en 1914-18, et par ses ministres réunis en Conseil en 1940-44, étant donné l'impossibilité d'exercer le pouvoir législatif comme le prévoit la Constitution.

4. En raison des circonstances de guerre, le Parlement se trouvait, pendant la première guerre mondiale, dans l'impossibilité matérielle de se réunir. Le pouvoir législatif fut dès lors, par la force des choses, exercé par la seule branche restante du pouvoir législatif, à savoir

² Voir R. Ergéc, «L'état de nécessité en droit constitutionnel belge», in *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, 143-171.

³ Ch. Huberlant, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, 382-431, (427, 429); R.P.D.B., v° *Constitution belge après la troisième révision de la constitution*, compl. V, n° 23 (P. Wigny); O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 1906, I, 334-335; L. Wodon, «Sur le rôle du Roi, comme chef de l'État dans les cas de défaillances constitutionnelles», *Bulletin, Académie Royale, Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 1941, 217-218; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand, Preadvies voor de V.V.S.R.B.N.*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1950, p. 60; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Anvers, Maklu, 1991, t. II, p. 796, n° 929.

2. De oorlogswetgeving in België

2. Ondanks het strikte artikel 187 van de Grondwet blijkt dat de Belgische Grondwet in tijden van oorlog niet steeds integraal wordt nageleefd.² We dienen daarbij een onderscheid te maken tussen situaties van overmacht, waarbij het onmogelijk is de Grondwet na te leven, en situaties waarbij de Grondwet niet wordt nageleefd alhoewel dat mogelijk zou zijn.

A. Artikel 187 van de Grondwet en overmacht: het staatsnoodrecht aanvaard door het Hof van Cassatie

3. Algemeen wordt aanvaard dat artikel 187 van de Grondwet niet van toepassing is wanneer het ingevolge overmacht niet mogelijk is de Grondwet na te leven. Artikel 187 van de Grondwet beschermt tegen de overheid, doch niet tegen overmacht. Het verbiedt dat de Grondwet door een beslissing van om het even welke overheid geheel of gedeeltelijk wordt geschorst doch is niet opgewassen tegen omstandigheden, zoals bv. een oorlog, waarin het naleven van de Grondwet soms materieel onmogelijk wordt.³

In dergelijke omstandigheden is er staatsnoodrecht van kracht. Zo werden tijdens beide wereldoorlogen «besluitwetten» uitgevaardigd respectievelijk door de Koning en zijn in Raad vergaderde ministers in 1914-18, en door de in Raad vergaderde ministers in 1940-44, aangezien het onmogelijk was de wetgevende macht uit te oefenen zoals de Grondwet het bepaalt.

4. Ingevolge de oorlogsomstandigheden was het Parlement in de eerste wereldoorlog in de materiele onmogelijkheid om nog te vergaderen. De wetgevende macht werd dan ook noodgedwongen uitgeoefend door de enig overgebleven tak van de wetgevende macht nl.

² Zie R. Ergéc, «L'état de nécessité en droit constitutionnel belge», in *Le nouveau droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 1987, 143-171.

³ Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, 382-431, (427, 429); R.P.D.B., Tw. Constitution belge après la troisième révision de la constitution, compl. V, nr. 23 (P. Wigny). O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 1906, I, 334-335; L. Wodon, «Sur le rôle du Roi, comme chef de l'Etat dans les cas de défaillances constitutionnelles», *Bulletin, Académie Royale, Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 1941, 217-218; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand, Preadvies voor de V.V.S.R.B.N.*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1950, p. 60; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, dl. II, p. 796, nr. 929.

le Roi. Ce dernier promulgua des arrêtés-lois.⁴ L'article 26 (aujourd'hui 36) de la Constitution qui prévoit que le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat, était, comme l'énonçait le préambule des premiers arrêtés-lois, «*de par la force des circonstances, non point suspendu, mais inexécutable dans certaines de ses dispositions.*»⁵ La Cour de cassation a confirmé la constitutionnalité des arrêtés-lois en arguant que le constituant a voulu la permanence du pouvoir législatif, aussi longtemps que subsiste la nation. L'occupation n'avait pas mis un terme à la souveraineté nationale. Il convenait donc de continuer à exercer le pouvoir législatif. La seule branche restante du pouvoir législatif, le Roi et ses ministres réunis en Conseil, pouvait promulguer des arrêtés-lois ayant force de loi. La Cour de cassation y a même vu une application de «*principes constitutionnels*»⁶. La Cour entendait probablement par là le principe de la permanence de l'État et le principe de la continuité du fonctionnement de ses organes.⁷ Dans des décisions ultérieures, il a même été précisé explicitement que l'article 26 (36) de la Constitution était le fondement de ces arrêtés-lois⁸, qui, selon la Cour, ont force de loi.⁹

de Koning. Deze vaardigden besluitwetten uit.⁴ Artikel 26 (thans 36) van de Grondwet, dat bepaalt dat de wetgevende macht gezamenlijk wordt uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat, was, zo werd gesteld in de aanhef van de eerste besluitwetten, «*wegens de kracht der omstandigheden geenszins opgeschort, doch onuitvoerbaar voor zekere harer bepalingen.*»⁵ Het Hof van Cassatie heeft de grondwettigheid van de «*besluitwetten*» bevestigd met de motivering dat de grondwetgever de bestendigheid van de wetgevende macht heeft gewild, zolang de natie voortbestaat. Door de bezetting was de nationale soevereiniteit niet teloor gegaan. De wetgevende macht moest dus verder worden uitgeoefend. De enige overgebleven tak van de wetgevende macht, de Koning en zijn in Raad vergaderde ministers - konden besluitwetten met kracht van wet uitvaardigen. Het Hof van Cassatie zag hierin zelfs een toepassing van grondwettelijke beginselen. («*principes constitutionnels*»)⁶ Het Hof bedoelde hiermee vermoedelijk het beginsel van de bestendigheid van de staat en het beginsel van de continuïteit van de werking van zijn organen.⁷ In latere uitspraken werd zelfs uitdrukkelijk gesteld dat artikel 26 (36) van de grondwet de grondslag was van deze besluitwetten⁸, die volgens het Hof kracht van wet hebben.⁹

⁴ Ces arrêtés-lois étaient précédés d'une formule, libellée comme suit, «*Albert, [...] Vu l'article 26 de la Constitution qui confère l'exercice du pouvoir législatif au Roi, à la Chambre des Représentants et au Sénat; Vu l'impossibilité de réunir les Chambres législatives ...*»

⁵ M.B., 25-31 décembre 1914.

⁶ Cass. 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, 9 avec concl. Proc.gén. Terlinden, B.J., 1919, 314 avec note; voy. égal. Cass. 28 avril 1915, *Pas.*, 191516, I, 132; Cass. 13 novembre 1916, *Pas.*, 1917, I, 15; Cass. 4 juin 1919, *Pas.*, 1919, I, 97; Cass. 18 février 1920, *Pas.*, 1920, I, 62; Cass. 27 août 1920, *Pas.*, 1920, I, 124, Cass. 19 juillet 1921 (deux arrêts), *Pas.*, 1921, I, 455 et 456; Cass., 29 juin 1939, *P.P.*, 1939, n° 116.

⁷ Ch. Huberlant, «*État de siège et légalité d'exception en Belgique*», *op. cit.*, 406; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, *op. cit.*, 5-6.

⁸ Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493: «*que la concentration du pouvoir législatif dans la personne du Roi se fait en vertu de l'article 26*». Cf. également Cass. 17 octobre 1949, *Pas.*, 1950, I, 90 «*en exécution des articles 79 et 82 de la Constitution*»

⁹ Ce qui a notamment pour conséquence que le juge ne contrôle pas la conformité de ces arrêtés-lois à la Constitution. Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493 avec concl. avoc.-gén. Hayoit de Termicourt, *R.W.*, 1939 40, 975.

⁴ Deze besluitwetten waren voorafgegaan door de formule, luidend, «*Albert, enz. Gezien artikel 26 van de Grondwet, dat de uitoefening van de wetgevende macht aan de Koning, de Kamer der Volksvertegenwoordigers en de Senaat, toekent; gezien de onmogelijkheid van om wetgevende kamers te verenigen ...*»;

⁵ B.S. 25-31 december 1914.

⁶ Cass. 11 februari 1919, *Pas.*, 1919, I, 9 met concl. Proc.gén. Terlinden, B.J., 1919, 314 met noot; Zie ook Cass. 28 april 1915, *Pas.*, 191516, I, 132; Cass. 13 november 1916, *Pas.*, 1917, I, 15; Cass. 4 juni 1919, *Pas.*, 1919, I, 97; Cass. 18 februari 1920, *Pas.*, 1920, I, 62; Cass. 27 augustus 1920, *Pas.*, 1920, I, 124, Cass. 19 juli 1921, (twee arresten), *Pas.*, 1921, I, 455 en 456; Cass., 29 juni 1939, *P.P.*, 1939, nr. 116;

⁷ Ch. Huberlant, Ch., «*Etat de siège et légalité d'exception en Belgique*», *o.c.*, 406; W.J. Ganshof van der Meersch, «*De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*», *o.c.*, 5-6;

⁸ Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, I, 493: «*que la concentration du pouvoir législatif dans la personne du Roi se fait en vertu de l'article 26*»; Cfr. ook Cass. 17 oktober 1949, *Pas.*, 1950, I, 90 «*en exécution des articles 79 et 82 de la Constitution*»;

⁹ Het gevolg hiervan is o.m. dat de rechter deze besluitwetten niet toetst aan de grondwet. Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, I, 493 met advies Adv.gen. Hayoit de Termicourt, *R.W.*, 1939 40, 975.

5. Les Chambres législatives ne purent plus se réunir durant la seconde guerre mondiale. Le pouvoir législatif fut de nouveau exercé par voie d'arrêtés-lois. Toutefois, ces arrêtés-lois ne furent plus, cette fois, promulgués par l'exercice collectif des trois branches du pouvoir législatif, comme le prescrit l'article 36 de la Constitution. Durant la seconde guerre mondiale, ce fut le gouvernement qui les promulgua. Les ministres réunis en conseil avaient, en effet, constaté par arrêté du 28 mai 1940 que le Roi se trouvait dans l'impossibilité de régner (art. 82 de la Constitution). Par analogie à ce qui est prévu à l'article 79, alinéa 3, de la Constitution pour le décès du Roi, ils assumèrent les pouvoirs constitutionnels du Roi, y compris le pouvoir législatif. En tant que seule branche restante du pouvoir législatif, ils exercèrent ces pouvoirs uniquement par voie d'arrêtés-lois.¹⁰ La Cour de cassation convint ultérieurement que les ministres réunis en conseil durant la seconde guerre mondiale avaient agi en tant que «pouvoir législatif» et que les arrêtés-lois qu'ils avaient pris avaient 'force de loi'.¹¹

Lorsque des dispositions constitutionnelles sont inapplicables, le droit de l'état d'urgence entre en vigueur. Ce droit de l'état d'urgence est un droit destiné à un état d'urgence, à une situation de force majeure. Sur la base du principe de continuité, qui ressort précisément aussi de l'article 187 de la Constitution, les fonctions essentielles de l'État belge doivent être exercées en permanence, même si cela doit se faire d'une manière qui n'est pas prévue dans la Constitution proprement dite. Pour justifier le droit de l'état d'urgence, il faut cependant, comme Orban le précise à juste titre, qu'il existe une impossibilité absolue de respecter la Constitution. Il ne peut être question de force majeure que dans le cas «d'une situation où il n'y aurait pas moyen de faire autrement que de sortir des bornes du droit»¹².

5. Tijdens de tweede wereldoorlog konden de wetgevende kamers niet meer vergaderen. De wetgevende macht werd opnieuw in besluitwetten uitgeoefend. Deze besluitwetten werden ditmaal echter niet uitgevaardigd door de gezamenlijke werking van de drie takken van de wetgevende macht zoals artikel 36 van de grondwet voorschrijft. Gedurende de tweede wereldoorlog werden ze uitgevaardigd door de regering. De in raad vergaderde ministers hadden bij besluit van 28 mei 1940 immers vastgesteld dat de Koning in de onmogelijkheid verkeerde te regeren. (art. 82 G.W.) Naar analogie met hetgeen voor het overlijden van de Koning is bepaald in artikel 79 derde lid van de grondwet, namen zij de grondwettelijke macht van de Koning, met inbegrip van de wetgevende macht, op zich. Als enig overgebleven tak van de wetgevende macht oefenden zij deze alleen uit door middel van besluitwetten.¹⁰ Het Hof van Cassatie aanvaardde later dat de in raad vergaderde ministers tijdens de tweede wereldoorlog waren opgetreden als «wetgevende macht» en dat hun besluitwetten 'kracht van wet' hadden.¹¹

Wanneer grondwettelijke bepalingen niet uitvoerbaar zijn, zal er een staatsnoodrecht van kracht worden. Dit staatsnoodrecht is recht bestemd voor een noodtoestand, een toestand van overmacht. Op grond van het continuïteitsbeginsel, dat precies ook in artikel 187 van de Grondwet tot uiting komt, dienen de wezenlijke functies van de Belgische Staat permanent te worden uitgeoefend, ook al dient dit te gebeuren op een wijze die niet in de Grondwet zelf is bepaald. Voor deze verantwoording van het staatsnoodrecht is wel vereist, zoals Orban terecht stelt, dat er een absolute onmogelijkheid bestaat om de Grondwet na te leven. Van overmacht is er slechts sprake in geval van «une situation où il n'y aurait pas moyen de faire autrement que de sortir des bornes du 'droit'»¹²

¹⁰ W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., 7.

¹¹ Cf. Pour ce qui concerne la seconde guerre mondiale : Cass. 4 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 23 ; Cass. 6 novembre 1944, *Arr. Cass.*, 1945, 26, *Pas.*, 1945, I, 29 ; Cass. 10 novembre 1944, *Pas.*, 1945, 26 ; Cass. 13 novembre 1944, *Arr. Cass.*, 1945, 37, *Pas.*, 1945, I, 33 ; Cass. 27 novembre 1944, *Arr. Cass.*, 1945, 46, *Pas.*, 1945, I, 54 ; Cass. 11 décembre 1944, *Arr. Cass.*, 1945, 60, *Pas.*, 1945, I, 65, Cass. 14 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, 160 ; *Arr. Cass.*, 1945, 148, Cass., 3 mars 1947, *Arr. Cass.*, 1947, 69 ; Cass. 15 mars 1948, *Arr. Cass.*, 1948, 154, *Pas.*, 1948, I, 173 ; Cass., 18 octobre 1949, *Arr. Cass.*, 1950, 84 ; Cass. 11 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, 787 ; Cass. 23 février 1955, *Arr. Cass.*, 1955, 535.

¹² O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., I, 334-335.

¹⁰ W.J. Ganshof van der Meersch, «De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand», o.c., 7.

¹¹ Cfr. voor wat de tweede wereldoorlog betreft: Cass. 4 november 1944, *Pas.*, 1945, I, 23; Cass. 6 november 1944, *Arr. Verbr.*, 1945, 26, *Pas.*, 1945, I, 29; Cass. 10 november 1944, *Pas.*, 1945, 26; Cass. 13 november 1944, *Arr. Verbr.*, 1945, 37, *Pas.*, 1945, I, 33; Cass. 27 november 1944, *Arr. Verbr.*, 1945, 46, *Pas.*, 1945, I, 54; Cass. 11 december 1944, *Arr. Verbr.*, 1945, 60, *Pas.*, 1945, I, 65; Cass. 14 mei 1945, *Pas.*, 1945, I, 160; *Arr. Verbr.*, 1945, 148, Cass., 3 maart 1947, *Arr. Verbr.*, 1947, 69; Cass. 15 maart 1948, *Arr. Verbr.*, 1948, 154, *Pas.*, 1948, I, 173; Cass., 18 oktober 1949, *Arr. Cass.*, 1950, 84;

Cass. 11 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 787; Cass. 23 februari 1955, *Arr. Cass.*, 1955, 535;

¹² O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, o.c., I, 334-335.

B. L'article 187 de la Constitution, l'état de guerre et l'état de siège

6. En temps de guerre, la Constitution ne semble cependant pas uniquement avoir cessé d'être en vigueur «en cas de force majeure». Un arrêté-loi du 11 octobre 1916 autorise de surcroît sa suspension – en ce qui concerne une série de dispositions relatives, entre autres, aux droits et aux libertés fondamentales – lorsque «l'état de guerre» et «l'état de siège» sont instaurés. Nous décrivons ci-après cette situation (A) et examinons les tentatives de justification constitutionnelle. (B)

a. L'arrêté-loi du 11 octobre 1916

7. Dans l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège¹³, le Roi a élaboré, avec les ministres réunis en Conseil au Havre, une réglementation globale pour les circonstances de guerre. La Cour de cassation a estimé *a posteriori* qu'il ne s'agissait pas d'une loi provisoire mais d'une loi permanente, qui reprend automatiquement ses effets lorsque les circonstances décrites – l'état de guerre ou l'état de siège – se produisent.¹⁴ À la fin de la Deuxième Guerre mondiale, cet arrêté-loi fut en partie confirmé, en partie remplacé et complété par l'arrêté-loi provisoire du 9 mai 1944.¹⁵ En vertu de cet arrêté-loi, l'état de guerre commence au moment où l'armée est mobilisée et se termine à la remise de l'armée sur pied de paix.¹⁶

En état de de guerre, l'«état de siège» peut également être déclaré par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.¹⁷ L'état de siège peut être proclamé pour

B. Artikel 187 van de Grondwet en de staat van oorlog en de staat van beleg

6. Ten tijde van de oorlog blijkt de Grondwet echter niet alleen «door overmacht» te worden buiten werking gesteld. Een besluitwet van 11 oktober 1916 laat daarenboven toe dat ze - wat een aantal bepalingen betreft, o.m. inzake fundamentele rechten en vrijheden - ook wordt geschorst door het instellen van de «staat van oorlog» en de «staat van beleg». We beschrijven hierna deze toestand (A) en gaan na op welke wijze men ze constitutioneel poogt te verantwoorden. (B)

a. De besluitwet van 11 oktober 1916

7. In de Besluitwet van 11 oktober 1916 betreffende de staat van oorlog en de staat van beleg¹³, heeft de Koning met de in Raad vergaderde ministers in Le Havre een globale regeling uitgewerkt voor de oorlogsomstandigheden. Het Hof van Cassatie heeft later geoordeeld dat het hier niet om een tijdelijke doch om een bestendige wet gaat die automatisch terug van kracht wordt wanneer de beschreven toestand - de staat van oorlog en/of de staat van beleg - zich voordoet.¹⁴ Aan het einde van de tweede wereldoorlog werd deze besluitwet deels bevestigd, deels vervangen en aangevuld door de tijdelijke besluitwet van 9 mei 1944.¹⁵ Volgens deze besluitwet begint de staat van oorlog, vanaf het ogenblik dat het leger is gemobiliseerd, en eindigt op het ogenblik dat het leger weer op vredesvoet is gebracht.¹⁶ Tijdens de staat van oorlog, kan bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit ook de «staat van beleg» worden afgekondigd.¹⁷ Dit kan voor het geheel of een

¹³ M.B., 15-21 octobre 1916.

¹⁴ Cass., 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493 avec concl. avoc.-gén. Hayoit de Termicourt; *R.W.*, 1939-40, 975; Liège, 21 décembre 1939, *B.J.*, 1940, 46, avec note et Trib. Huy, 10 novembre 1939, *Rev. Dr. Pén.*, 1940, 112 avec note.

¹⁵ Arrêté-loi du 9 mai 1944 relatif au régime de l'état de siège pour la durée du temps de guerre actuel, *M.B.*, 2 septembre 1944.

¹⁶ Cette disposition ressort d'un renvoi, dans le rapport au Roi, à l'article 58 de la loi du 15 juin 1899. Voir K. Callebaut, «De staat van oorlog en de staat van beleg», *T.B.P.*, 1959, 280. Voir également l'article 2, alinéa 2, de la loi du 20 mai 1994 relative à la mise en oeuvre des forces armées, à la mise en condition, ainsi qu'aux périodes et positions dans lesquelles le militaire peut se trouver: «La période de guerre est, pour l'ensemble des forces armées, la période qui, en cas de conflit international, débute et prend fin aux moments fixés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres»

¹⁷ Cf. W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», *Ann. Dr.*, 1953, 84-87; Hayoit de Termicourt, concl. sous Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493.

¹³ B.S., 15-21 oktober 1916.

¹⁴ Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, I, 493 met advies *adv.-gen.* Hayoit de Thermicourt; *R.W.*, 1939-40, 975; Luik, 21 december 1939, *B.J.*, 1940, 46, met noot en Rb. Hoei, 10 november 1939, *Rev. Dr. Pén.*, 1940, 112 met noot.

¹⁵ B.W. 9 mei 1944 betreffende de regeling van den Staat van beleg voor den duur van den huidige oorlogstijd, *B.S.*, 2 september 1944.

¹⁶ Dat blijkt uit een verwijzing in het verslag aan de Koning naar artikel 58 van de wet van 15 juni 1899. Zie K. Callebaut, «De staat van oorlog en de staat van beleg», *T.B.P.*, 1959, 280. Zie ook art. 2, tweede lid, wet 20 mei 1994 betreffende de aanwending van de krijgsmacht, de paraatstelling, alsook betreffende de periodes en de standen waarin de militair zich kan bevinden»: «De periode van oorlog is voor het geheel van de krijgsmacht de periode die, in geval van een internationaal geschil, begint en eindigt op de tijdstippen die door de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit worden vastgelegd.»

¹⁷ Cf. W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», *Ann. Dr.*, 1953, 84-87; Hayoit de Thermicourt, concl. bij Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, I, 493.

l'ensemble ou une partie du territoire. (art. 2 de l'arrêté-loi).¹⁸ En vertu du droit belge actuel, l'état de siège ne peut être instauré en temps de paix, même en cas de troubles intérieurs graves, d'émeutes, d'activités terroristes, etc. L'arrêté-loi du 11 octobre 1916 ne porte pas organisation de l'état de siège dit «politique», dont on considère d'ailleurs assez généralement qu'il serait contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article 187 de la Constitution.¹⁹

8. En dépit de l'article 187 de la Constitution, l'arrêté-loi implique qu'en temps de guerre, dans notre pays également, entre en vigueur une législation qui entraîne une «suspension» d'une série de libertés et de droits fondamentaux.²⁰ Durant la période où sont institués «l'état de guerre» et «l'état de siège» entre en vigueur un régime d'exception prévu par l'arrêté-loi du 11 octobre 1916²¹. Outre qu'il étend les compétences du Roi en matière de maintien de l'ordre ainsi que les compétences du ministre de la Défense et des autorités militaires pendant l'état de siège, il supprime plusieurs garanties

gedeelte van het grondgebied worden afgekondigd. (art. 2 besluitwet)¹⁸ In vredetijd kan de staat van beleg naar actueel Belgisch recht niet worden ingesteld, ook niet bij ernstige binnenlandse onlusten, oproer, terroristische activiteiten en dergelijke meer. De zogenaamde «politieke» staat van beleg wordt in de besluitwet van 11 oktober 1916 niet georganiseerd en zou trouwens ook, zo wordt vrij algemeen aangenomen, strijdig zijn, zowel met de letter als met de geest van artikel 187 van de Grondwet.¹⁹

8. Ondanks artikel 187 van de Grondwet, impliceert de besluitwet dat ook in ons land in oorlogstijd wetgeving van kracht wordt die een «schorsing» inhoudt van een aantal fundamentele rechten en vrijheden.²⁰ In de periode dat de «staat van oorlog» en de «staat van beleg» zijn ingesteld, wordt een uitzonderingsregime van kracht dat bepaald is in de besluitwet van 11 oktober 1916.²¹ Naast een uitbreiding van de bevoegdheden van de Koning op het vlak van de ordehandhaving en van de bevoegdheden van de minister van Landsverdediging en van de militaire overheden tijdens de staat van beleg,

¹⁸ L'état de siège a déjà été déclaré à Gand le 22 octobre 1831 puis, le 25 octobre 1831, à Anvers, où il n'a été levé que le 30 janvier 1832. Le 4 août 1914, sur la base de la législation française, l'état de siège a été déclaré par arrêté royal dans les provinces du Limbourg, de Liège, de Luxembourg et de Namur. Le 7 août 1914, il a été étendu à toutes les autres provinces. Ces arrêtés ont pour ainsi dire fait du pays une forteresse assiégée. La notion d'état de siège a ainsi été adaptée à la réalité de la guerre moderne. *R.P.D.B.*, v° *Constitution*, Tome 2, n° 36, p. 884; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., p. 19.

¹⁹ K. Ballreich, G. Jaenicke, H. Streibel et G. Weiss, *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Cologne-Berlin, 1955, p. 19; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., 11; W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», op. cit., n° 33, p. 35; Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», op. cit., 424-429.

²⁰ Voir R. Ergéc, «L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge», op. cit., p. 158-171; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., 62 p.; W.J. Ganshof van der Meersch, et M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», op. cit., 49-124; Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», op. cit., 382-431 (387-400); J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., II, 926 et suiv.

²¹ Voir à ce propos A. Buttgenbach, «L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la revision de la Constitution belge», *B.J.*, 1935, 386-407, 417-437; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit. 62 p. W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», op. cit., 49-124; Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», op. cit., 387-400.

¹⁸ Op 22 oktober 1831 werd reeds de staat van beleg uitgeroepen te Gent en op 25 oktober 1831 te Antwerpen, waar hij pas op 30 januari 1832 werd opgeheven. Op grond van de oude Franse wetgeving werd op 4 augustus 1914 bij koninklijk besluit de staat van beleg uitgeroepen in de provincies Limburg, Luik, Luxemburg en Namen. Bij koninklijk besluit van 7 augustus 1914 werd de staat van beleg uitgebreid tot de overige provincies. Deze besluiten maakten van het hele land als het ware een belegerde vesting. Aldus werd het begrip «staat van beleg» aan de realiteit van de moderne oorlogvoering aangepast. *R.P.D.B.*, Tw. Constitution, dl. 2, nr. 36, p. 884; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, o.c., p. 19.

¹⁹ K. Ballreich, G. Jaenicke, H. Streibel en G. Weiss, *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Keulen-Berlijn, 1955, p. 19; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, o.c., 11; W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», o.c., nr. 33, p. 35; Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», o.c., 424-429.

²⁰ Zie R. Ergéc, «L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge», o.c., p. 158-171; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, 62 p.; W.J. Ganshof van der Meersch, en M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», o.c., 49-124; Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», o.c., 382-431 (387-400); J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, o.c., II, 926 en v.

²¹ Zie daarover A. Buttgenbach, «L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la revision de la Constitution belge», *B.J.*, 1935, 386-407, 417-437; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, 62 p. W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», o.c., 49-124; Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», o.c., 387-400.

constitutionnelles liées à l'exercice des libertés et des droits fondamentaux. Pour une série de droits et de libertés, ce régime est déjà d'application pendant l'état de guerre. Il s'agit de la compétence des juridictions militaires en matière de crimes et délits contre la sûreté de l'État (art. 7) et du système de limitation préventif de la liberté de la presse (art. 8). Pour d'autres, il ne commence que pendant l'état de siège ou pendant l'état de guerre «renforcé» (art. 1, al. 2). C'est le cas pour l'éloignement des personnes jugées dangereuses (art. 4, 1°), les perquisitions sans mandat (art. 4, 2°), le système de protection préventif en matière de liberté de réunion (art. 4, 3° et 4°) et la surveillance, la retenue et la saisie des lettres (art. 4, 5°). L'arrêté-loi prévoit cependant que les compétences spéciales ne peuvent être exercées «qu'en vue d'assurer la défense nationale et la sécurité de l'armée». (art. 4, al. 2). Mentionnons encore que l'Arrêté-loi du 12 octobre 1918 complète l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 en habilitant notamment le ministre de la Justice à interner des personnes soupçonnées d'être en relation avec l'ennemi.²²

9. Étant donné que l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 a 'force de loi', il n'a jamais été soumis à un contrôle de constitutionnalité dans le passé. La Cour de cassation a refusé de le faire.²³ Étant donné que la Cour d'arbitrage est compétente pour contrôler les lois – et donc aussi les arrêtés-lois – au regard de l'ensemble du titre II de la Constitution, un contrôle sera possible à l'avenir.

b. Trois tentatives de justification

10. Par le passé, trois types d'arguments ont été avancés pour justifier la suspension (partielle), en temps de guerre, des droits et libertés garantis sous le titre II de la Constitution.

worden ook enkele grondwettelijke waarborgen voor de uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden buiten werking gesteld. Voor sommige rechten en vrijheden gaan deze reeds in tijdens de staat van oorlog. Dit geldt voor de bevoegdheid van de militaire rechtsmachten voor misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de staat (art. 7) en voor het preventief beperkingssysteem t.a.v. de persvrijheid (art. 8). Voor andere gaan ze slechts in tijdens de staat van beleg of tijdens de zogenaamde «versterkte» staat van oorlog. (art. 1, al. 2). Dit geldt met name voor de verwijdering van gevaarlijke geachte personen (art. 4, 1°), voor de huiszoeking zonder huiszoekingsbevel (art. 4, 2°), voor het preventieve beschermingssysteem t.a.v. de vrijheid van vergadering (art. 4, 3° en 4°) en voor het toezicht op, het tegenhouden en inbeslagnemen van brieven (art. 4, 5°). De besluitwet bepaalt wel dat de bijzondere bevoegdheden slechts kunnen worden uitgeoefend «met het doel 's lands verdediging en de veiligheid van het leger» te handhaven. (art. 4, al. 2). Melden we nog dat de Besluitwet van 12 oktober 1918 de besluitwet van 11 oktober 1916 nog aanvult doordat ze de minister van Justitie o.m. machtigt om personen te interneren die ervan verdacht worden in relatie te staan met de vijand.²²

9. Aangezien de besluitwet van 11 oktober 1916 «kracht van wet» heeft, is ze in het verleden nooit getoetst aan de Grondwet. Het Hof van Cassatie heeft geweigerd dit te doen.²³ Gelet op de bevoegdheid van het Arbitragehof om wetten - en dus ook besluitwetten - te toetsen aan de hele titel II van de Grondwet, zal een toetsing in de toekomst wel mogelijk zijn.

b. Drie pogingen tot verantwoording

10. In het verleden zijn er drie types van argumenten aangevoerd om de (gedeeltelijke) schorsing van de in titel II van de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden in oorlogstijd te verantwoorden.

²² Sur la base d'un arrêté ministériel du 23 septembre 1944, cette privation de liberté administrative peut être contestée devant le juge, qui exerce un contrôle de légalité certes marginal. Voir Ergéc, «L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge», *op. cit.*, p. 162; R. Ergéc, «Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire», *R.B.D.I.C.*, 1986, p. 90-95.

²³ Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493 avec avis de l'av. gén. Hayoit de Termicourt; *R.W.*, 1939-40, 975.

²² Op grond van een ministerieel besluit van 23 september 1944 kan deze administratieve vrijheidsberoving bestreden worden voor de rechter, die een - weliswaar slechts marginaal - wettigheidscontrole uitoefent. Zie Ergéc, «L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge», *o.c.*, p. 162; R. Ergéc, «Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire», *R.B.D.I.C.*, 1986, p. 90-95.

²³ Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, I, 493 met advies Adv.-gen. Hayoit de Termicourt; *R.W.*, 1939-40, 975.

11. Autrefois, la doctrine défendait la thèse selon laquelle la Constitution belge était une constitution de temps de paix²⁴, une constitution prévue pour les circonstances normales²⁵, si bien que l'article 187 de la Constitution ne s'opposerait pas à une «suspension» en temps de guerre. Cette position est – à juste titre, à notre avis – battue en brèche. L'argument selon lequel la Constitution ne serait prévue que pour le temps de paix et qu'elle ne s'appliquerait pas en temps de guerre, se heurte au fait que le constituant a bel et bien pris en compte l'hypothèse de la guerre. L'article 167 (68) de la Constitution prévoit en effet explicitement que le Roi constate l'état de guerre (anciennement: «déclare» la guerre) et l'article 196 de la Constitution interdit la révision de la Constitution en temps de guerre.

12. Selon un autre point de vue, l'article 187 de la Constitution ne s'oppose pas à la proclamation de l'état de siège en temps de guerre. L'article 187 de la Constitution n'aurait en effet pas eu pour objectif d'abroger l'ancienne législation française relative à l'«état de siège réel». Aux termes de ladite législation, cet état de siège pouvait être décrété dans les forteresses et les postes militaires attaqués par l'ennemi ou isolés de telle sorte que toutes les communications avec le monde extérieur sont coupées, et l'état de siège fictif.

L'article 187 de la Constitution aurait uniquement voulu exclure «l'état de siège fictif» que durant la période française, l'empereur pouvait proclamer par décret, en d'autres lieux que dans une ville menacée ou assiégée.²⁶

11. In het verleden is in de rechtsleer de stelling verdedigd dat de Belgische Grondwet, een grondwet is voor in vredetijd²⁴, een grondwet voor normale omstandigheden.²⁵ Vandaar dat ook artikel 187 van de Grondwet zich niet zou verzetten tegen een «schorsing» in oorlogstijd. Deze stellingname wordt o.i. terecht betwist. Dat de Grondwet alleen een grondwet voor vredetijd zou zijn en niet voor de oorlogstijd zou gelden, wordt tegengesproken door het feit dat de grondwetgever de hypothese van de oorlog wel degelijk onder ogen heeft voorzien. Artikel 167 (68) van de grondwet bepaalt immers expliciet dat de Koning de staat van oorlog vaststelt (voorheen: de oorlog «verklaart») en artikel 196 van de Grondwet verbiedt de herziening van de grondwet in oorlogstijd.

12. Volgens een andere stelling verzet artikel 187 van de Grondwet zich niet tegen de instelling van de staat van beleg in oorlogstijd. Artikel 187 van de Grondwet zou immers niet de bedoeling hebben gehad om de oude Franse wetgeving m.b.t. de «werkelijke staat van beleg» op te heffen. Deze kon volgens deze wetgeving worden ingesteld in de vestingen en de militaire posten wanneer deze door de vijand worden aangevallen of ingesloten op zo'n wijze dat alle verbindingen met de buitenwereld zijn verbroken.

Artikel 187 van de Grondwet zou slechts de zgn. «fictieve staat van beleg» hebben willen uitsluiten, die in de Franse periode door de keizer bij decreet kon worden uitgeroepen in andere plaatsen dan in een bedreigde of belegerde stad.²⁶

²⁴ A. Buttgenbach, «L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge», *op. cit.*, 398 et suivantes.

²⁵ Cf. Proc.-gen. Terlinden, concl. sous Cass. 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, 9: «Mais la Constitution, comme toutes les constitutions, n'a pu envisager que la marche normale de l'Etat et a dû statuer pour le *plerumque fit* ... Une loi - Constitution ou ordinaire - ne statue donc jamais que pour des périodes normales, pour celles qu'elle peut prévoir...» Cf. aussi Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», *op. cit.*, 401.

²⁶ Cette thèse est, certes, contredite par une déclaration d'un des membres du Congrès National Vilain XIII, qui avait plaidé en faveur du rejet de l'article 187 (130) de la Constitution précisément parce que cela rendrait superflue la proclamation de l'état de siège en cas de siège d'une place forte. «*En admettant l'amendement on abolit l'article de je ne sais quel Code qui permet la mise en état de siège des places fortes.*» Cf. R.P.D.B., v° *Constitution*, t. II, p. 883, n° 34. Voir la relativisation de cette déclaration par O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, t. I, 333, 335; de Brouckère et Tielemans, *Répertoire de l'administration*, t. VII, p. 456.

²⁴ A. Buttgenbach, «L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge», *o.c.*, 398 en v.

²⁵ Cf. Proc.-gen. Terlinden, concl. bij Cass. 11 februari 1919, *Pas.*, 1919, I, 9: «*Mais la Constitution, comme toutes les constitutions, n'a pu envisager que la marche normale de l'Etat et a dû statuer pour le plerumque fit ... Une loi - Constitution ou ordinaire - ne statue donc jamais que pour des périodes normales, pour celles qu'elle peut prévoir...*» Cf. ook Ch. Huberlant, «*Etat de siège et légalité d'exception en Belgique*», *o.c.*, 401.

²⁶ De stelling wordt weliswaar tegengesproken door een verklaring van één van de leden van het Nationaal Congres Vilain XIII, die de verwerping van artikel 187 (130) van de Grondwet had bepleit precies omdat dit de invoering van de staat van beleg bij belegering van een vesting zou overbodig maken. «*En admettant l'amendement on abolit l'article de je ne sais quel Code qui permet la mise en état de siège des places fortes.*» Cf. R.P.D.B., *tw.* *Constitution*, dl. II, p. 883, nr. 34. Zie de relativering van deze verklaring bij O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, dl. I, 333, 335; de Brouckère en Tielemans, *Répertoire de l'administration*, t. VII, p. 456.

Selon certains auteurs, l'article 187 ne s'opposerait qu'à un «état de siège» qui est proclamé par le Roi aux fins de faire face à des émeutes ou à des troubles sociaux d'ordre intérieur et qui impliquerait la «suspension» du fonctionnement normal des institutions et de la protection des libertés et droits fondamentaux.²⁷

La thèse du maintien de la législation française en ce qui concerne «l'état de siège réel» n'est pas non plus un argument permettant de justifier une suspension des libertés et droits fondamentaux²⁸, dès lors que cette loi n'avait d'effets que sur les matières suivantes:

1. le transfert des compétences de police des autorités civiles aux autorités militaires;
2. l'imposition de devoirs particuliers aux commandants de place en ce qui concerne la défense des places assiégées et
3. le remplacement des juridictions civiles par des juridictions militaires.²⁹

13. Le dernier argument avancé pour justifier la suspension d'un certain nombre de droits fondamentaux se basait sur le devoir incombant à l'État de maintenir l'indépendance du pays. C'est surtout Hayoit de Termicourt qui a développé cet argument dans sa conclusion bien connue précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1940.³⁰

²⁷ Cfr. C. De Brouckère et F. Tielemans, *Répertoire de l'administration*, v° *Force publique*, t. VII, 436; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., p. 19; W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, « Les états d'exception et la Constitution belge », op. cit., p. 84 et s.

²⁸ Voir A. Buttgenbach, « L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge », op. cit., 398 et s. Selon Buttgenbach, l'article 130 (187) de la Constitution n'a pas abrogé la législation française parce que l'état de siège qui y était prévu n'est pas incompatible avec les dispositions de la Constitution. Cfr. Dans le même sens *Pand. B.*, v° *Etat de siège*, n° 9. Voir également les considérations critiques émises à l'occasion de l'état de siège proclamé en 1832 à Gand, H. Rolin, *Sur la mise en état de siège de la ville de Gand, arrestation de M. Stéven et l'arrêt de M. Niellon, qui défend la publication de tout journal, pamphlet ou écrit périodique sans son autorisation préalable*, Gand, Vande Kerckhove, 1832, 26 p.

²⁹ Voir A. Buttgenbach, « L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge », op. cit., 397; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., 18; O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., III, 320-321.

³⁰ R. Hayoit de Termicourt, concl. sous Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, 493, (496-497).

Volgens een aantal auteurs zou artikel 187 van de Grondwet zich slechts verzetten tegen een «staat van beleg» die door de Koning wordt afgekondigd om het hoofd te bieden aan inlands oproer of sociale onlusten en die zou inhouden dat de normale werking van de instellingen en de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden zouden worden «geschorst».²⁷

Ook deze stelling over het behoud van de Franse wetgeving inzake de «werkelijke staat van beleg» levert geen argument op om een schorsing van fundamentele rechten en vrijheden te verantwoorden²⁸, aangezien deze wet slechts gevolgen had i.v.m.

1. het overdragen van de politiebevoegdheden van de burgerlijke overheden op de militaire overheden;
2. het opleggen van bijzondere plichten aan de plaatscommandanten wat betreft de verdediging van de belegerde vestingen en
3. de vervanging van de burgerlijke rechtscolleges door militaire rechtscolleges.²⁹

13. Een laatste argument dat ter verantwoording van de schorsing van een aantal grondrechten is aangevoerd, was gebaseerd op de plicht van de overheid om de onafhankelijkheid van het land te handhaven. Vooral Hayoit de Termicourt heeft dit argument ontwikkeld in zijn bekende conclusie voorafgaand aan het arrest van het Hof van Cassatie van 4 maart 1940.³⁰

²⁷ Cfr. C. De Brouckère en F. Tielemans, *Répertoire de l'administration*, Tw. *Force publique*, t. VII, 436; W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, o.c., p. 19; W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, « *Les états d'exception et la Constitution belge* », o.c., p. 84 en v.

²⁸ Zie A. Buttgenbach, « *L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge* », o.c., 398 en v. Volgens Buttgenbach zou artikel 130 (187) van de Grondwet de Frabse wetgeving niet hebben opgeheven omdat de erin geregelde staat van beleg niet onverenigbaar is met de bepalingen van de Grondwet. Cfr. in dezelfde zin *Pand. B.*, tw. *Etat de siège*, nr. 9. Zie ook de kritische beschouwingen naar aanleiding van censuurmaatregelen uitgevaardigd ter gelegenheid van de in 1832 afgekondigde staat van beleg in Gent, H. Rolin, *Sur la mise en état de siège de la ville de Gand, arrestation de m. Stéven et l'arrêt de m. Niellon, qui défend la publication de toute journal, pamphlet ou écrit périodique sans son autorisation préalable*, Gent, Vande Kerckhove, 1832, 26 p.;

²⁹ Zie A. Buttgenbach, « *L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge* », o.c., 397; W.J. Ganshof van der Meersch, *Preadvies. De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, o.c., 18; O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, o.c., III, 320-321.

³⁰ R. Hayoit de Termicourt, concl. bij Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, 493, (496-497).

Hayoît y indiquait que l'indépendance de l'État belge avait été déclarée par décret, le 18 novembre 1830, par le Congrès national en sa qualité de «pouvoir constituant». En n'inscrivant pas cette indépendance dans la Constitution en tant que telle, mais dans un décret isolé, le Congrès national aurait voulu soustraire ce principe à la possibilité de révision prévue à l'article 195 (ex 131) de la Constitution.³¹ Il en aurait ainsi fait une valeur supraconstitutionnelle que doivent protéger les autorités, au besoin au détriment du respect strict de la Constitution. Cela implique par conséquent que lorsque l'indépendance de l'État ne peut être défendue que par des suspensions temporaires de garanties constitutionnelles, les pouvoirs constitués ont le droit et le devoir de prendre de telles mesures.³²

Le Conseil d'État s'est rallié à ce point de vue. Alors qu'il devait se prononcer sur un projet de loi relatif à l'attribution au Roi, en temps de guerre, du pouvoir de prendre par arrêtés délibérés en Conseil des ministres, toutes dispositions ayant force de loi susceptibles de contribuer à la garantie de la sécurité de l'État, au fonctionnement des services publics, à la sauvegarde des intérêts économiques, sociaux et financiers ainsi qu'à la bonne gestion des finances publiques. Il était clair qu'une délégation aussi étendue de «pouvoirs extraordinaires» ne pouvait trouver de justification dans aucune disposition explicite dans la Constitution. D'après le Conseil

Hayoît wees er op dat de onafhankelijkheid van de Belgische Staat door het Nationaal Congres, als «pouvoir constituant» had afgekondigd in een decreet van 18 november 1830. Door die onafhankelijk niet in de Grondwet als zodanig in te schrijven - doch in een afzonderlijk decreet - zou het Nationaal Congres deze onafhankelijkheid hebben willen onttrekken aan de mogelijkheid tot herziening die artikel 195 (voorheen 131) van de Grondwet biedt.³¹ Het zou er aldus een supra-constitutionele waarde hebben van gemaakt, die de overheden dienen te beschermen, desnoods ten koste van een strikte naleving van de Grondwet. Dit impliceert dan ook dat wanneer de onafhankelijkheid van de staat niet kan worden verdedigd dan door tijdelijke schorsingen van grondwettelijke waarborgen, de gestelde machten het recht en de plicht hebben dergelijke maatregelen te nemen.³²

De Raad van State is deze zienswijze bijgetreden. Hij diende te oordelen over een wetsontwerp dat aan de Koning in oorlogstijd de macht verleent om bij in Ministerraad overlegde besluiten alle wetstekrachte voorzieningen te treffen die kunnen bijdragen tot het waarborgen van de veiligheid van de Staat, de werking van de openbare diensten, de vrijwaring van de economische, sociale en financiële belangen en een goed beheer van de openbare financiën. Het was duidelijk dat een dergelijke ruime delegatie van «buitengewone machten» niet door een uitdrukkelijke bepaling van de Grondwet kan worden verantwoord. Volgens de Raad van State betrof

³¹ Voir la déclaration du membre du Congrès Beyts: «... en déclarant que nous les avons rendus comme Corps constituant, nous les rendons irrévocables; ils ne feront pas partie de la Constitution, mais ils seront la base sur laquelle elle repose.»

³² R. Hayoît de Termicourt, concl. sous Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493-501, (497): «Ayant mission d'assurer à la fois le respect du décret d'indépendance et celui de la Constitution, si l'indépendance nationale ne peut être maintenue que grâce à des lois de défense, entraînant une limitation temporaire de certaines libertés dont le principe est consacré par la Constitution, les organes législatifs ont le pouvoir, et j'ose dire le devoir, de sauvegarder, avant tout le fondement même de ces libertés, c'est-à-dire de défendre contre l'étranger l'indépendance du pays.» Pour une critique de cette argumentation, cf. Ch. Huberlant, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», *op. cit.*, 426 qui déduit plutôt la primauté du principe de l'indépendance d'«une hiérarchie entre les valeurs qui découle de la nature même des choses». Voir également F. Dumon, «Over enkele grondwettelijke problemen, gerezen tijdens de tweede wereldoorlog», *Communications de l'Académie royale*, 1983, n° 2, p. 47: «Dès que notre indépendance, nos institutions et nos libertés constitutionnelles sont menacées par un ennemi, des mesures adaptées sont toutefois nécessaires pour protéger ces valeurs - *salus patriae suprema lex...*»

³¹ Zie de verklaring van Congreslid Beyts: «... en déclarant que nous les avons rendus comme Corps constituant, nous les rendons irrévocables; ils ne feront pas partie de la Constitution, mais ils seront la base sur laquelle elle repose.»

³² R. Hayoît de Termicourt, Advies bij Cass. 4 maart 1940, *Pas.*, 1946, I, 493-501, (497): «Ayant mission d'assurer à la fois le respect du décret d'indépendance et celui de la Constitution, si l'indépendance nationale ne peut être maintenue que grâce à des lois de défense, entraînant une limitation temporaire de certaines libertés dont le principe est consacré par la Constitution, les organes législatifs ont le pouvoir, et j'ose dire le devoir, de sauvegarder, avant tout le fondement de ces libertés, c'est-à-dire de défendre contre l'étranger l'indépendance du pays.» Zie voor een kritiek op deze argumentatie Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», o.c., 426 die de primauté van het beginsel van de onafhankelijkheid veeleer afleidt uit «une hiérarchie entre les valeurs qui découle de la nature même des choses». Zie ook F. Dumon, «Over enkele grondwettelijke problemen, gerezen tijdens de tweede wereldoorlog», *Mededelingen van de Kon. Acad.* 1983, nr. 2, p. 47: «Zodra onze onafhankelijkheid, onze instellingen en onze grondwettelijke vrijheden door een vijand worden bedreigd zijn echter aangepaste maatregelen nodig om deze waarden te beschermen - *salus patriae suprema lex...*»

d'État, le projet concernait une «loi extraconstitutionnelle», dont les lois du 7 septembre 1939 et du 14 décembre 1944 constituaient un précédent.³³ Le Conseil estime que:

«Ces lois consacrent, en effet, une suspension partielle de la Constitution, prohibée en termes exprès par l'article 130 de notre loi fondamentale: «La Constitution ne peut être suspendue en tout ou en partie».

Ces lois ne peuvent néanmoins être taxées d'inconstitutionnalité parce qu'elles ont trouvé leur fondement dans la nécessité de sauvegarder, dans des circonstances anormales, l'existence de la Nation, même au prix de dispositions exceptionnelles et déroatoires au droit commun. Elles constituent des exemples de ce que l'on a coutume de qualifier «lois extraconstitutionnelles». L'état de nécessité n'est pas une création de la volonté de l'État; l'autorité compétente ne peut qu'en constater l'existence et décider, dans le concret, des mesures propres à y faire face.»³⁴

Dans son avis, le Conseil assortit le régime de droit d'état d'urgence d'un certain nombre de conditions. Il doit être question d'un «état de nécessité». Le régime de droit d'état d'urgence doit – comme le démontre la citation précédente –, reposer sur une «nécessité» de déroger à la règle en vigueur, afin de sauvegarder l'existence de la Nation. Le régime de droit d'état d'urgence doit être essentiellement «temporaire». C'est ainsi que le Conseil a indiqué que les lois du 7 septembre 1939 et du 14 décembre 1944 ont prévu dans leur texte même qu'elles cesseront d'avoir effet au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur pied de paix. En 1947,

het ontwerp een «extraconstitutionele wet», waarvan de wetten van 7 september 1939 en 14 december 1944 een precedent waren.³³ Over deze wetten stelt de Raad:

«Die wetten bekrachtigen immers een gedeeltelijke schorsing van de Grondwet, hetgeen artikel 130 van onze Staatsregeling uitdrukkelijk verbiedt: «De Grondwet kan noch geheel, noch gedeeltelijk geschorst worden.»

Als ongrondwettelijk echter kunnen die wetten niet worden bestempeld, omdat zij berusten op de noodzakelijkheid om in abnormale omstandigheden het bestaan van de Natie te waarborgen, zelfs ten koste van uitzonderlijke en van het gemeen recht afwijkende bepalingen. Het zijn voorbeelden van wat doorgaans «extra-constitutionele wetten» genoemd wordt. De noodtoestand is geen schepping van de Staatswil; de bevoegde overheid kan enkel het bestaan er van vaststellen en in concreto beslissen welke maatregelen die toestand kunnen verhelpen.»³⁴

De Raad heeft in zijn advies een aantal voorwaarden gesteld aan het staatsnoodrecht. Er moet een «noodtoestand» bestaan. Het staatsnoodrecht moet – zoals blijkt uit het voorgaand citaat – berusten op een «noodzakelijkheid» om van een geldende regel af te wijken, teneinde het voortbestaan van de Natie te vrijwaren. Het staatsnoodrecht dient essentieel «tijdelijk» te zijn. Zo wees de Raad erop dat de wetten van 7 september 1939 en 14 december 1944 in hun tekst zelf hebben bepaald dat zij niet meer van kracht zullen zijn op de dag bij koninklijk besluit bepaald voor het terugbrengen van het leger op voet van vrede. In 1947 heeft de wetgever,

³³ Durant la «drôle de guerre», après que le Roi eut mis l'armée sur pied de guerre, mais avant que la Belgique fût impliquée dans une deuxième guerre mondiale, le législateur attribuait déjà des «pouvoirs extraordinaires» au Roi. La loi du 7 septembre 1939 (M.B., 8 septembre 1939) conféra au Roi des compétences élargies jusqu'au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur pied de paix. Les pouvoirs attribués au Roi étaient très vastes et définis de manière peu précise dans la loi. Le Roi pouvait prendre toutes les dispositions 'ayant force de loi' «pour sauvegarder la sécurité et la défense du territoire et de l'État, pour assurer la tranquillité publique, pour maintenir le crédit et défendre les intérêts économiques et financiers du pays». Immédiatement après la deuxième guerre mondiale, le Roi s'est également vu conférer des pouvoirs extraordinaires par les lois du 14 décembre 1944 et du 20 mars 1945 (M.B., 24 mars 1945). Les arrêtés-lois cesseraient d'avoir effet au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur pied de paix. En vertu de la loi du 1^{er} juin 1949, de nombreux arrêtés-lois pris sur la base de la loi du 20 mars 1945 restèrent en vigueur.

³⁴ Avis du Conseil d'État, section de Législation, 9 juin 1952 sur un projet de loi relatif à l'attribution au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre, *doc. parl.*, Chambre, 1952-53, 172.

³³ Tijdens de «drôle de guerre», nadat de Koning het leger op oorlogsvoet had gebracht, doch voordat België in de tweede wereldoorlog betrokken raakte, kende de wetgever reeds «buitengewone machten» toe aan de Koning. In de wet van 7 september 1939 (B.S., 8 september 1939) kreeg de Koning uitgebreide bevoegdheden voor een periode lopend tot de dag bij koninklijk besluit bepaald voor het terugbrengen van het leger op vredesvoet. De aan de Koning verleende machten waren zeer omvangrijk en weinig nauwkeurig in de wet zelf bepaald. De Koning zou alle 'wetskrachtige' bepalingen kunnen uitvaardigen «om de veiligheid en de verdediging van het grondgebied en van de staat te waarborgen, om de openbare rust te verzekeren, om het krediet te handhaven en de economische en financiële belangen van het land te verdedigen.» Ook onmiddellijk na de tweede wereldoorlog werden aan de Koning, voor een beperkte duur, nog buitengewone machten toegekend in de wetten van 14 december 1944 en 20 maart 1945. (B.S., 24 maart 1945) De 'besluitwetten' zouden van kracht zijn tot op de dag bij K.B. bepaald voor het terugbrengen van het leger op vredesvoet. Ingevolge de wet van 1 juni 1949 bleven talrijke 'besluitwetten' genomen op grond van de wet van 20 maart 1945 van kracht.

³⁴ Advies Raad van State, afd. Wetgeving, 9 juni 1952 over een wetsontwerp betreffende de toekenning aan de Koning van buitengewone machten in oorlogstijd, *Parl. St.*, Kamer, 952-53, 172.

bien que l'armée n'ait pas été remise sur pied de paix, le législateur a estimé que l'état de nécessité n'existait plus et a mis fin aux pouvoirs extraordinaires.³⁵ Enfin, le Conseil estime qu'«*Il n'appartient qu'au Pouvoir législatif, détenteur du résidu de souveraineté, de régler les situations extraconstitutionnelles. Il ne pourrait déléguer ce pouvoir parce que la souveraineté ne se délègue pas.*»

14. Même si le recours à la force majeure peut déjà justifier une certaine dérogation aux droits fondamentaux en temps de guerre, force est de constater, à notre sens, que, d'un point de vue strictement constitutionnel, sa justification est plutôt bancale et critiquable. En premier lieu, il ne s'agit pas d'une justification constitutionnelle mais d'une justification extraconstitutionnelle ou supraconstitutionnelle. En d'autres termes, les tenants de cette théorie postulent que la Constitution ne régit pas intégralement l'exercice des pouvoirs. Rien n'est moins sûr. Mast et Dujardin écrivent que «*À l'encontre de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 – quelle que soit sa justification extraconstitutionnelle par la force majeure –, nous pouvons formuler, dans la mesure où il porte atteinte à certaines libertés constitutionnelles, des objections de nature positivement constitutionnelle*» (traduction).³⁶ Ganshof van der Meersch et M. Diderich abondent en ce sens: «*Saurait-on dissimuler que cette doctrine se concilie difficilement avec la règle qu'énonce l'article 130 (187) de la Constitution et ne doit-on pas d'autre part reconnaître que c'est l'absence de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi qui a permis la répétition et le maintien d'un système que toutes les ressources de l'imagination et de la souplesse d'esprit suffisent malaisément à rendre constitutionnel?*»³⁷

ofschoon het leger niet op vredesvoet was teruggebracht, gemeend dat de noodtoestand niet meer bestond en heeft hij een einde gemaakt aan de buitengewone machten.³⁵ Tenslotte stelt de Raad: «Alleen aan de Wetgevende Macht, die het residu van de soevereiniteit bezit, komt het toe de extraconstitutionele toestanden te regelen. Deze bevoegdheid zou zij niet kunnen overdragen, daar de soevereiniteit niet overgedragen wordt.»

14. Ook al kan met het beroep op de noodtoestand misschien thans reeds een zekere afwijking van grondrechten in oorlogstijd worden verantwoord, toch is o.i. terecht opgemerkt dat vanuit strikt constitutioneel oogpunt die verantwoording toch eerder precair en zwak is. In de eerste plaats gaat het immers niet om een grondwettelijke verantwoording, doch om een supra- of extra-grondwettelijke verantwoording. Men gaat m.a.w. uit van de premisse dat de Grondwet de uitoefening van de machten niet integraal regelt. Dat is betwistbaar. Mast en Dujardin schrijven: «Tegen de besluitwet van 11 oktober 1916 - hoe gerechtvaardigd ook op het extra-constitutionele plan door de overmacht waarop zij steunt - kunnen, omdat zij bepaalde grondwettelijke vrijheden aantast, bezwaren van positief-constitutionele aard ingebracht worden.»³⁶ Ook Ganshof van der Meersch en M. Diderich stellen: «*Saurait-on dissimuler que cette doctrine se concilie difficilement avec la règle qu'énonce l'article 130 (187) de la Constitution et ne doit-on pas d'autre part reconnaître que c'est l'absence de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi qui a permis la répétition et le maintien d'un système que toutes les ressources de l'imagination et de la souplesse d'esprit suffisent malaisément à rendre constitutionnel.*»³⁷

³⁵ Dans la loi du 10 mars 1947, les mots «*au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur pied de paix*» ont été remplacés par les mots «*au 28 février 1947*».

³⁶ A. Mast et J. Dujardin, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, op. cit., 489. Voir aussi la critique de A. Buttgenbach, «*L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la revision de la Constitution belge*», op. cit., 385-407 et 417-437; R. Ergé, «*L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge*», op. cit., p. 163, n° 37: «*On ne saurait pour autant se dissimuler que la plupart des restrictions aux libertés sont incompatibles avec les dispositions constitutionnelles. L'arrêté-loi de 1916 se heurte ainsi à l'article 18 de la Constitution qui interdit la censure de la presse et donc toute ingérence préventive, à l'article 19, alinéa 1^{er}, qui exclut une telle ingérence pour les réunions en salle, ou encore, à l'article 22, lequel consacre l'inviolabilité du secret des lettres. Quant à l'arrêté-loi de 1918, il méconnaît l'article 7 de la Constitution sur la liberté individuelle.*»

³⁷ W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «*Les états d'exception et la Constitution belge*», op. cit., p. 88.

³⁵ Bij de wet van 10 maart 1947 werden de woorden 'tot op de dag bij K.B. bepaald voor het terugbrengen van de het leger op vredesvoet' vervangen door de woorden 'tot op 28 februari 1947'.

³⁶ A. Mast en J. Dujardin, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, o.c., 489. Zie ook kritisch A. Buttgenbach, «*L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la revision de la Constitution belge*», o.c., 385-407 et 417-437; R. Ergé, «*L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge*», o.c., p. 163, nr. 37: «*On ne saurait pour autant se dissimuler que la plupart des restrictions aux libertés sont incompatibles avec les dispositions constitutionnelles. L'arrêté-loi de 1916 se heurte ainsi à l'article 18 de la Constitution qui interdit la censure de la presse et donc toute ingérence préventive, à l'article 19, alinéa 1^{er}, qui exclut une telle ingérence pour les réunions en salle, ou encore, à l'article 22, lequel consacre l'inviolabilité du secret des lettres. Quant à l'arrêté-loi de 1918, il méconnaît l'article 7 de la Constitution sur la liberté individuelle.*»

³⁷ W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «*Les états d'exception et la Constitution belge*», o.c., p. 88.

Même la justification extraconstitutionnelle proposée en l'espèce est, du reste, sujette à caution. Elle se fonde en effet sur l'obligation de garantir l'indépendance de l'État belge. Mais cette obligation constitue-t-elle un blanc-seing pour faire fi des libertés et des droits fondamentaux garantis par la Constitution? C'est discutable. Le principe de la proportionnalité devrait à tout le moins être pris en considération. Cette argumentation présuppose en outre que les garanties constitutionnelles ne peuvent être violées que lorsqu'il est établi que leur respect porterait atteinte à l'indépendance de l'État, ce dont il est, une fois encore, permis de douter. Nombre d'auteurs considèrent par exemple que les mesures préventives radicales prises en vertu de l'article 8 de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 à l'égard de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, au cours de la première et de la deuxième guerres mondiales³⁸, sont difficilement justifiables.³⁹

15. C'est précisément parce que la tentative de justification de l'état d'exception, que rend possible l'arrêté-loi du 11 octobre 1916, est, d'un point de vue constitutionnel, plutôt bancal et contestable, que plusieurs auteurs ont déjà plaidé, par le passé, pour que l'on insère, dans la Constitution, une disposition permettant, en temps de guerre ou dans d'autres états d'urgence, de déroger à une série de dispositions constitutionnelles, pas seulement celles qui concernent l'exercice des pouvoirs mais également celles qui sont relatives aux

Zelfs bij de extraconstitutionele verantwoording die hier wordt geboden, kan men trouwens vraagtekens plaatsen. Het gaat immers om een verantwoording op grond van de plicht om de onafhankelijkheid van de Belgische Staat te waarborgen. Dat deze plicht een vrijbrief zou bieden om de fundamentele rechten en vrijheden die de Belgische Grondwet waarborgt, te schenden, is betwistbaar. Minstens zou het evenredigbeginsel moeten worden in acht genomen. Daarenboven vooronderstelt deze argumentatie dat de grondwettelijke waarborgen slechts kunnen worden geschonden, wanneer vaststaat dat de eerbiediging ervan de onafhankelijkheid van de Staat in het gedrang brengt. Ook dit lijkt niet zonder meer evident. Vele auteurs zijn bijv. van oordeel dat de verregaande preventieve maatregelen die op grond van artikel 8 van de besluitwet van 11 oktober 1916 t.a.v. de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid werden uitgevaardigd tijdens de eerste en de tweede wereldoorlog³⁸, moeilijk te verantwoorden zijn.³⁹

15. Precies omdat de poging tot verantwoording van de uitzonderingstoestand die de besluitwet van 11 oktober 1916 mogelijk maakt, vanuit constitutioneel oogpunt eerder precair en betwistbaar is, hebben verschillende auteurs in het verleden reeds ervoor gepleit om in de Grondwet een bepaling op te nemen die toelaat om ten tijde van oorlog of van andere noodtoestanden, van een aantal grondwettelijke bepalingen, af te wijken, niet alleen van deze over de uitoefening van de machten, doch ook van deze inzake de rechten en

³⁸ Voir à ce sujet J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., II, p. 797-805.

³⁹ A. Buttgenbach, «L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge», op. cit., 418; K. Callebaut, op. cit., 283; J. De Meyer, «Enkele overwegingen betreffende de drukpersvrijheid», T.B.P., 1978, p. 6: «... inconciliable avec la Constitution dans sa rédaction actuelle» (traduction); R. Ergec, «L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge» op. cit., p. 163; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit.; P. Poirier, *Code la presse et de l'imprimerie*, Bruxelles, Bruylant, 1945, 289: «Un arrêté ministériel peut-il interdire pour l'avenir la publication d'une revue politique et littéraire? Nous ne le pensons pas, ce serait un acte arbitraire et anti-constitutionnel»; P. Wigny, *Propos constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 1963, 58 qui parle à ce sujet d'une «législation dont le fond est inconstitutionnel».

³⁸ Zie daarover J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, o.c., II, p. 797-805.

³⁹ A. Buttgenbach, «L'extension des pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge», o.c., 418; K. Callebaut, o.c., 283; J. De Meyer, «Enkele overwegingen betreffende de drukpersvrijheid», T.B.P., 1978, p. 6: «... niet verenigbaar met de Grondwet zoals die thans bestaat»; R. Ergec, «L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge» o.c., p. 163; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, o.c.; P. Poirier, *Code la presse et de l'imprimerie*, Brussel, Bruylant, 1945, 289: «Un arrêté ministériel peut-il interdire pour l'avenir la publication d'une revue politique et littéraire? Nous ne le pensons pas, ce serait un acte arbitraire et anti-constitutionnel». P. Wigny, *Propos constitutionnels*, Brussel, Bruylant, 1963, 58 die het ter zake heeft over «Législation dont le fond est inconstitutionnel».

droits et libertés.⁴⁰ Les initiatives prises en 1952-53⁴¹, 1957-58⁴² et 1964-65⁴³, en vue de rédiger une déclaration de révision de la Constitution, ont été infructueuses. Le gouvernement adopta, en la matière, le point de vue suivant: «*D'une part, il convient d'éviter d'ouvrir la porte, par des dispositions constitutionnelles trop souples, à des entreprises attentatoires aux libertés publiques et aux institutions démocratiques. D'autre part il convient d'éviter que des dispositions trop rigides ne fassent obstacles à certaines mesures de salut public que les circonstances pourraient rendre nécessaires.*»

II. — Le temps de guerre (et de danger public exceptionnel) dans d'autres conventions nationales et internationales relatives aux droits de l'homme

16. En temps de guerre, beaucoup d'États appliquent également un régime d'exception qui se caractérise d'ordinaire par un renforcement du pouvoir exécutif et un élargissement de ses compétences, d'une part, et par

vrijheden.⁴⁰ De initiatieven die in 1952-53⁴¹, 1957-58⁴² en 1964-65⁴³, werden genomen met het ook op het opstellen van een verklaring tot herziening van de Grondwet, hebben niet tot enig resultaat geleid. De regering nam daarbij het volgende standpunt in: «*D'une part, il convient d'éviter d'ouvrir la porte, par des dispositions constitutionnelles trop souples, à des entreprises attentatoires aux libertés publiques et aux institutions démocratiques. D'autre part il convient d'éviter que des dispositions trop rigides ne fassent obstacles à certaines mesures de salut public que les circonstances pourraient rendre nécessaires.*»

II. — De tijd van oorlog (en van algemene noodtoestand) in andere nationale en internationale mensenrechten-verdragen

16. In tijden van oorlog wordt ook in vele staten een uitzonderingsregime van kracht dat veelal wordt gekenmerkt enerzijds door een versterking van de uitvoerende macht en een verruiming van haar bevoegdheden en

⁴⁰ Pour une synthèse, voyez Ch. Huberlant, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», *op. cit.*, p. 414-422. Ainsi, Buttgenbach proposait-il de compléter l'article 67 (désormais 108) de la Constitution par le texte suivant: «*al. 2. Toutefois en cas d'invasion du territoire par l'ennemi, s'il y a impossibilité pour les Chambres de se réunir, le Roi peut prendre, sous formes d'arrêtés délibérés en conseil des ministres, toutes les mesures que nécessiteront la défense du pays, le maintien de l'ordre et de la sécurité publique, et les besoins de la vie sociale et de l'économie nationale, alors même que ces mesures modifieraient la législation existante, ou seraient prises dans un domaine réservé par la Constitution à la compétence exclusive du législateur. al. 3. Les mesures prises en vertu de l'alinéa précédent pourront, dans les limites qui y sont prévues, suspendre les libertés garanties par les articles 14 (à l'exception toutefois de la liberté des cultes), 18, 19, 20 et 22 de la présente Constitution. (...)*». Voyez également W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», *op. cit.*, p. 123-124, avec une proposition d'ajouter à l'article 130 (désormais 187) quatre alinéas.

⁴¹ Voyez concernant une déclaration de révision de la Constitution de 1953: *doc. parl.*, Chambre, 1952-53, n° 718 (amendement J. Rey), n° 725 (amendement Philippart); *Annales*, Chambre, 1952-53, 20 octobre 1953, p. 7-9, 10-16 (débat); et 21 octobre 1953, p. 8 (rejet des amendements).

⁴² Voyez concernant une déclaration de révision de la Constitution de 1958: *doc. parl.*, Chambre, 1957-58, n° 900/3 (amendement Philippart); *Annales*, Chambre, 1957-58, 6 avril 1958, pp. 19-20 (débat et rejet).

⁴³ Voyez concernant une déclaration de révision de la Constitution de 1965: *doc. parl.*, Chambre, 1964-65, n° 993/1, p. 22 (développement à propos d'une proposition de déclaration de révision de la Constitution), annexe C, p. 34 (rapport de la commission tripartite de révision des institutions); n° 993/5 (amendement Parisi); n° 993/6 (rapport Moyersoën et Pierson, rejet de l'amendement); *doc. parl.*, Sénat, 1964-65, n° 278, p. 25-26 (rapport Van Bogaert).

⁴⁰ Zie voor een overzicht Ch. Huberlant, «*Etat de siège et légalité d'exception en Belgique*», *o.c.*, p. 414-422. Zo stelde Buttgenbach voor om aan artikel 67 (thans 108) van de Grondwet volgende tekst toe te voegen: «*al. 2. Toutefois en cas d'invasion du territoire par l'ennemi, s'il y a impossibilité pour les Chambres de se réunir, le Roi peut prendre, sous formes d'arrêtés délibérés en conseil des ministres, toutes les mesures que nécessiteront la défense du pays, le maintien de l'ordre et de la sécurité publique, et les besoins de la vie sociale et de l'économie nationale, alors même que ces mesures modifieraient la législation existante, ou seraient prises dans un domaine réservé par la Constitution à la compétence exclusive du législateur. al. 3. Les mesures prises en vertu de l'alinéa précédent pourront, dans les limites qui y sont prévues, suspendre les libertés garanties par les articles 14 (à l'exception toutefois de la liberté des cultes), 18, 19, 20 et 22 de la présente Constitution. (...)*». Zie ook W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «*Les états d'exception et la Constitution belge*», *o.c.*, p. 123-124, met een voorstel tot toevoeging aan artikel 130 (thans 187) van vier leden.

⁴¹ Zie i.v.m. een verklaring tot herziening van de Grondwet 1953: *Parl. St.*, Kamer, 1952-53, nr. 718 (amendement J. Rey), nr. 725 (amendement Philippart); *Hand.*, Kamer, 1952-53, 20 oktober 1953, p. 7-9, 10-16 (debat); en 21 oktober 1953, p. 8 (verwerping amendementen);

⁴² Zie i.v.m. een verklaring tot herziening van de Grondwet 1958: *Parl. St.*, Kamer, 1957-58, nr. 900/3 (amendement Philippart); *Hand.*, 1957-58, 6 april 1958, p. 19-20 (debat en verwerping).

⁴³ Zie i.v.m. een verklaring tot herziening van de Grondwet 1965: *Parl. St.*, Kamer, 1964-65, nr. 993/1, p. 22 (toelichting bij voorstel van verklaring tot herziening van de Grondwet), bijlage C, p. 34 (verslag Driepartijen-commissie voor de hervorming der instellingen); nr. 993/5 (amendement Parisi); nr. 993/6 (verslag Moyersoën en Pierson, verwerping van het amendement); *Parl. St.*, Senaat, 1964-65, nr. 278, p. 25-26 (verslag Van Bogaert).

une 'suspension' de certaines garanties dans le cadre de la protection des libertés et droits fondamentaux, d'autre part.⁴⁴

17. Un certain nombre de conventions internationales prévoient également une disposition explicite «en cas de guerre et en cas d'autre danger public».⁴⁵ C'est notamment le cas de l'article 15 de la CEDH, qui dispose:

«1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.»⁴⁶

18. L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose:

«1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la Nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

⁴⁴ Cfr. pour un aperçu R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, 61-97.

⁴⁵ Pour un aperçu voir A.L. Svensson-McCarthy, *The international law of human rights and states of exception*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, 900 p.

⁴⁶ Voir R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1987, 427 p.

anderzijds door een «schorsing» van sommige waarborgen voor de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden.⁴⁴

17. Ook een aantal internationale verdragen houden een uitdrukkelijke regeling in voor «de tijd van oorlog en van algemene noodtoestand.»⁴⁵ Dat is met name het geval in artikel 15 van het EVRM, dat bepaalt:

«1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand, welke het bestaan van het volk bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen welke afwijken van zijn verplichtingen, ingevolge dit Verdrag, mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist en niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling wettigt geen enkele afwijking van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van geoorloofde oorlogshandelingen, noch van de artikelen (3,) 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht van afwijking houdt de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte van de genomen maatregelen en van de beweegredenen welke deze hebben ingegeven. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens verwittigen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.»⁴⁶

18. In het Internationaal verdrag voor burgerrechten en politieke rechten bepaalt artikel 4:

«1. Bij een algemene noodtoestand die een bedreiging vormt voor het bestaan van het volk en welks aanwezigheid officieel is afgekondigd, kunnen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag maatregelen nemen, die afwijken van hun verplichtingen ingevolge dit Verdrag, mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist en niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht en geen discriminatie uitsluitend op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst inhouden.

⁴⁴ Cfr. voor een overzicht R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1987, 61-97.

⁴⁵ Zie voor een overzicht A.L. Svensson-McCarthy, *The international law of human rights and states of exception*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1998, 900 p.

⁴⁶ Zie R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, 1987, 427 p.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogation.»

Une clause de dérogation en tous points comparable à celle que prévoit l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme est prévue à l'article F de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, si ce n'est que la disposition concernée ne comprend pas de liste de droits auxquels il serait interdit de déroger.

Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle qu'intégrée dans le traité instituant une constitution européenne, ne reprend pas explicitement une clause autorisant à ce qu'il soit dérogé aux droits et libertés qu'elle consacre. Selon les experts, il ne s'agit pas d'apercevoir, dans cette situation, une interdiction implicite de dérogation⁴⁷. Tout porte à croire - et les travaux préparatoires de la Charte vont en ce sens -, que la faculté de dérogation est implicitement autorisée par l'article II-112 de la Constitution européenne, qui, de manière générale, traite de la «limitation» aux droits et libertés consacrés.

⁴⁷ On peut déduire ceci, indirectement, de l'article II - 112, § 3, de la Constitution européenne, qui précise que les droits garantis par cette Constitution auront en principe la même «portée» que les droits correspondant au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme. La «portée» dont il est question inclut en effet la faculté de dérogation dont ces droits sont affectés dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le rapport explicatif de la Charte ne comporte, en toute hypothèse, aucune indication en sens contraire. De manière plus indirecte encore, la volonté des auteurs de la Charte de ne pas remettre en cause, via celle-ci, la possibilité de dérogation qu'ils tirent de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, se déduit implicitement de l'article 2 du *Protocole relatif à l'article I-9, paragraphe 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, annexé au traité constitutionnel européen?

2. Op grond van deze bepaling mag niet worden afgeweken van de artikelen 6, 7, 8 (eerste en tweede lid), 11, 15, 16 en 18.

3. Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag die gebruikt maakt van het recht tot afwijking van de bepalingen daarvan stelt de andere Staten die partij zijn bij dit Verdrag, door tussenkomst van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, onverwijld in kennis van de bepalingen waarvan hij is afgeweken, alsmede van de redenen die hem daartoe hebben genoopt. Eveneens door tussenkomst van de Secretaris-Generaal wordt een volgende kennisgeving gedaan op de datum waarop de afwijking ophoudt van kracht te zijn.»

Artikel F van het herziene Europese Handvest d.d. 3 mei 1996 voorziet in een afwijkingsclausule die in alle opzichten vergelijkbaar is met wat bepaald is in artikel 15 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden; het enige verschil is dat de betrokken bepaling geen lijst bevat van de rechten waarvan in voorkomend geval geen afwijking toegestaan is.

Ten slotte is er nog het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zoals het is opgenomen in het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa. Dit Handvest bevat geen uitdrukkelijke bepaling waarbij het toegestaan is af te wijken van de rechten die op grond van dat Handvest worden bekrachtigd. Volgens de deskundigen mag zulks echter niet worden gezien als een impliciet verbod op afwijkingen⁴⁷. Alles wijst er immers op – en de werkzaamheden ter voorbereiding van het Europees Handvest liggen in dezelfde lijn – dat afwijkingen impliciet toegestaan zijn op grond van artikel II-112 van de Europese Grondwet, dat in het algemeen gaat over de «beperking» van de bekrachtigde rechten en vrijheden.

⁴⁷ Zulks kan indirect worden afgeleid uit artikel II-112, § 3, van de Europese Grondwet, waarin wordt gepreciseerd dat die rechten dezelfde «reikwijdte» zullen hebben als die welke «corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden». De «reikwijdte» waarvan sprake, omvat immers dezelfde afwijkingsmogelijkheid als die waarin is voorzien in de in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden vervatte regeling. Het rapport met nadere toelichtingen over het Handvest bevat in elk geval geen enkele andersluidende vermelding. Het oogmerk van de stellers van het Europees Handvest om geenszins via een dergelijke vermelding de afwijkingsmogelijkheid ter discussie te stellen die zij uit artikel 15 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden distilleren, valt op een nog meer indirecte wijze af te leiden uit artikel 2 van het aan het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa aangehechte Protocol betreffende artikel I-9, lid 2, van de Grondwet inzake de toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

19. Par contre, ni le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), ni la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989), n'ont prévu expressément une clause permettant aux États de déroger aux droits consacrés. Plusieurs interprétations sont susceptibles d'être données pour expliquer une telle carence.

La première - qui fait généralement autorité s'agissant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels -, part du constat que la faible densité juridique et, par conséquent, la faible justiciabilité des instruments en cause, auraient rendu «redondante» l'indication selon laquelle il est permis de déroger aux droits et libertés qu'ils consacrent. Partant, l'absence d'indication en ce sens ne pourrait être interprétée comme excluant la possibilité de déroger aux droits garantis.

La seconde interprétation avancée consiste à affirmer que les auteurs des deux instruments susvisés, n'ont pas entendu exclure la faculté pour les États de déroger aux droits et libertés qu'ils consacrent, mais ont préféré renvoyer au «droit commun» du droit international public pour tracer les limites des dérogations autorisées. En l'occurrence, le droit international commun retient sur ce point des solutions assez proches de celles consacrées par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et s'inspire au demeurant de ces solutions⁴⁸.

La troisième interprétation - la plus improbable de toutes, car génératrice de solutions pratiques illogiques - affirmera que l'absence de clause de dérogation dans les instruments susdits équivaut à une interdiction de déroger aux droits et libertés qu'ils consacrent. La commune pratique des États parties à la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant, semble indiquer que cette interprétation ne peut être retenue: aucun de ceux-ci n'a en effet estimé nécessaire, lors de la ratification de cet instrument, d'introduire une déclaration interprétative ou une réserve tendant à immuniser, face aux

19. Noch het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (1966), noch het VN-Verdrag voor de Rechten van het Kind (1989) voorzien uitdrukkelijk in een clausule waarbij de Staten van de bekrachtigde rechten mogen afwijken. Een dergelijke leemte kan op verschillende manieren worden verklaard.

De eerste verklaring – die gezaghebbend is wat betreft het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten – gaat uit van de vaststelling dat, aangezien de bedoelde verdragen nauwelijks afdwingbaar zijn in rechte en ze bijgevolg op weinig rechtzoekenden toepasbaar zijn, het «overbodig» zou zijn te vermelden dat mag worden afgeweken van de bij die verdragen gewaarborgde rechten en vrijheden. Bijgevolg zou het ontbreken van een dergelijke bepaling kunnen worden geïnterpreteerd als de uitsluiting van elke mogelijkheid om af te wijken van de gewaarborgde rechten.

De tweede naar voor geschoven verklaring vertrekt van de premisse dat de stellers van beide bovenvermelde verdragen de Staten niet de mogelijkheid hebben willen ontzeggen af te wijken van de bij die verdragen gewaarborgde rechten en vrijheden, maar dat zij er de voorkeur aan hebben gegeven te verwijzen naar het «gemeen» internationaal publiek recht, om de grenzen van de toegestane afwijkingen af te bakenen. In het onderhavige geval voorziet het internationaal gemeenrecht in oplossingen die nogal wat verwantschap vertonen met die welke werden vastgelegd in artikel 15 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden alsmede in artikel 4 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten. Voor het overige laat deze optie zich door die oplossingen inspireren⁴⁸.

De derde verklaring – de minst waarschijnlijke van alle, want ze leidt tot onlogische praktische oplossingen – gaat uit van de stelling dat het ontbreken van een afwijkingsclausule in bovenvermelde verdragen neerkomt op een verbod om van de bij die verdragen bekrachtigde rechten en vrijheden af te wijken. De methode die gewoonlijk wordt toegepast door de landen die partij zijn bij het VN-Verdrag voor de Rechten van het Kind lijkt erop te wijzen dat die interpretatie onhoudbaar is. Geen enkel van de betrokken landen heeft bij de ratificatie van die verdragen immers enige interpretatieve verklaring dan

⁴⁸ Voy. F. Ouguergouz, «L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'Homme: les réponses du droit international général», *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 289 et suiv.

⁴⁸ Zie F. Ouguergouz, «L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'Homme: les réponses du droit international général» *R.G.D.I.P.*, 1994, blz. 289 e.v.

effets supposés de cette Convention, la possibilité de dérogation aux droits et libertés que connaît leur droit constitutionnel interne.

Sans trancher définitivement la controverse sur les causes exactes d'une telle omission (première ou seconde interprétation visée ci-dessus), les experts partiront du principe selon lequel l'absence de clause expresse relative à la dérogation au sein du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et au sein de la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant, n'a pas pour effet qu'il soit exclu de déroger aux droits et libertés que consacrent ces instruments.

20. Bien que l'État belge soit partie à la CEDH et au PIDCP, il n'est possible de se référer à ces dispositions que pour «déroger» aux obligations découlant de la convention et du pacte, pour autant que la Constitution et le droit nationaux le permettent. C'est ce qui ressort de l'article 53 de la CEDH et de l'article 5 du PIDCP.⁴⁹

III. — l'insertion dans la constitution belge d'une disposition transversale relative à la suspension des droits et libertés

21. Si le constituant estime qu'il est souhaitable d'insérer dans la Constitution une disposition transversale en matière de dérogation aux droits fondamentaux en temps de guerre (et de danger public exceptionnel), il semble alors indiqué qu'il s'inspire des articles 15 de la CEDH et 4 du PIDCP.

En effet, les deux dispositions constituent de toute façon le cadre dans lequel peut éventuellement s'insérer une disposition en matière de dérogation aux droits fondamentaux. En effet, on ne peut déroger aux droits fondamentaux garantis à la fois dans ces traités internationaux et dans le titre II de la Constitution que dans les conditions prévues par les articles 15 de la CEDH et 4 du PIDCP.

⁴⁹ Voir Y. Haeck et J. Vande Lanotte, «Artikel 15. Afwijking in geval van oorlog of algemene noodtoestand», in J. Vande Lanotte et Y. Haeck, *Handboek EVRM*, IIe partie, p. 194.

wel enig voorbehoud nodig geacht teneinde in het licht van de veronderstelde gevolgen van dat verdrag, de mogelijkheid op te heffen dat eventueel zou worden afgeweken van de rechten en vrijheden die hun nationaal recht waarborgt.

Zonder in deze controverse omtrent de precieze gevolgen van een dergelijke ommissie (cf. bovenvermelde eerste of tweede interpretatie) een definitief oordeel te vellen, zullen de deskundigen uitgaan van het beginsel dat het ontbreken van enige afwijkingsclausule in het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten alsook in het VN-Verdrag voor de Rechten van het Kind, niet tot gevolg heeft dat het uitgesloten is af te wijken van de rechten en vrijheden welke bij die verdragen worden bekrachtigd.

20. Alhoewel de Belgische Staat partij is bij het EVRM en bij het IVBPR, is het slechts mogelijk zich op deze bepalingen te beroepen om «af te wijken» van de verdragsverplichtingen, voorzover ook de eigen Grondwet en het nationaal recht die mogelijkheid bieden. Dat volgt uit artikel 53 van het EVRM en uit artikel 5 van het IVBPR.⁴⁹

III. — Een transversale bepaling over de schorsing van de rechten en vrijheden in de Belgische Grondwet

21. Indien de grondwetgever het aangewezen acht om een transversale bepaling over de afwijking van grondrechten in tijd van oorlog (en van algemene noodtoestand) in de Grondwet op te nemen dan lijkt het aangewezen dat hij daarbij inspiratie zoekt in de artikelen 15 van het EVRM en 4 van het IVBPR.

Beide bepalingen vormen immers hoe dan ook het kader binnen hetwelk desnoods een bepaling over de afwijking van grondrechten kan worden opgenomen. Van de grondrechten die tegelijkertijd in deze internationale verdragen en in titel II van de Grondwet worden gewaarborgd, kan immers slechts worden afgeweken binnen de voorwaarden bepaald door de artikelen 15 van het EVRM en 4 van het IVBPR.

⁴⁹ Zie Y. Haeck en J. Vande Lanotte, «Artikel 15. Afwijking in geval van oorlog of algemene noodtoestand», in J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel II, p. 194.

Nous allons donc à présent étudier les différentes conditions à la dérogation figurant dans les deux dispositions et vérifier si, *mutatis mutandis*, elles peuvent être reprises dans une disposition constitutionnelle relative à la dérogation aux droits fondamentaux.

22. Cette note traite uniquement de la dérogation aux droits qui sont garantis dans le titre II de la Constitution. La problématique plus large de la suspension d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, la possibilité de déléguer au Roi des pouvoirs «exceptionnels» ou «spéciaux» en temps de guerre et de crise, dépasse l'objet de la tâche confiée aux experts et n'est donc pas traitée ici.

1. «Guerre et/ou autre danger public menaçant la vie de la nation»

23. L'article 15 de la CEDH autorise la dérogation aux droits fondamentaux «en temps de guerre» ou «en cas d'autre danger public». L'article 4.1. du PIDCP mentionne uniquement le «danger public exceptionnel». La différence entre les deux textes n'a pas de portée réelle dans la mesure où une guerre est considérée comme un danger public. Avant de réviser l'article 187 de la Constitution, il convient de répondre à deux questions fondamentales.

A. Si l'on part du principe que l'on entend permettre la suspension de droits fondamentaux en temps de guerre, on peut se demander quelle signification a actuellement la notion de «guerre» dans la Constitution.

B. La question est en outre de savoir si l'on veut également permettre une suspension de droits fondamentaux «en cas d'autre danger public».

In wat hierna volgt onderzoeken we dan ook de verschillende afwijkingsvoorwaarden die in beide bepalingen voorkomen en we gaan na of zij *mutatis mutandis* kunnen worden overgenomen in een grondwettelijke bepaling over de afwijking van grondrechten.

22. In deze nota gaan we slechts in op de afwijking van de rechten die in titel II van de Grondwet worden gewaarborgd. De ruimere problematiek van de schorsing van andere bepalingen van de Grondwet en meer bepaald dan de mogelijkheid tot delegatie van «buitengewone» of «bijzondere» machten aan de Koning in oorlogs- en crisistijd, gaat het voorwerp van de aan de deskundigen verleende opdracht te buiten en wordt hierna dan ook niet behandeld.

1. «Oorlog en/of algemene noodtoestand die het bestaan van het volk bedreigt»

23. Artikel 15 van het EVRM laat de afwijking van grondrechten toe «in tijd van oorlog» of «in geval enig andere algemene noodtoestand». Artikel 4.1. van het IVBPR vermeldt uitsluitend de «algemene noodtoestand». Het verschil in beide teksten heeft geen reële draagwijdte aangezien een oorlog beschouwd wordt als een algemene noodtoestand. Twee belangrijke vragen dienen wel een antwoord te krijgen wanneer artikel 187 van de Grondwet zou worden herzien.

A. Ervan uitgaande dat men de schorsing van grondrechten in oorlogstijd wil toelaten rijst de vraag welke betekenis het begrip «oorlog» thans reeds heeft in de Grondwet.

B. De vraag rijst daarenboven of men een schorsing van grondrechten ook in «andere algemene noodtoestanden» wil mogelijk maken.

A. Suspension en temps de guerre

a. La notion de «guerre» dans l'article 15 de la CEDH

24. La notion de «guerre» n'est définie ni dans les travaux préparatoires publiés, ni dans la convention elle-même. Ni la Commission européenne, ni la Cour européenne des droits de l'Homme n'ont été, jusqu'à présent, confrontées à la nécessité de définir la notion de «guerre» en tant que telle. La doctrine décrit en général ce concept comme «un conflit armé entre États d'une certaine intensité» (traduction).⁵⁰ La notion de «guerre» jouxtant, à l'article 15 de la CEDH, la notion d'«autre danger public menaçant la vie de la nation», il est à supposer que l'intensité de la violence interétatique doit être de nature à «menacer la vie de la nation».⁵¹ La Cour européenne des droits de l'Homme a déclaré à cet égard, d'une manière générale, qu'il doit s'agir d'«(...) une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État.»⁵²

25. Certains aspects de cette définition font l'objet d'une vive controverse dans la doctrine. Se pose par exemple la question de savoir si une guerre civile n'est pas non plus une guerre au sens de l'article 15 de la CEDH. On peut en outre se demander si une guerre implique bien toujours «un conflit armé entre des États» et si un conflit avec une organisation terroriste ne peut pas être considéré comme une guerre au sens de l'article 15 de la CEDH. On peut enfin se demander si une menace de guerre suffit déjà pour parler d'une guerre

A. Schorsing ten tijde van oorlog

a. Het begrip «oorlog» in artikel 15 van het EVRM

24. Het begrip «oorlog» wordt noch in de gepubliceerde «travaux préparatoires», noch in het verdrag zelf gedefinieerd. Noch de Europese Commissie, noch het Europees Hof voor de rechten van de Mens zijn tot nu toe geconfronteerd met de noodzaak om het begrip «oorlog» als zodanig te definiëren. In de rechtsleer wordt het begrip meestal gedefinieerd als «een gewapend conflict tussen staten met een zekere intensiteit.»⁵⁰ Aangezien het begrip «oorlog» in artikel 15 van het EVRM is geplaatst naast het begrip «andere algemene noodtoestand welke het bestaan van het volk bedreigt», gaat men ervan uit dat de intensiteit van het interstatelijk geweld van die aard dient te zijn dat «het bestaan van het volk bedreigd is».⁵¹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft hierover in het algemeen gesteld dat het moet gaan om «(...) une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État.»⁵²

25. Over sommige aspecten van deze definitie bestaat in de rechtsleer heel wat controverse. Zo rijst bijv. de vraag of een burgeroorlog eveneens een «oorlog» is in de zin van artikel 15 van het EVRM is. De vraag rijst daarenboven ook of een oorlog steeds een «gewapend conflict tussen staten» impliceert en of ook een conflict met een terroristische organisatie een oorlog kan uitmaken in de zin van artikel 15 van het EVRM. De vraag rijst tenslotte of ook een oorlogsdreiging reeds volstaat om van een oorlog in de zin van artikel 15 van het EVRM te

⁵⁰ R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, op. cit., 125 : « La guerre s'analyse donc en un conflit armé interétatique présentant une certaine intensité. » Voir également Oppenheim-Lauterpach, *International Law*, Londres, Longman, 1935, 2 vol. P. 172 : la guerre est un conflit armé entre États « for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases. »

⁵¹ N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 221, 228 ; R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, op. cit., 127-128.

⁵² CEDH, 1^{er} juillet 1961, en cause *Lawless contre Royaume-Uni*, Publ. Cour, Série A, n° 3, par. 28.

⁵⁰ R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, o.c., 125: «La guerre s'analyse donc en un conflit armé interétatique présentant une certaine intensité.» Zie ook Oppenheim-Lauterpach, *International Law*, London, Longman, 1935, 2 vol. P. 172: oorlog is een gewapend conflict tussen staten «for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases.»

⁵¹ N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 221, 228; R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, o.c., 127-128.

⁵² EHRM, 1 juli 1961, inzake *Lawless t. V.K.*, Publ. Cour, Série A, nr. 3, par. 28.

au sens de l'article 15 de la CEDH⁵³ Les commentaires de l'article 15 de la CEDH ne répondent généralement que de manière sommaire à ces interrogations. Même si une guerre civile ou des attentats terroristes ne constituent effectivement pas une guerre au sens de l'article 15 de la CEDH, ils peuvent toujours être considérés comme un «autre danger public menaçant la vie de la nation». Ces questions reprendraient cependant de l'importance si la disposition à insérer éventuellement dans la Constitution n'autorisait qu'une suspension des droits fondamentaux «en cas de guerre».

b. La notion de «guerre» dans la Constitution belge⁵⁴

26. Actuellement, la notion de «guerre» apparaît dans trois articles de la Constitution belge.

L'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, dispose que:

«Le Roi commande les forces armées, et constate l'état de guerre ainsi que la fin des hostilités. Il en donne connaissance aux Chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'État le permettent, en y joignant les communications convenables.»⁵⁵

L'article 157, alinéa 1^{er}, de la Constitution, datant de 2002, dispose que:

«Il y a des juridictions militaires lorsque l'état de guerre visé à l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, est constaté.»

L'article 196 de la Constitution dispose que:

«Aucune révision de la Constitution ne peut être engagée ni poursuivie en temps de guerre ou lorsque les Chambres se trouvent empêchées de se réunir librement sur le territoire fédéral.»

⁵³ R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, op. cit., 126; J. Velu, «Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation», in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 85.

⁵⁴ Pour plus de détails, voir J. Velaers, «De Grondwet en de krijgsmacht», in A. De Becker, G. Laenen, M. Van Damme et E. Vandenbossche (eds), *De Grondwet en het inzetten van strijdkrachten*, Anvers, Maklu, 2005, n^{os} 33-38 en n^{os} 75-76.

⁵⁵ Le texte original de 1831 disposait: «Le Roi déclare la guerre». Ce texte a été modifié pour tenir compte de l'interdiction, en droit international, d'engager une guerre.

spreken.⁵³ Op deze vragen wordt in de commentaren op artikel 15 van het EVRM meestal slechts summier ingegaan. Zelfs indien een burgeroorlog of terroristische aanslagen geen «oorlog» zouden zijn in de zin van artikel 15 EVRM, dan kunnen ze immers nog steeds een «andere algemene noodtoestand die het bestaan van en volk bedreigt» uitmaken. De vragen zouden echter opnieuw aan belang winnen indien de eventueel in de Belgische Grondwet op te nemen bepaling slechts een schorsing van grondrechten «in de tijd van oorlog» zou toelaten.

b. Het begrip «oorlog» in de Belgische Grondwet⁵⁴

26. Het begrip «oorlog» komt thans reeds voor in drie artikelen van de Belgische Grondwet.

Artikel 167, par. 1, tweede lid, luidt:

«De Koning voert het bevel over de krijgsmacht, stelt de staat van oorlog vast alsook het einde van de vijandelijkheden. Hij geeft daarvan kennis aan de Kamers, zodra het belang en de veiligheid van de Staat, het toelaten, onder toevoeging van de passende mededelingen.»⁵⁵

Artikel 157, eerste lid, van de Grondwet, daterend van 2002, luidt:

«Er zijn militaire gerechten wanneer de staat van oorlog bepaald in artikel 167, par. 1, tweede lid, is vastgesteld.»

Artikel 196 van de Grondwet bepaalt :

«Er mag geen herziening van de Grondwet worden ingezet of voortgezet in oorlogstijd of wanneer de Kamers verhinderd zijn vrij bijeen te komen op het federale grondgebied.»

⁵³ R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, o.c., 126; J. Velu, «Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation», in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1982, p. 85.

⁵⁴ Zie meer uitgebreid J. Velaers, «De Grondwet en de krijgsmacht», in A. De Becker, G. Laenen, M. Van Damme en E. Vandenbossche (eds), Antwerpen, Maklu, 2005, nr. 33-38 en nr. 75-76.

⁵⁵ In de oorspronkelijke tekst van 1831 luidde het: «De Koning verklaart de oorlog». Deze tekst werd gewijzigd om rekening te houden met het verbod in het internationaal recht om een oorlog in te zetten.

Si la notion de «guerre» était à nouveau utilisée dans une disposition autorisant une dérogation aux droits fondamentaux, elle devrait bien entendu l'être dans l'acception qui lui est donnée dans ces autres dispositions de la Constitution.

L'état de guerre – ou plutôt le «temps de guerre» – est défini dans la législation belge comme étant le laps de temps qui s'écoule entre la date à laquelle l'armée est mise sur pied de guerre en vertu d'un arrêté royal et la date à laquelle l'armée est mise, à nouveau en vertu d'un arrêté royal, sur pied de paix.⁵⁶ Aucune disposition ne précise dans quelles circonstances le Roi peut mobiliser l'armée. Dans le passé, il a été admis que l'armée ne devait pas être «effectivement» en état de guerre pour qu'elle puisse être mise sur pied de guerre. Au cours des deux guerres mondiales, l'état de guerre juridique a, par exemple, duré plus longtemps que l'état de guerre effectif. Au cours de la première guerre mondiale, l'armée a été mise sur pied de guerre par l'arrêté royal du 31 juillet 1914⁵⁷ et remise sur pied de paix par l'arrêté royal du 2 juillet 1919.⁵⁸ Au cours de la deuxième guerre mondiale, l'armée a été mise sur pied de guerre dès la «drôle de guerre» par l'arrêté royal du 26 août 1939⁵⁹ et ce n'est que par l'arrêté du Régent du 1^{er} juin 1949 qu'elle a été remise sur pied de paix.⁶⁰ Ce maintien artificiel de l'état de guerre «juridique», alors que l'état de guerre «effectif» avait déjà pris fin depuis quatre ans, fut critiqué dans la doctrine. Ch. Huberlant a parlé d'une «dénaturation» de la notion d'«état de guerre»⁶¹. Celui-ci fut d'ailleurs surtout maintenu pour prolonger le régime d'exception et en particulier le pouvoir juridictionnel des juridictions militaires.

Indien het begrip «oorlog» opnieuw zou worden gebruikt in een bepaling die een afwijking van grondrechten zou toelaten, zou het uiteraard moeten worden gebruikt in de betekenis die eraan gegeven wordt in deze overige bepalingen van de Grondwet.

De staat van oorlog - of liever de «tijd van oorlog» - wordt in de Belgische wetgeving gedefinieerd als de tijdsperiode die verloopt tussen de datum waarop het leger krachtens een K.B. op oorlogsvoet is gebracht en de datum waarop het leger, opnieuw op grond van een K.B., weer op vredesvoet is gebracht.⁵⁶ Nergens is bepaald in welke omstandigheden de Koning het leger kan mobiliseren. In het verleden werd aanvaard dat het leger niet «feitelijk» in staat van oorlog moet zijn om het op oorlogsvoet te brengen. Tijdens de twee wereldoorlogen duurde de juridische staat van oorlog bv. langer dan de feitelijke staat van oorlog. Tijdens de eerste wereldoorlog werd het leger op oorlogsvoet gebracht bij K.B. van 31 juli 1914⁵⁷ en weer op vredesvoet gebracht bij K.B. van 2 juli 1919.⁵⁸ Tijdens de tweede wereldoorlog werd het leger reeds tijdens de «drôle de guerre», bij K.B. van 26 augustus 1939⁵⁹, op oorlogsvoet gebracht en slechts bij Reg. B. van 1 juni 1949 weer op vredesvoet gebracht.⁶⁰ Dit kunstmatige in stand houden van de «juridische» staat van oorlog, terwijl de «feitelijke» staat van oorlog al vier jaar was afgelopen, werd in de rechtsleer bekritiseerd. Ch. Huberlant had het over een «dénaturation» van het begrip «staat van oorlog»⁶¹. Die werd overigens vooral in stand gehouden om daardoor het uitzonderingsregime en met name de rechtsmacht van de militaire rechtscolleges te verlengen.

⁵⁶ Voir art. 58 du Code de procédure militaire et art. 2, alinéa 2, de la loi du 20 mai 1994 relative à la mise en oeuvre des forces armées, à la mise en condition, ainsi qu'aux périodes et positions dans lesquelles le militaire peut se trouver: «*La période de guerre est, pour l'ensemble de forces armées, la période qui, en cas de conflit international, débute et prend fin aux moments fixés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres.*»; voir K. Callebaut, «De staat van oorlog en de staat van beleg», *T.B.P.*, 1959, 280; R. Ergec, «L'état de nécessité en droit constitutionnel belge», *op. cit.*, p. 160.

⁵⁷ A.R. du 31 juillet 1914 mettant l'armée sur le pied de guerre, *M.B.*, 2 août 1914.

⁵⁸ A.R. du 2 juillet 1919 mettant l'armée sur le pied de la paix, *M.B.*, 13 juillet 1919 (l'armée est mise sur le pied de la paix à dater du 30 septembre 1919).

⁵⁹ A.R. du 26 août 1939 relatif à la mobilisation de l'armée, *M.B.*, 27 août 1939.

⁶⁰ Arrêté du Régent du 1^{er} juin 1949 remettant l'armée sur pied de paix, *M.B.*, 5 juin 1949 (l'armée est remise sur le pied de la paix à la date du 15 juin 1949).

⁶¹ Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», *op. cit.*, 424.

⁵⁶ Zie art. 58 van het Wetboek van militaire strafrechtspleging en art. 2, tweede lid, wet 20 mei 1994 betreffende de aanwending van de krijgsmacht, de paraatstelling, alsook betreffende de periodes en de standen waarin de militair zich kan bevinden: «De periode van oorlog is voor het geheel van de krijgsmacht de periode die, in geval van een internationaal geschil, begint en eindigt op de tijdstippen die door de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit worden vastgelegd.» Zie K. Callebaut, «De staat van oorlog en de staat van beleg», *T.B.P.*, 1959, 280; R. Ergec, «*L'Etat de nécessité en droit constitutionnel belge*», *o.c.*, p. 160.

⁵⁷ K.B. 31 juli 1914 waarbij het leger op voet van oorlog wordt gebracht, *B.S.*, 2 augustus 1914.

⁵⁸ K.B. 2 juli 1919 waarbij het leger op vredesvoet wordt gesteld, *B.S.*, 13 juli 1919. (leger vanaf 30 september 1919 op vredesvoet gebracht).

⁵⁹ K.B. 26 augustus 1939 waarbij het leger op voet van oorlog wordt gebracht, *B.S.*, 27 augustus 1939.

⁶⁰ R.B. 1 juni 1949 waarbij het leger op vredesvoet wordt teruggebracht, *B.S.*, 5 juni 1949. (leger van 15 juni 1949 op vredesvoet teruggebracht).

⁶¹ Ch. Huberlant, «*Etat de siège et légalité d'exception en Belgique*», *o.c.*, 424;

27. Il est toutefois ressorti, en 1993, du texte de l'article 167, § 2, alinéa 2, révisé, et surtout des discussions relatives à la révision de l'article 157, alinéa 1^{er}, de la Constitution que le Roi ne peut juridiquement instaurer l'état de guerre qu'après avoir constaté que le pays se trouve, de fait, en état de guerre.⁶² Le mot «constate» repris à l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, semble indiquer que la décision du Roi est de nature déclarative et non constitutive. Il «constate» l'état de guerre (déclaratif), il ne l'«établit» pas (constitutif). Cette interprétation a été confirmée par le ministre de la Justice lors de la discussion de l'article 157, alinéa 1^{er}, relatif aux tribunaux militaires en cas d'état de guerre.⁶³ Il ressort de ses déclarations et de celles de son collaborateur que le Roi établit, certes, l'état de guerre juridique, mais qu'il ne peut le faire que lorsqu'il a constaté, dans les faits, un état de guerre. Ceci suppose qu'une série de «conditions» soient réunies. Ainsi, il doit s'agir d'un conflit dans le cadre duquel la Belgique elle-même est attaquée. Il peut également s'agir d'un conflit impliquant la Belgique en vertu des obligations internationales de celle-ci. Tout conflit impliquant le recours aux armes n'équivaut toutefois pas à une guerre. Il doit plutôt s'agir d'un «conflit généralisé dans lequel l'État est entraîné et qui l'amène à mettre des ressources à la disposition des forces armées.»

⁶² Naturellement, il doit alors être possible de passer préalablement à la mobilisation, en cas de menace de guerre, et de préparer l'«état de guerre».

⁶³ Voir le débat entre le ministre de la Justice, le parlementaire Pieters et un collaborateur du ministre, *doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 1914/3, p. 9-10: «Le ministre de la Justice affirme que la notion d'«état de guerre» est une notion juridique. Plusieurs conditions doivent être remplies avant que le gouvernement puisse prendre un tel arrêté. Le collaborateur du ministre précise qu'il peut y avoir conflit quand on constate de façon objective soit qu'on est attaqué soit que suite aux obligations internationales contractées, la Belgique se trouve engagée dans un conflit. Mme Fauzaya Talhaoui (Agalev-Ecolo) demande si le conflit doit avoir lieu sur le territoire de la Belgique ou si l'on peut être en état en guerre en cas d'envoi de militaires belges dans le cadre d'un conflit à l'étranger. (...) Le collaborateur du ministre répond que l'éventualité d'un conflit sur le territoire de la Belgique est sans doute devenue invraisemblable mais il s'agit d'un élément objectif. Dans ce cas, un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres peut déclarer l'état de guerre. En cas de conflit à l'étranger, tant que les forces armées n'ont pas besoin des dispositions particulières qu'entraîne la déclaration de l'état de guerre (réquisition, mobilisation, ...) il n'y a pas de raison de le déclarer. Par ailleurs, il y a lieu de faire une distinction entre l'usage des armes et la violence qu'il engendre dans des conflits locaux et le conflit généralisé dans lequel l'État est entraîné et qui l'amène à mettre des ressources à la disposition des forces armées. Tant que la Belgique participe à des opérations de maintien de la paix ou de rétablissement de la paix qui entraînent éventuellement l'usage des armes, la Belgique n'est pas en état de guerre.»

27. Uit de tekst van het herziene artikel 167, par. 2, tweede lid, in 1993, en vooral uit de besprekingen bij de herziening van artikel 157 eerste lid van de Grondwet is echter gebleken dat de Koning de juridische staat van oorlog slechts kan instellen, nadat hij de feitelijke staat van oorlog heeft vastgesteld.⁶² Het woord «vaststelling» in artikel 167, par. 1, tweede lid, lijkt er op te wijzen dat de beslissing van de Koning een declaratief en niet een constitutief karakter heeft. Hij stelt de staat van oorlog «vast» (declaratief), hij stelt die niet «in». (constitutief) Deze interpretatie werd tijdens bespreking van artikel 157, eerste lid, over de militaire gerechten in geval van staat van oorlog, bevestigd door de minister van justitie.⁶³ Uit zijn verklaringen en deze van zijn medewerker blijkt dat de Koning weliswaar de juridische staat van oorlog instelt, doch dat hij dit slechts kan wanneer hij eerst een feitelijke staat van oorlog heeft vastgesteld. Daartoe dienen een aantal «voorwaarden» vervuld te zijn. Het moet gaan om een «conflit dat op objectieve wijze wordt vastgesteld». Het kan gaan om een conflict waarbij België zelf wordt aangevallen. Het kan ook gaan om een conflict waarbij België als gevolg van zijn internationale verplichtingen is betrokken. Elk conflict waarin wapens gebruikt worden, impliceert nog niet dat er een oorlog is. Het dient veeleer te gaan om een «alomvattend conflict waarin de Staat verwickeld is en waardoor hij genooddaakt wordt de strijdkrachten middelen ter beschikking te stellen.»

⁶² Uiteraard moet het dan wel mogelijk zijn vooraf, bij een oorlogsdreiging, tot mobilisatie over te gaan en de «staat van oorlog» voor te bereiden.

⁶³ Zie het debat tussen de minister van Justitie, Kamerlid Pieters en een medewerker van de minister, *Parl. St.*, Senaat, 2002-2003, 1914/3, p. 9-10: «De minister van Justitie stipt aan dat het begrip «staat van oorlog» een juridisch begrip is en dat verschillende voorwaarden moeten vervuld zijn alvorens de regering een dergelijk koninklijk besluit mag vaststellen. De medewerker van de minister preciseert dat er een conflict kan bestaan als men op objectieve wijze vaststelt dat men wordt aangevallen of dat België als gevolg van zijn internationale verplichtingen bij een conflict betrokken is. Mevrouw Fauzaya Talhaoui vraagt of het conflict moet plaatshebben op het Belgisch grondgebied, dan wel of de staat van oorlog ook kan gelden ingeval Belgische militairen naar een buitenlands conflict worden gestuurd. (...) De medewerker van de minister antwoordt dat een conflict op Belgische bodem wellicht niet langer waarschijnlijk is, maar dat het hier om een objectief aspect gaat. Zo nodig kan de staat van oorlog worden afgekondigd bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. In geval van buitenlands conflict is er geen reden om de staat van oorlog af te kondigen zolang de strijdkrachten geen behoefte hebben aan de specifieke schikkingen waar de staat van oorlog aanleiding toe geeft (vordering, mobilisatie...) Overigens behoort een onderscheid te worden gemaakt tussen, enerzijds, het gebruik van wapens en het daarmee gepaard gaande geweld in lokale conflicten en, anderzijds, een alomvattend conflict waarin de Staat verwickeld is en waardoor hij genooddaakt wordt de strijdkrachten middelen ter beschikking te stellen. Zolang ons land alleen maar deelneemt aan operaties tot vredeshandhaving of tot herstel van de vrede, waarbij het gebruik van wapens evenwel niet uitgesloten is, bevindt het zich niet in staat van oorlog.»

28. Même si l'on considère que la dérogation au titre II de la Constitution est autorisée en temps de guerre, il convient bien entendu de respecter l'article 167, alinéa 2, de la Constitution. Celui-ci accorde au Roi la compétence de constater l'état de guerre. Par le passé, il a plusieurs fois été proposé de réviser la Constitution en vue de subordonner la mise en œuvre des forces armées à l'accord préalable des Chambres.⁶⁴ Ces propositions n'ont toutefois jamais abouti, même si ce fut presque le cas en 1971. À l'époque, la commission de révision de la Constitution du Sénat adopta un nouveau texte de l'article 68 de la Constitution, dont le § 2 était libellé comme suit: «(...) le Roi déclare que l'état de guerre existe à l'égard d'un autre État. Cette déclaration doit recevoir l'assentiment préalable des Chambres, sauf si celles-ci ne peuvent être réunies immédiatement; dans ce cas, la déclaration est communiquée aux Chambres qui se réunissent aussitôt que les circonstances le permettent.»⁶⁵ Il serait certainement judicieux d'envisager, comme c'est le cas dans de nombreux autres pays européens⁶⁶, d'accroître le caractère démocratique de la mise en œuvre des forces armées en exigeant, dans la Constitution, que les Chambres doivent, si possible, donner préalablement leur assentiment, tant pour la «constatation de l'état de guerre» que pour la «mise en œuvre des forces armées dans un conflit armé».

28. Voorzover de afwijking van titel II van de Grondwet mogelijk wordt gemaakt in tijd van oorlog, dient uiteraard artikel 167, tweede lid, van de Grondwet te worden geëerbiedigd. Dit verleent de Koning de bevoegdheid de staat van oorlog vast te stellen. In het verleden is reeds herhaaldelijk voorgesteld om de Grondwet te herzien teneinde de aanwending van de krijgsmacht aan een voorafgaande instemming van de Kamers te onderwerpen.⁶⁴ Die voorstellen hebben het echter nooit gehaald, al was dat in 1971 bijna wel het geval. De Senaatscommissie tot herziening van de Grondwet nam toen een nieuwe tekst van artikel 68 van de Grondwet aan, waarvan de paragraaf 2 als volgt luidde: «De Koning kan niet verklaren dat België in oorlog is dan na voorafgaande toestemming van de Kamers. Indien de Kamers niet kunnen bijeengeroepen worden is hun toestemming vereist zodra zij kunnen beraadslagen.»⁶⁵ Het verdient zeker aanbeveling te overwegen om, net zoals in tal van andere Europese landen⁶⁶, het democratisch gehalte van de aanwending van de krijgsmacht te verhogen door in de Grondwet te vereisen dat de Kamers, indien mogelijk, voorafgaandelijk hun instemming dienen te verlenen zowel bij de «vaststelling van de staat van oorlog», als bij het inzetten van de krijgsmacht in een gewapend conflict».

⁶⁴ Voir Ch. Huberlant, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», *op. cit.*, p. 423: «Il serait plus conforme à l'économie de la Constitution de réserver au pouvoir législatif la prérogative d'instaurer ce régime d'exception.»; W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Etats d'exception et la Constitution belge», *op. cit.*, p. 123. Voir également les propositions de révision de la Constitution, *doc. parl.*, Chambre, 1984-85, 17 juin 1985, 10-13/1° (Vandenbossche et Tobback); *doc. parl.*, Sénat, 1984-85, n° 16/1° (Wyninckx, Boel et Egelmeeers); *doc. parl.*, Chambre, S. E., 1991-92, 493/1 (Van Rossem); *Annales*, Sénat, 1992-93, 8 décembre 1992, p. 744 et 746; *doc. parl.*, Chambre, 1992-93, 797/3, p. 10; *doc. parl.*, Sénat, 1993-94, 1157/1 (Lozie c.s.).

⁶⁵ Rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution par M. Van Bogaert, *doc. parl.*, Sénat, 1970-71, n° 596.

⁶⁶ Pour un aperçu, voir H.G. De Jong, «De oorlogsverklaring in het internationale en het nationale recht», *RM. Themis*, 1990/3, p. 100-114; voir aussi E. Vandenbossche, «Het inzetten van strijdkrachten en de voorafgaande parlementaire toestemming», in A. De Becker, G. Laenen, M. Van Damme et E. Vandenbossche, *De Grondwet en het inzetten van strijdkrachten*, *op. cit.*, Antwerpen, Maklu, 2005, 175-206.

⁶⁴ Zie Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», *op. cit.*, p. 423: «Il serait plus conforme à l'économie de la Constitution de réserver au pouvoir législatif la prérogative d'instaurer ce régime d'exception.»; W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Etats d'exception et la Constitution belge», *op. cit.*, p. 123. Zie ook de voorstellen tot herziening van de Grondwet, *Parl. St.*, Kamer, 1984-85, 17 juni 1985, 10-13/1° (Vandenbossche en Tobback); *Parl. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 16/1° (Wyninckx, Boel en Egelmeeers); *Parl. St.*, Kamer, B.Z., 1991-92, 493/1 (Van Rossem); *Hand.*, Senaat, 1992-93, 8 december 1992, p. 744, 746; *Parl. St.*, Kamer, 1992-93, 797/3, p. 10; *Parl. St.*, Senaat, 1993-94, 1157/1, (Lozie c.s.).

⁶⁵ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet uitgebracht door de h. Van Bogaert, *Parl. St.*, Senaat, 1970-71, nr. 596.

⁶⁶ Zie voor een overzicht H.G. De Jong, «De oorlogsverklaring in het internationale en het nationale recht», *RM. Themis*, 1990/3, p. 100-114; Zie ook E. Vandenbossche, «Het inzetten van strijdkrachten en de voorafgaande parlementaire toestemming», in A. De Becker, G. Laenen, M. Van Damme en E. Vandenbossche, *De Grondwet en het inzetten van strijdkrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 175-206.

B. Suspension «en cas d'autre danger public»

29. Pour caractériser la notion de «danger public», la définition donnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lawless* est une fois encore déterminante. Il doit s'agir d'une situation de crise qui existe déjà ou qui risque d'apparaître. Le mot «imminent» précise que la menace, le risque de crise doit être réel au point que l'on peut s'attendre à une explosion soudaine.⁶⁷ La situation de crise doit en outre revêtir un caractère exceptionnel. Selon la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire grecque, «exceptionnel» signifie en l'espèce que les mesures ou restrictions ordinaires pour assurer la sécurité, la santé et l'ordre public, sont manifestement insuffisantes.⁶⁸ La crise doit également menacer l'ensemble de la population ou de la nation. Dans l'affaire *Lawless*, il s'est toutefois avéré qu'une situation de crise existante qui se développe sur une partie du territoire d'un État contractant pouvait, selon la Commission et la Cour, mettre en péril l'ensemble de la nation.⁶⁹ La crise doit constituer une menace pour la vie organisée de la communauté. La doctrine cite à cet égard:⁷⁰

- une menace de guerre
- une menace pour l'indépendance et l'intégrité territoriale d'un État
- une guerre civile
- une révolution visant le renversement de l'État de droit démocratique
- une menace pour le fonctionnement correct des institutions et une conjuration contre le régime démocratique
- des troubles de l'ordre public à grande échelle
- des attaques terroristes
- des catastrophes naturelles graves
- une menace pour la survie physique d'un peuple en le privant de son approvisionnement en nourriture
- des catastrophes nucléaires.

B. Schorsing «in geval van een andere algemene noodtoestand»

29. Voor de bepaling van het begrip «algemene noodtoestand» is de definitie die het Europees Hof voor de rechten van de Mens aan dit begrip gaf in de *Lawless*-zaak nog steeds doorslaggevend. Het moet gaan om een crisistoestand die reeds is ontstaan of dreigt te ontstaan. Het woord «imminent» - nakend - drukt uit dat de dreiging, het gevaar voor een crisis dusdanig reëel moet zijn dat een spoedige uitbarsting mag worden verwacht.⁶⁷ Het moet daarenboven gaan om een uitzonderlijke crisissituatie. Volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de Griekse Zaak betekent «uitzonderlijk» hier dat normale maatregelen niet volstaan om de openbare veiligheid, de gezondheid en de orde te handhaven en de crisis te beheersen.⁶⁸ De crisis moet ook de hele bevolking of de hele natie bedreigen. In de zaak *Lawless* is echter gebleken dat een crisissituatie die ontstaan is en zich ontwikkelt op een deel van het territorium van een verdragsstaat, volgens de Commissie en het Hof de hele natie in gevaar kan brengen.⁶⁹ De crisis moet het georganiseerde gemeenschapsleven bedreigen. In de rechtsleer worden genoemd:⁷⁰

- een oorlogsdreiging
- een bedreiging van de onafhankelijkheid en de territoriale integriteit van een Staat
- een burgeroorlog
- een revolutie met het oog op het omverwerpen van de democratische rechtsstaat
- en bedreiging van de behoorlijke werking van de instellingen door en samenzwering tegen het democratisch regime
- inlandse ordeverstoring op grote schaal
- terroristische aanslagen
- ernstige natuurrampen
- een bedreiging van het fysieke voortbestaan van een volk door het afsnijden van de bevoorrading in levensmiddelen
- nucleaire rampen

⁶⁷ Comm. eur. D. H. (Rapp.) 5 novembre 1969, *Affaire grecque*, Ann. XII, par. 152-154.

⁶⁸ Comm. eur. D. H. (Rapp.) 5 novembre 1969, *Affaire grecque*, Ann. XII, par. 153.

⁶⁹ Cour eur. D. H., 1^{er} juillet 1961, *concernant Lawless*, Publ. Cour, Série A, n° 3.; Comm. eur. D. H., 19 décembre 1959, *concernant Lawless*, Publ. Cour, Série B, n° 1, par. 92.

⁷⁰ Voir les renvois dans J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., II, p. 824-825; Y. Haecck et J. Vande Lanotte, *Handboek EVRM*, op. cit., II, p. 205.

⁶⁷ E.C.R.M. (Rapp.) 5 november 1969, Griekse Zaak, Ann. XII, par. 152-154.

⁶⁸ E.C.R.M., (Rapp.), 5 november 1969, Griekse zaak, Ann. XII, par. 153.

⁶⁹ E.H.R.M., 1 juli 1961, inzake *Lawless*, Publ. Cour, Série A, nr. 3.; E.C.R.M., 19 december 1959, inzake *Lawless*, Publ. Cour, Série B, nr. 1, par. 92.

⁷⁰ Zie de verwijzingen in J. Velaers *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, o.c., II, p. 824-825; Y. Haecck en J. Vande Lanotte, *Handboek EVRM*, o.c., II, p. 205.

30. Il revient au constituant de déterminer si la notion, malgré tout assez large, de «danger public» peut justifier une suspension des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Dans la doctrine belge, il existe deux points de vue différents à ce propos.⁷¹ Certains auteurs soulignent que les possibilités offertes par la Constitution de limiter les droits fondamentaux doivent suffire à faire face, en temps de paix, à tous les dangers auxquels est confrontée la Nation, que la prévision d'une possibilité de suspension en cas «d'autre danger public» peut représenter un danger pour l'état de droit démocratique, étant donné que cette notion est intrinsèquement vague et pourrait donc être interprétée de plusieurs manières, et qu'elle pourrait être utilisée par un gouvernement ne bénéficiant plus du soutien de la population.⁷² D'autres auteurs soulignent pour leur part que tant les conventions internationales que les autres constitutions nationales précisent à juste titre que «la vie de la nation» peut être menacée non seulement par une guerre, mais aussi par d'autres états d'urgence comparables en intensité. Selon ces auteurs, plutôt que pratiquer la politique de l'autruche, il est préférable de prévoir la possibilité de suspendre les droits fondamentaux, y compris dans de telles situations, tout en prévoyant des garanties suffisantes pour combattre les abus.⁷³

31. Pour autant que l'on permette de déroger au Titre II de la Constitution «en cas de tout autre danger public», la Constitution doit stipuler quelle autorité peut déterminer cet «autre danger public». Confier cette tâche aux chambres législatives fédérales s'incrimerait dans l'esprit de la Constitution. Celles-ci peuvent ou bien constater elles-mêmes, dans un cas particulier, qu'il y a un «danger public» («par la loi»), ou bien définir d'une façon générale la notion de danger public et déterminer sa procédure de mise en œuvre, dans le cadre de la Constitution («en vertu d'une loi»). Ajoutons que selon l'article 4, 1, du PIDCP, le danger public doit être proclamé par un acte officiel.⁷⁴ Cela doit également, nous semble-t-il, figurer, s'il échet, dans la disposition constitutionnelle.

30. Het komt aan de grondwetgever toe om te bepalen of een dergelijk toch vrij ruim begrip «algemene noodtoestand» een verantwoording kan bieden om een schorsing van de door de Grondwet gewaarborgde grondrechten te verantwoorden. In de Belgische rechtsleer worden hierover twee verschillende standpunten ingenomen.⁷¹ Sommige auteurs beklemtonen dat de mogelijkheden die de Grondwet biedt om de grondrechten te beperken moeten volstaan om in vredetijd het hoofd te bieden aan allerlei gevaren die de Natie loopt en dat het voorzien van een mogelijkheid tot schorsing in geval van «enige andere algemene noodtoestand» een gevaar kan betekenen voor de democratische rechtsstaat, nu dit begrip intrinsiek vaag en bijgevolg voor ruime interpretatie vatbaar zou kunnen zijn en zou kunnen worden aangewend door een regering die niet meer de steun van de bevolking geniet.⁷² Andere auteurs beklemtonen dan weer dat zowel de internationale verdragen en andere nationale grondwetten terecht duidelijk maken dat het «bestaan van het volk» niet alleen door een oorlog, doch ook door andere in intensiteit vergelijkbare noodtoestanden kan worden bedreigd en dat het geen zin heeft hiervoor het «hoofd in het zand» te steken, doch dat het veeleer erop aankomt de mogelijkheid van schorsing van de grondrechten, ook in dergelijke situaties mogelijk te maken, doch met voldoende waarborgen te omgeven om misbruiken tegen te gaan.⁷³

31. Voorzover de afwijking van titel II van de Grondwet mogelijk wordt gemaakt «in enige andere algemene noodtoestand», dient de Grondwet te bepalen welke overheid die «andere algemene noodtoestand» kan vaststellen. Het zou in de geest van de Grondwet zijn dat dit aan de federale wetgevende kamers zou toekomen. Deze kunnen hetzij zelf, in een bijzondere geval vaststellen dat er een «algemene noodtoestand» is («door de wet»), hetzij in het algemeen de algemene noodtoestand nader omschrijven en de procedure tot instelling ervan, binnen het raam van de Grondwet, bepalen («krachtens een wet»). Vermelden we hierbij nog dat volgens artikel 4, 1, van het IVBPR de noodtoestand officieel dient te worden afgekondigd.⁷⁴ Ook dit dient o.i. desnoods in de grondwettelijke bepaling te worden opgenomen.

⁷¹ Voir à ce propos le débat qui a eu lieu à l'occasion de l'exposé de W.J. Ganshof van der Meersch, *De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand*, op. cit., p. 72 et p. 176.

⁷² Voir W.J. Ganshof van der Meersch et M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», op. cit., p. 104-106.

⁷³ Voir Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», op. cit.

⁷⁴ Voir à ce sujet, Cour eur. D.H., 26 mai 1993, *Brannigan et Mc. Bride c. Royaume-Uni*, Publ. Cour., Série A, n° 258-B, §§ 72-74.

⁷¹ Zie daarover het debat naar aanleiding van het referaat van W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand», o.c., p. 72 en p. 176.

⁷² Zie W.J. Ganshof van der Meersch en M. Diderich, «Les états d'exception et la Constitution belge», o.c., p. 104-106.

⁷³ Zie Ch. Huberlant, «Etat de siège et légalité d'exception en Belgique», o.c.,

⁷⁴ Zie daarover, EHRM, 26 mei 1993, inzake *Brannigan en Mc. Bride t. VK*, Publ. Cour., Série A, nr. 258-B, par. 72-74.

2. Droits fondamentaux inaliénables

32. Tant l'article 15 de la CEDH que l'article 4 du PIDCP indiquent une série de droits fondamentaux auxquels il ne peut être dérogé, même en temps de guerre ou en cas de tout autre danger public. Ces droits sont dits «*Notstandfest*».

Sont ainsi expressément cités, à l'article 15 de la CEDH ou d'un protocole additionnel:

- l'art. 2 relatif au droit à la vie, sauf en cas de décès résultant d'actes de guerre permis
- l'art. 3 relatif à l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants
- l'art. 4, alinéa 1^{er}, relatif à l'interdiction de l'esclavage ou de la servitude
- l'art. 7 relatif à l'interdiction de l'effet rétroactif en matière pénale
- l'art. 1^{er}, protocole n°6, relatif à l'abolition de la peine de mort
- l'art. 4, protocole n°7, relatif à l'interdiction de poursuivre pénalement quelqu'un en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné
- l'art. 1^{er}, protocole n° 13, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances

33. La jurisprudence et la doctrine y ajoutent judicieusement un certain nombre de principes qui doivent toujours être respectés lors de l'application de la CEDH et donc également lors de l'application de l'article 15 de celle-ci⁷⁵. Il s'agit des principes repris à:

- l'art. 14, relatif à l'interdiction de discrimination: en cas d'application de l'art. 15 également, aucune mesure dérogatoire et discriminatoire ne peut être prise (voir également l'art. 4, 1, PIDCP)
- l'art. 17, relatif à l'interdiction de l'abus de la CEDH: il est également interdit d'abuser de l'art. 15 afin d'instaurer, par exemple, un régime non démocratique représentant précisément une menace pour les droits et libertés.
- l'art. 18, sur l'interdiction du détournement de pouvoir: l'application de l'art. 15 ne peut être détournée de l'objectif d'assurer la pérennité de l'état de droit démocratique.
- l'art. 53, relatif à la primauté de la réglementation offrant la protection la plus étendue.

⁷⁵ Voir J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., II, p. 829; Y. Haecck et J. Vande Lanotte, *Handboek EVRM*, op. cit., Tome II, p. 200-201, 206.

2. Onaantastbare grondrechten

32. Zowel artikel 15 van het EVRM als artikel 4 van het IVBPR duiden een aantal grondrechten aan, waarvan ook ten tijde van oorlog of van enige andere algemene noodtoestand niet kan worden afgeweken. Het gaat om de zgn. «*notstandfeste*» rechten.

In artikel 15 van het EVRM of een aanvullend protocol worden aldus uitdrukkelijk genoemd:

- art. 2 over het recht op leven, behalve ingeval van dood als gevolg van geoorloofde oorlogshandelingen
- art. 3 over het verbod van foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen
- art. 4, eerste lid, over het verbod van slavernij of dienstbaarheid
- art. 7, over het verbod van terugwerkende kracht in strafzaken
- art. 1, zesde protocol over de afschaffing van de doodstraf in vredestijd
- art. 4, zevende protocol over het verbod om iemand strafrechtelijk te vervolgen voor een misdrijf waarvoor hij reeds werd veroordeeld of vrijgesproken
- art. 1, dertiende protocol over de afschaffing van de doodstraf in alle omstandigheden

33. In de rechtspraak en/of de rechtsleer worden daaraan terecht nog een aantal beginselen toegevoegd die bij de toepassing van het EVRM steeds dienen te worden geëerbiedigd, en dus ook bij de toepassing van artikel 15 van het EVRM.⁷⁵ Het gaat om de beginselen vervat in:

- art. 14, over het verbod van discriminatie: ook bij toepassing van art. 15 mogen geen discriminerende afwijkende maatregelen worden genomen (zie ook art. 4, 1, IVBPR)
- art. 17, over het verbod van misbruik van het EVRM: ook art. 15 mag niet misbruikt worden om bv. een antidemocratisch regime te vestigen dat precies een bedreiging vormt voor de rechten en vrijheden.
- art. 18, over het verbod van machtsafwendings: de toepassing van art. 15 mag niet worden afgewend van het doel het voortbestaan van de democratische rechtsstaat te verzekeren.
- art. 53, over de voorrang van de meest beschermende regelgeving.

⁷⁵ Zie J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, o.c., II, p. 829; Y. Haecck en J. Vande Lanotte, *Handboek EVRM*, o.c., deel II, p. 200-201, 206.

34. À l'article 4 du PIDCP, il est expressément fait mention de:

- l'art. 6, relatif au droit à la vie et à la peine de mort
- l'art. 7, relatif à l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et à l'interdiction de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.
- l'art. 8, alinéas 1^{er} et 2, relatif à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude
- l'art. 11, relatif à l'interdiction de l'emprisonnement aux fins d'exécuter des obligations
- l'art. 15, relatif à l'interdiction de l'effet rétroactif en matière pénale
- l'art. 16, relatif au droit à la reconnaissance de la personnalité
- l'art. 18, relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

35. En cas d'insertion, dans la Constitution belge, d'une disposition concernant la suspension de droits fondamentaux, il est recommandé d'y prévoir à tout le moins que les droits analogues ne peuvent davantage être suspendus. Nous estimons qu'il convient au moins de reprendre parmi ceux-ci:

- l'art. 14, *bis*, relatif à l'abolition de la peine de mort (art. 1^{er}, protocole n°6 et art. 1^{er}, protocole n°13 de la CEDH)
- l'art. 18, relatif à l'abolition de la mort civile (art. 3 CEDH et art. 7 PIDCP)
- l'art. 19 relatif à la liberté des cultes et de leur exercice public, du moins en ce qui concerne les conditions limitatives qui figureront dans la disposition transversale en la matière (voir la note sur l'insertion d'une clause constitutionnelle transversale sur les restrictions des droits et libertés). Ces conditions correspondent en effet à celles que prévoit l'article 18.3 du PIDCP
- l'art. 20, relatif à la liberté de culte «négative» (art. 18.2 du PIDCP).

Le constituant devra réfléchir sur la question de savoir s'il convient de rendre «*Notstandfest*» encore d'autres droits fondamentaux ou garanties. C'est ainsi que le constituant devra se demander s'il ne conviendrait pas également de rendre «*Notstandfest*» une série de garanties en cas de privation de liberté (art. 5 CEDH) et une série de principes de bonne administration de la justice (art. 6 CEDH).

36. Pour inscrire également les principes *Notstandfest* dans la Constitution, il est, selon nous, préférable de préciser expressément dans la disposition à reprendre:

- que les mesures de suspension doivent être prises sans établir de discrimination (art. 14 CEDH);

34. In artikel 4 van het IVBPR worden uitdrukkelijk vermeld:

- art. 6, over het recht op leven en de doodstraf
- art. 7, over het verbod van wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing en het verbod om iemand zonder zijn toestemming aan medische of wetenschappelijke proefnemingen te onderwerpen
- art. 8, eerste en tweede lid, over het verbod van slavernij en dienstbaarheid
- art. 11, over het verbod van gevangenneming om te dwingen tot het nakomen van verplichtingen
- art. 15, over het verbod van terugwerkende kracht in strafzaken
- art. 16, over het recht op erkenning als persoon
- art. 18, over de vrijheid van denken, geweten en godsdienst.

35. Zo er in de Belgische Grondwet een bepaling over de schorsing van grondrechten wordt opgenomen, is het aangewezen daarin minstens te bepalen dat de analoge rechten evenmin kunnen worden geschorst. Het gaat o.i. dan minstens om:

- art. 14, *bis* over de afschaffing van de doodstraf (art. 1 zesde protocol en art. 1 dertiende protocol bij het EVRM)
- art. 18, over de afschaffing van de burgerlijke dood (art. 3 EVRM en art. 7 IVBPR)
- art. 19, over de vrijheid van eredienst en de vrije openbare uitoefening ervan, althans wat betreft de beperkingsvoorwaarden die in de transversale bepaling ter zake zullen zijn bepaald (zie de vorige nota over «de beperkingen van rechten en vrijheden»). Deze voorwaarden komen immers overeen met deze van artikel 18.3 van het IVBPR
- art. 20, over de zgn. «negatieve» vrijheid van eredienst (art. 18.2. IVBPR)

De grondwetgever zal er zich over dienen te beraden of nog andere grondrechten of waarborgen «*notstandfest*» dienen te worden gemaakt. Zo dient de grondwetgever zich erover te beraden of het ook niet wenselijk is dat een aantal waarborgen bij vrijheidsberoving (art. 5 EVRM) en een aantal beginselen van behoorlijke rechtsbedeling (art. 6 EVRM) «*notstandfest*» dienen te worden gemaakt.

36. Om ook de *notstandfeste*-beginselen in de Grondwet op te nemen wordt o.i. best uitdrukkelijk in de op te nemen bepaling gepreciseerd:

- dat de schorsingsmaatregelen zonder discriminatie moeten worden genomen (art. 14 EVRM)

– que les mesures de suspension ne peuvent être prises abusivement afin de détruire des droits et des libertés, mais qu'elles sont destinées à assurer la pérennité de l'État de droit démocratique en temps de guerre (ou en cas d'autre danger public) (art. 17 et 18 CEDH)

3. Dérogation «niet verder dan de toestand vereist» (pas au-delà de ce qu'exige la situation)

37. Tant le texte néerlandais de l'article 15.1 de la CEDH que celui de l'article 4.1 du PIDCP prévoient que les mesures dérogatoires «niet verder gaan dan de toestand vereist». Il ressort des textes anglais et français authentiques de ces dispositions que cette traduction néerlandaise n'est pas tout à fait adéquate. Ces mesures doivent, d'après ces textes, être «*strictly required*» ou «strictement nécessaires». Sans doute les termes «*strikt vereist*» ou «*absoluut noodzakelijk*» sont-ils une meilleure traduction. Il est en tout cas manifeste que cette exigence est nettement plus stricte que les termes «nécessaires (dans une société démocratique)» figurant à l'alinéa 2 des articles 8 à 11. L'exigence «*strictly required*»/«strictement nécessaire» implique un contrôle de la proportionnalité des mesures dérogatoires.⁷⁶

38. «Strictement nécessaire» signifie en premier lieu qu'il doit y avoir nécessité de prendre des mesures dérogatoires pour faire face à la situation de guerre ou de danger public existante ou imminente.

39. Il doit également exister un lien concret entre les mesures dérogatoires et la situation de crise. Les mesures doivent être appropriées et de nature à juguler ou limiter la crise qu'elles visent. Des mesures inefficaces ne sont bien évidemment pas «strictement nécessaires»/«*strictly required*». Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour a toutefois souligné qu'il lui faut statuer à la lumière non d'un examen purement rétrospectif de l'efficacité de la mesure dérogatoire, mais des conditions et circonstances dans lesquelles elle a été prise à l'origine et appliquée par la suite.⁷⁷

⁷⁶ Voir Cour eur. D.H., 26 mai 1993, en cause *Brannigan et Mc. Bride contre Royaume-Uni*, Publ. Cour, Série A, n° 258-B, par. 54; voir S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 88-89, n° 101.

⁷⁷ Cour eur. D.H., 18 janvier 1978, affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, Publ. Cour., Série A, n° 25, § 213.

– dat de schorsingmaatregelen niet mogen worden misbruikt om de rechten en vrijheden te vernietigen, doch dat ze bestemd zijn om het voortbestaan van de democratische rechtsstaat in tijden van oorlog (of andere algemene noodtoestand) te verzekeren (art. 17 en 18 EVRM)

3. Afwijking «niet verder dan de toestand vereist»

37. Zowel artikel 15.1 van het EVRM als art. 4.1 van het IVBPR schrijven voor dat de afwijkende maatregelen «niet verder gaan dan de toestand vereist». Uit de authentieke Engelse en Franse tekst van deze bepalingen blijkt dat deze Nederlandse vertaling niet geheel adequaat is. De maatregelen dienen volgens deze teksten «*strictly required*» of «*strictement nécessaire*» te zijn. Wellicht is «strikt vereist» of «absoluut noodzakelijk» een betere vertaling. Het is in ieder geval duidelijk dat deze vereiste beduidend strenger is dan het «nodig (in een democratische samenleving)» uit het tweede lid van de artikelen 8 tot 11. De vereiste «*strictly required*»/«*strictement nécessaire*» impliceert een controle van de proportionaliteit van de afwijkende maatregelen.⁷⁶

38. «Absoluut noodzakelijk» betekent in de eerste plaats dat er een noodzaak dient te bestaan om de afwijkende maatregelen te nemen om aan de bestaande of dreigende oorlogs- of algemene noodtoestand het hoofd te bieden.

39. Er dient ook een concreet verband te bestaan tussen de afwijkende maatregelen en de crisissituatie. De maatregelen moeten geschikt, geëigend zijn om de crisis waartegen zij bedoeld zijn, te keren of in te perken. Ondoeltreffende maatregelen zijn uiteraard niet «*strictement nécessaires*»/«*strictly required*». In de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk* heeft het Hof er wel op gewezen dat dit niet beoordeeld dient te worden in het licht van een louter retrospectief onderzoek van de doeltreffendheid van de afwijkende maatregel, doch wel in het licht van de bijzondere omstandigheden waarin deze aanvankelijk werden genomen en nadien werden toegepast.⁷⁷

⁷⁶ Zie EHRM, 26 mei 1993, inzake *Brannigan en Mc. Bride t. V.K.*, Publ. Cour, Série A, nr. 258-B, par. 54; Zie S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 88-89, nr. 101.

⁷⁷ EHRM, 18 januari 1978, inzake *Ierland t. V.K.*, Publ. Cour, Série A, nr. 25, par. 213.

40. Les mesures doivent non seulement être appropriées, mais elles ne peuvent pas non plus dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire. À partir du moment où la menace ou la situation de crise cesse d'exister ou dès qu'il apparaît que les mesures ne sont plus efficaces, ou que les restrictions de la liberté ordinairement autorisées suffisent, les mesures dérogatoires doivent être levées.

41. Les dérogations ne peuvent être disproportionnées par rapport au résultat à atteindre. Le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* doit également être appliqué dans le contexte de l'article 15 de la CEDH. Il conviendra, à cet égard, de tenir compte de l'importance des garanties du droit fondamental pour le maintien de l'État de droit démocratique. Afin d'assurer le respect des conditions de dérogation, les mesures dérogatoires devront s'accompagner, dans la mesure du possible, de nouvelles garanties contre des abus potentiels en matière de dérogations. Cette nécessité est ressortie tant de l'affaire *Lawless*⁷⁸ que de l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*.⁷⁹ L'État contractant qui déroge aux garanties ordinaires offertes par la CEDH est tenu de prévoir des garanties alternatives contre les abus. Dans la dernière affaire citée, la Cour a toutefois explicitement laissé entendre qu'elle se montrait compréhensive lorsqu'un État confronté à un danger public ne procède que progressivement aux adaptations requises.

42. Il ressort de la maigre jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Commission européenne des droits de l'homme que les États disposent toutefois, dans l'application du critère «strictement nécessaire», d'une certaine «marge d'appréciation».⁸⁰

43. Si le constituant jugeait indiqué de prévoir une possibilité de «suspension des droits fondamentaux» en temps de guerre (et en cas d'autre danger public), il conviendrait d'inscrire explicitement dans la Constitution cette condition de «stricte nécessité».

40. De maatregelen moeten niet alleen geschikt zijn, ze mogen ook niet verder gaan dan de crisistoestand vereist. Van zodra de dreiging is geweken of de crisissituatie ophoudt te bestaan of van zodra blijkt dat de maatregelen niet meer doeltreffende zijn, of dat de gewone toegelaten beperkingen van de vrijheid kunnen volstaan, moeten de afwijkende maatregelen worden opgeheven.

41. De afwijkingen mogen niet buiten verhouding tot het te bereiken resultaat zijn. De proportionaliteitstoets s.s. dient ook in de context van artikel 15 van het EVRM te worden toegepast. Hierbij zal met het belang van de waarborgen van het grondrecht voor het instand houden van de democratische rechtsstaat rekening dienen te worden gehouden. Om de naleving van de afwijkingsvoorwaarden te verzekeren zullen afwijkende maatregelen, waar mogelijk gepaard dienen te gaan met nieuwe waarborgen tegen potentiële misbruiken van de afwijkingen. Dit is gebleken zowel in de *Lawless*-zaak⁷⁸ als in de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*.⁷⁹ De verdragsstaat die afwijkt van de normale waarborgen die het EVRM biedt, dient in alternatieve waarborgen tegen misbruiken te voorzien. Het Europees Hof heeft in de laatst genoemde zaak wel uitdrukkelijk laten blijken er begrip voor op te brengen dat een staat die geconfronteerd wordt met een algemene noodtoestand, slechts geleidelijk aan de nodige aanpassingen doorvoert.

42. Uit de schaarse rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van de Europese Commissie voor de rechten van de Mens blijkt dat de Staten bij de toepassing van de vereiste «*strictly required/strictement nécessaire*» wel over enige «*appreciatie-marge*» beschikken.⁸⁰

43. Indien de grondwetgever zou oordelen dat het aangewezen is een mogelijkheid tot «schorsing van de grondrechten» in tijd van oorlog (en algemene andere algemene noodtoestand) te voorzien is het aangewezen de vereiste dat deze schorsing «strikt noodzakelijk» is uitdrukkelijk in de Grondwet op te nemen.

⁷⁸ Cour eur. D. H., 1^{er} juillet 1961, *concernant Lawless*, Publ. Cour, Série A, n° 3, 37.

⁷⁹ Cour eur. D. H., 18 janvier 1978, *concernant Irlande c. Royaume-Uni*, Publ. Cour, Série A, n° 25, par. 220.

⁸⁰ Y. Haeck en J. Vande Lanotte, *op. cit.*, 209-214.

⁷⁸ EHRM, 1 juli 1961, inzake *Lawless*, Publ. Cour, Série A, nr. 3, 37.

⁷⁹ EHRM, 18 januari 1978, inzake *Ierland t. V.K.*, Publ. Cour, Série A, nr. 25, par. 220.

⁸⁰ Y. Haeck en J. Vande Lanotte, o.c., 209-214.

4. Dérogation non contraire aux autres obligations internationales découlant du droit international.

44. Tant l'article 15, § 1^{er}, de la CEDH que l'article 4.1 du PIDCP exigent que les mesures dérogatoires «*ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international*». Cette condition est en quelque sorte une répétition de l'article 53 de la CEDH et de l'article 5.2 du PIDCP en ce qui concerne la primauté de la protection la plus large possible des droits fondamentaux. La référence aux «*autres obligations que leur impose le droit international*» porte non seulement sur les autres conventions relatives aux droits de l'homme mais aussi sur nombre d'autres traités. Nous ne citerons que les Conventions de Genève et de La Haye sur la Croix Rouge; la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant; la Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; la Convention internationale de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention de l'ONU pour la prévention et la répression du crime de génocide.⁸¹

45. Les experts estiment qu'il ne s'indique pas d'inscrire explicitement dans le texte de la disposition transversale de la dérogation, l'obligation de respecter les conventions internationales susmentionnées. Cette obligation est de jure évidente, sans qu'il soit nécessaire de le préciser. Si besoin est, l'inclusion d'une disposition transversale distincte relative à l'obligation générale d'explicitement les dispositions du titre II conformément aux engagements internationaux de la Belgique (une suggestion faite par les experts dans la note sur les «restrictions»), suffit à faire la clarté en la matière.

5. Qui est compétent pour prendre les mesures dérogatoires?

46. Ni l'article 15 de la CEDH, ni l'article 4 du PIDCP ne précisent quelles sont les autorités des États qui peuvent prendre les mesures dérogatoires. Ils s'en remettent bien entendu au droit constitutionnel de chaque État. En vertu du titre II de la Constitution, les droits et libertés sont toujours placés sous l'égide du Parlement. En principe, il appartient dès lors aux chambres législatives de déterminer, éventuellement de manière préalable, les mesures dérogatoires au titre II de la Constitution qui seront appliquées en temps de guerre. Dans son avis précité du 9 juin 1952⁸², le Conseil d'État a déclaré

4. Afwijking niet in strijd met andere internationale verplichtingen voortvloeiend uit het internationaal recht.

44. Zowel artikel 15, par. 1 van het EVRM als artikel 4.1 van het IVBPR vereisen dat de afwijkende maatregelen «niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationaal recht». In zekere zin is deze vereiste een herhaling van artikel 53 van het EVRM en artikel 5.2 van het IVBPR over de voorrang van de meest ruime bescherming van de grondrechten. De verwijzing naar «de andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationaal recht» heeft niet alleen betrekking op andere mensenrechtenverdragen doch ook op tal van andere verdragen. Vermelden we slechts de Rode Kruisverdragen van Genève en Den Haag, Het VN-verdrag ter bescherming van de Rechten van het Kind, het VN-verdrag inzake het verbod van folteringen en andere wrede, onmenselijke en vernederende behandelingen en straffen; het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rasendiscriminatie; het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, het VN-verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van de Misdaad van Volkerenmoord.⁸¹

45. Volgens de deskundigen is het niet aangewezen in de tekst van de transversale bepaling over het afwijken van grondrechten, uitdrukkelijk de verplichting op te nemen de hiervoor vermelde internationale verdragen te eerbiedigen. Die verplichting geldt immers *de jure*, zodat het niet nodig is ze te preciseren. Voor zover als nodig, zal de invoeging van een afzonderlijke transversale bepaling over de verplichting om de bepalingen van titel II te interpreteren overeenkomstig de internationale verplichtingen van België, volstaan om hierover elke onduidelijkheid te weren.

5. Bevoegdheid om de afwijkende maatregelen te nemen?

46. Noch artikel 15 van het EVRM, noch artikel 4 van het IVBPR bepalen welke overheden van de lidstaten de afwijkende maatregelen kunnen nemen. Zij laten dit uiteraard over aan het constitutioneel recht van iedere lidstaat. In titel II van de Grondwet zijn de rechten en vrijheden steeds onder de hoede van de volksvertegenwoordiging geplaatst. Het komt dan ook, in beginsel toe aan de wetgevende kamers, om, eventueel voorafgaandelijk te bepalen, welke van titel II van de Grondwet afwijkende maatregelen in oorlogstijd zullen gelden. In het eerder reeds vermelde advies van 9 juni

⁸¹ Voir Y. Haeck et J. Vande Lanotte, *op. cit.*, pp. 214-215.

⁸¹ Zie Y. Haeck en J. Vande Lanotte, *o.c.*, p. 214-215.

qu' «il n'appartient qu'au seul Pouvoir législatif, détenteur du résidu de souveraineté, de régler les situations extraconstitutionnelles. Il ne pourrait déléguer ce pouvoir parce que la souveraineté ne se délègue pas.» En cas d'état d'urgence, il appartient au pouvoir législatif d'apprécier dans quelle mesure il est nécessaire de déroger au droit en vigueur. Le projet de loi concerné élaborait pour la première fois une réglementation applicable à un cas d'urgence extraconstitutionnel inexistant. Le gouvernement justifiait son initiative en insistant sur l'importance d'un examen parlementaire approfondi, lequel ne serait plus possible une fois que l'état d'urgence se produirait effectivement. Le Conseil d'État ne formulait pas d'objections à cet égard, pour autant que le projet prévoie également une deuxième intervention du législateur en temps utile, afin de constater l'état d'urgence, d'évaluer son étendue et de permettre une exécution intégrale ou partielle de la loi. Le Conseil jugea cette deuxième intervention du législateur essentielle à la constitutionnalité du projet. Il nous semble néanmoins opportun de tenir également compte de l'hypothèse dans laquelle les Chambres législatives ne seraient pas en mesure de se réunir.

47. Eu égard à la réforme de l'État, il paraît indiqué de prévoir pour les dérogations, tout comme pour les limitations des droits fondamentaux, une réglementation «par ou en vertu d'une norme législative», de sorte que les communautés et les régions puissent elles aussi prendre des mesures dérogatoires dans la limite de leur compétence. Signalons encore à cet égard que les arrêtés-lois de la première et de la seconde guerre mondiale doivent être considérés en l'espèce comme des normes légales. En d'autres termes, l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 satisfait à cette exigence.

6. La notification de la dérogation

48. L'article 15 de la CEDH et l'article 4 du PIDCP n'impliquent pour le reste qu'une obligation de notification de l'usage qui est fait du droit de dérogation. L'article 15 de la CEDH oblige l'État à informer pleinement le Secrétaire général du Conseil de l'Europe des mesures prises, des motifs qui les ont inspirées et de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application (art. 15.3 CEDH). L'article 4.3. du PIDCP oblige l'État à signaler aussitôt, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations

1952⁸² stelde de Raad van State dat het «alleen aan de Wetgevende Macht, die het residu van de soevereiniteit bezit, toekomt de extra-constitutionele toestanden te regelen. Deze bevoegdheid zou zij niet kunnen overdragen, daar de soevereiniteit niet overgedragen wordt.» De wetgevende macht dient, in het licht van de noodtoestand, te oordelen in welke mate het nodig is af te wijken van het geldend recht. In het onderzochte wetsontwerp was voor het eerst een regeling uitgewerkt voor een extra-constitutionele noodtoestand die nog niet bestond. De regering verantwoordde dit door te wijzen op het belang van een grondige parlementaire behandeling, die niet meer mogelijk zou zijn eens de noodtoestand zich werkelijk zou voordien. De Raad van State had hiertegen geen bezwaar voorzover het ontwerp ook bepaalde dat de wetgever te gelegenertijd een tweede maal zou optreden om dan de noodtoestand vast te stellen, de omvang ervan te beoordelen en een gehele of gedeeltelijke uitvoering van de wet mogelijk te maken. De Raad oordeelde dat dit tweede optreden van de wetgever essentieel was voor de grondwettigheid van het ontwerp. Desalniettemin lijkt het ons aangewezen ook rekening te houden met de hypothese dat de Wetgevende Kamers niet in staat zijn te vergaderen.

47. In het licht van de staatshervorming lijkt het aangewezen, om net zoals voor de beperkingen van de grondrechten, ook voor de afwijkingen te voorzien in een regeling «door of krachtens een wetgevende norm» zodat ook de gemeenschappen en gewesten, binnen hun bevoegdheid, afwijkende maatregelen zouden kunnen nemen. Vermelden we daarbij nog ook de besluitwetten van tijdens de eerste en de tweede wereldoorlog in deze als een wetgevende norm dienen te worden beschouwd. Ook de besluitwet van 11 oktober 1916 voldoet m.a.w. aan deze vereiste.

6. De kennisgeving van de afwijking

48. Artikel 15 van het EVRM en artikel 4 van het IVBPR houden voor het overige slechts een verplichting in tot kennisgeving van het gebruik dat van het recht op afwijking wordt gemaakt. Artikel 15 van het EVRM verplicht de Staat de Secretaris-generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte te houden van de genomen maatregelen, van de beweegredenen welke deze hebben ingegeven en van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast. (art. 15.3 EVRM) Artikel 4.3. van het IVBPR

⁸² Avis du Conseil d'Etat, section de législation, 9 juin 1952, sur un projet de loi relatif à l'attribution au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre, *doc. parl.*, Chambre, 1952-53, 172.

⁸² Advies Raad van State, afd. Wetgeving, 9 juni 1952 over een wetsontwerp betreffende de toekenning aan de Koning van buitengewone machten in oorlogstijd, *Parl. St.*, Kamer, 952-53, 172.

Unies, aux autres États parties les dispositions auxquelles il a dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle il a mis fin à cette dérogation (art. 4.3. PIDCP)

49. Il nous paraît qu'une disposition comparable est superflue dans la disposition transversale qui justifierait dans la Constitution une dérogation aux droits fondamentaux du titre II.

Conclusion

50. Sur la base des considérations qui précèdent, une disposition transversale relative à la dérogation aux droits fondamentaux pourrait être libellée comme suit:

«1. En cas de guerre (ou en cas de tout autre danger public, fixé par une loi ou en vertu d'une loi et proclamé par un acte officiel, qui menace la vie de la nation), des mesures dérogeant aux garanties qu'offre le titre II de la Constitution peuvent être prises.

2. Les mesures dérogatoires ne se justifient que pour autant qu'elles soient strictement nécessaires, qu'elles soient prises sans discrimination et qu'elles ne soient pas détournées de leur fin pour annihiler les droits et libertés mais qu'elles visent à assurer la pérennité de l'état de droit démocratique.

3. Les dispositions qui précèdent ne justifient aucune dérogation aux articles 14*bis*, 18, 19 et 20, en ce qui concerne la liberté de culte et d'orientation philosophique.

4. Les mesures dérogatoires qui peuvent être prises sur la base des dispositions qui précèdent, sont fixées par une norme législative ou en vertu d'une norme législative.»

verplicht de Staat de andere Staten die partij zijn bij dit verdrag, door tussenkomst van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, onverwijld in kennis te stellen van de bepalingen waarvan hij is afgeweken, alsmede van de redenen die hem daartoe hebben genoopt. Eveneens door tussenkomst van de Secretaris-Generaal wordt een volgende kennisgeving gedaan op de datum waarop de afwijking ophoudt van kracht te zijn. (art. 4.3. IVBPR)

49. Het komt ons voor dat een vergelijkbare bepaling overbodig is in de transversale bepaling die in de Grondwet een afwijking van de grondrechten van titel II zou verantwoorden.

Besluit

50. Op grond van de voorgaande beschouwingen zou een transversale bepaling inzake afwijking van de grondrechten, als volgt kunnen luiden:

«1. In tijd van oorlog (of in geval van enig andere, door of krachtens een wet vastgestelde en officieel afgekondigde, algemene noodtoestand welke het bestaan van het volk bedreigt), kunnen maatregelen worden genomen die afwijken van de waarborgen die titel II van de Grondwet biedt.

2. De afwijkende maatregelen zijn slechts verantwoord voorzover ze strikt noodzakelijk zijn, zonder discriminatie worden genomen, en niet worden misbruikt om de rechten en vrijheden te vernietigen, doch ertoe strekken het voortbestaan van de democratische rechtsstaat te verzekeren..

3. De voorgaande bepalingen wettigen geen enkele afwijking van de artikelen 14*bis*, 18, 19 en 20, wat de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing betreft.

4. De afwijkende maatregelen welke op grond van de voorgaande bepalingen kunnen worden genomen, worden door of krachtens een wetgevende norm vastgesteld.»

51. Il conviendrait d'ajouter une disposition de ce type aux autres dispositions transversales que l'on insérerait, le cas échéant, dans le titre II de la Constitution. Dès lors que la «dérogation» aux garanties qu'offre le titre II pourrait être considérée comme une suspension partielle et temporaire de la Constitution⁸³, il s'indique également de modifier l'article 187 et d'y renvoyer aux possibilités prévues par la disposition transversale concernée.

51. Het verdient aanbeveling een dergelijke bepaling op te nemen bij de andere transversale bepalingen die men eventueel in titel II van de Grondwet zou opnemen. Omdat het «afwijken» van de waarborgen die titel II biedt, als een gedeeltelijke en tijdelijke schorsing van de Grondwet zou kunnen worden beschouwd⁸³, is het aangewezen ook artikel 187 te wijzigen en erin te verwijzen naar hetgeen in de desbetreffende transversale bepaling mogelijk is gemaakt.

⁸³ Néanmoins, est également défendable, à notre avis, la thèse selon laquelle la «dérogation aux droits fondamentaux» au sens des articles 15 de la CEDH et 4 du PIDCP ne peut être assimilée à une suspension de la Constitution au sens de l'article 187 de la Constitution. La suspension, en tout ou en partie, de la Constitution implique, en effet, la mise hors vigueur des dispositions constitutionnelles en tant que telles. Même sans que des mesures dérogatoires précises aient été prises, la Constitution n'est, en tout ou en partie, plus en vigueur après une suspension. Une «dérogation» aux obligations induites par la Constitution implique toutefois que la Constitution est encore en vigueur, mais que des mesures dérogatoires peuvent être prises. Cette distinction – peut-être subtile – entre dérogation et suspension implique qu'il suffirait d'insérer au titre II de la Constitution une disposition transversale relative aux «dérogations aux droits fondamentaux», sans que cela ne soit contraire à l'article 187 de la Constitution. Cet article ne devrait alors pas être révisé.

⁸³ Nochtans is o.i. ook de stelling verdedigbaar dat de «afwijking van grondrechten» in de zin van de artikelen 15 van het EVRM en 4 van het IVBPR niet gelijk te stellen is met een schorsing van de Grondwet in de zin van artikel 187 van de Grondwet. Een geheel of gedeeltelijk schorsing van de Grondwet impliceert immers dat de grondwettelijke bepalingen als zodanig buiten werking zijn gesteld. Ook zonder dat er precieze afwijkende maatregelen zijn genomen is de Grondwet, na een schorsing, geheel of gedeeltelijk niet meer van kracht. Een «afwijking» van de verplichtingen die de Grondwet met zich brengt, impliceert echter dat de Grondwet wel nog van kracht is, doch dat afwijkende maatregelen kunnen worden genomen. Dit - wellicht subtiel - verschil tussen afwijking en schorsing impliceert dat het zou volstaan dat in titel II van de Grondwet een transversale bepaling over «afwijkingen van grondrechten» wordt opgenomen, zonder dat dit strijdig is met artikel 187 van de Grondwet. Dit artikel zou dan niet dienen te worden herzien.

B. ÉCHANGE DE VUES

Mme Talbia Belhouari (PS) s'interroge sur l'opportunité d'insérer dans la Constitution une disposition permettant de déroger aux droits fondamentaux, alors que celle-ci ne figure que dans un texte datant de 1950, adopté dans un contexte politique très différent. Les arrêts-lois dits du Havre n'ont quant à eux pu être adoptés que parce qu'il n'existait pas de contrôle juridictionnel sur les actes du pouvoir législatif. Celui-ci était bien plus libre qu'actuellement pour interpréter la Constitution.

D'une manière générale, l'oratrice estime que l'attention devrait plus porter sur l'articulation des différentes libertés entre elles que sur leur limitation.

Le professeur Jan Velaers fait remarquer que la possibilité de déroger aux droits fondamentaux ne figure pas seulement à l'article 15 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. Elle est également reprise par le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, en son article 4. Le pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels ne prévoit pas de possibilité de dérogation. Cela peut s'expliquer par la nature des droits protégés: ils n'ont pas d'effet direct. Leur portée dépend, du moins en principe, de la protection que le législateur y confère. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de prévoir explicitement qu'ils peuvent être suspendus.

L'insertion de l'article 15 dans la CEDH part d'un constat pratique: en situation de guerre, tous les États sont tentés de porter atteinte aux droits fondamentaux. L'objectif de cette disposition est simplement de prendre en compte cet élément et de tenter de malgré tout offrir une protection minimale. Le Constituant belge a fait, en 1831, un autre choix. Il a prévu que la Constitution ne pourrait jamais être suspendue. Malheureusement, les événements ont montré que cette option est difficilement tenable en situation de guerre.

La question du contrôle de constitutionnalité de l'article 8 de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 est importante. Lors de l'adoption de cette disposition, il n'existait pas de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Actuellement, la Cour d'arbitrage est compétente pour connaître de la conformité des lois au titre II de la Constitution. Si un jour il devait à nouveau être fait usage de cette disposition, on peut craindre qu'en cas de recours, la Cour conclue à son inconstitutionnalité.

B. GEDACHTEWISSELING

Mevrouw Talbia Belhouari (PS) vraagt zich af of het wel wenselijk is in de Grondwet een bepaling op te nemen waardoor kan worden afgeweken van de fundamentele rechten, terwijl die bepaling alleen voorkomt in een uit 1950 daterende tekst, die dan nog in een heel andere politieke context werd aangenomen. De zogenaamde «besluitwet van Le Havre» kon slechts worden goedgekeurd omdat op de akten van de wetgevende macht geen jurisdictionele controle werd uitgeoefend. De wetgevende macht kon de Grondwet destijds veel vrijer interpreteren dan thans het geval is.

In het algemeen meent de sprekerster dat de aandacht veeleer zou moeten uitgaan naar de onderlinge samenhang van de vrijheden dan naar beperking ervan.

Professor Jan Velaers merkt op dat de mogelijkheid om af te wijken van de fundamentele rechten niet alleen opgenomen is in artikel 15 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950. In die mogelijkheid wordt tevens voorzien in artikel 4 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1966. Het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten daarentegen voorziet niet in die mogelijkheid. Zulks kan worden verklaard door de aard van de beschermde rechten: zij hebben geen rechtstreekse werking. Hun draagwijdte hangt, in beginsel althans, af van de bescherming die de wetgever eraan verleent. In die zin is het dan ook niet nodig uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid tot schorsing ervan.

De invoeging van artikel 15 in het EVRM stoelt op een praktische vaststelling: in oorlogstijd zijn alle Staten geneigd de fundamentele rechten te schenden. Het ligt louter in de bedoeling van die bepaling rekening te houden met die vaststelling, alsook, ondanks alles, te proberen een minimale bescherming te waarborgen. De Belgische grondwetgever heeft in 1831 een andere keuze gemaakt. Hij heeft bepaald dat de Grondwet nooit kon worden geschorst. Jammer genoeg hebben de gebeurtenissen uitgewezen dat die keuze in tijden van oorlog moeilijk kan worden gehandhaafd.

Het vraagstuk van de grondwettigheidscontrole van artikel 8 van de besluitwet van 11 oktober 1916 is van groot belang. Toen die bepaling werd aangenomen, werd de grondwettigheid van de wetten niet jurisdictioneel getoetst. Thans is het Arbitragehof bevoegd om de wetten te toetsen op hun overeenstemming met titel II van de Grondwet. Gesteld dat men ooit opnieuw op die bepaling een beroep zou moeten doen, en men daartegen hoger beroep zou instellen, dan valt te vrezen dat het Hof de bepaling ongrondwettig verklaart.

Le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck ajoute que la plupart des conventions internationales contiennent une disposition de ce type. En droit interne, il faut constater que la plupart des constitutions adoptées récemment tentent également de prendre en compte les dérogations au respect des droits fondamentaux. Il ne s'agit pas de faciliter ces dérogations, mais au contraire d'essayer d'encadrer une pratique que l'on sait parfois inévitable. Ceci ne vise d'ailleurs pas seulement les circonstances de guerre. La Constitution suisse prévoit également le cas des catastrophes écologiques qui nécessiteraient des mesures énergiques et urgentes.

M. Dirk Van der Maelen (sp.a-spirit) rappelle que, selon l'article 167 de la Constitution, c'est au Roi qu'il appartient de constater l'état de guerre. Il demande si d'autres États confient également cette prérogative au pouvoir exécutif ou s'il s'agit en général d'une prérogative du pouvoir législatif.

Par ailleurs, l'orateur souhaiterait des exemples de cas où une catastrophe écologique nécessiterait une dérogation au respect des droits fondamentaux.

Selon *le professeur Jan Velaers*, plusieurs États confient la prérogative de constater le début et la fin de l'état de guerre au pouvoir législatif. Plusieurs juristes estiment que la même règle devrait être instaurée en Belgique. Mais il faut tenir compte des aspects pratiques: en temps de guerre, il ne sera pas forcément possible pour le Parlement de se réunir. Il serait utile, le cas échéant de définir clairement la notion d'état de guerre, eu égard à l'évolution du droit international. L'état de guerre survient-il seulement lorsque la Belgique est attaquée, ou survient-il également en cas d'agression d'un autre membre de l'Organisation du Traité Atlantique Nord? Une attaque terroriste est-elle constitutive d'un état de guerre?

En ce qui concerne les catastrophes écologiques, la question pourrait notamment se poser à propos des informations concernant la catastrophe. On pourrait estimer que dans le cas d'une catastrophe nucléaire du type de celle de Tchernobyl en 1986, les autorités doivent surveiller l'information fournie à la population, voire ordonner des déplacements massifs de populations.

Professor Sébastien Van Drooghenbroeck voegt eraan toe dat de meeste internationale overeenkomsten een soortgelijke bepaling bevatten. In het intern recht kan men er niet omheen dat de meeste recentelijk aangenomen grondwetten eveneens pogen te voorzien in afwijkingen op de inachtneming van de fundamentele rechten. Het ligt niet in de bedoeling dergelijke afwijkingen in de hand te werken, maar aangezien ze soms onvermijdelijk zijn, kan men ze beter in de wet opnemen. Het zijn trouwens niet alleen de afwijkingen in oorlogstijd die worden beoogd. Zo bepaalt de Zwitserse Grondwet dat van de fundamentele rechten kan worden afgeweken wanneer natuurrampen een doortastend en dringend ingrijpen zouden vereisen.

De heer Dirk Van der Maelen (sp.a-spirit) herinnert eraan dat het volgens artikel 167 van de Grondwet aan de Koning toekomt de staat van oorlog vast te stellen. Hij vraagt of andere Staten dat voorrecht eveneens aan de uitvoerende macht toekennen, dan wel of het meestal een voorrecht van de wetgevende macht is.

Voorts vraagt de spreker voorbeelden te geven van de gevallen waarin natuurrampen zouden vereisen dat wordt afgeweken van de inachtneming van de fundamentele rechten.

Volgens *professor Jan Velaers* bepalen verscheidene Staten dat de wetgevende macht het begin en het einde van de staat van oorlog vaststelt. Een aantal juristen is van mening dat diezelfde regeling in België ingang zou moeten kunnen vinden. Men dient evenwel rekening te houden met praktische aspecten: in oorlogstijd zal het parlement niet altijd in de mogelijkheid verkeren om te vergaderen. Zo nodig ware het aangewezen, in het licht van de evolutie van het internationaal recht, het begrip «staat van oorlog» duidelijk te omschrijven. Wordt de staat van oorlog alleen uitgeroepen wanneer België wordt aangevallen, of is zulks ook het geval bij een aanval op een ander lid van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie? Is een terroristische aanslag een constitutief element van de staat van oorlog?

Wat natuurrampen betreft, zou het probleem zich met name kunnen voordoen bij de voorlichting over de ramp. Men zou kunnen menen dat, in het geval van een kernramp zoals die zich in 1986 in Tsjernobyl heeft voorgedaan, de overheid toezicht moet houden op de publieksvoorlichting, en zelfs massale volksverhuizingen moet bevelen.

IV. — L'INSERTION D'UNE CLAUSE TRANSVERSALE PORTANT SUR L'OBLIGATION D'INTERPRÉTER LES DISPOSITIONS DU TITRE II DE LA CONSTITUTION CONFORMÉMENT AUX INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME RATIFIÉS PAR LA BELGIQUE

A. NOTE DES EXPERTS

Introduction

1. Dans les notes précédentes qu'ils avaient soumises au groupe de travail au sujet des 'restrictions' et des 'dérogations' aux droits et libertés, les experts avaient entendu attirer l'attention des membres dudit groupe sur l'opportunité d'insérer, dans le titre II de la Constitution, une clause transversale portant obligation d'interpréter les dispositions dudit titre de manière conforme aux dispositions correspondantes contenues dans les traités internationaux de protection des droits de l'Homme ratifiés par le Royaume.

2. L'objet de la présente note est d'examiner plus avant cette question. Aux fins que celle-ci soit traitée de la manière la plus concrète possible, les experts ont résolu de formuler, 'à l'essai', le texte d'une telle clause (I). Ce texte fait par suite l'objet d'un commentaire qui en détaille l'utilité et la portée (II).

I. Texte proposé

3. Le texte proposé s'inspire très largement, en l'adaptant à la situation constitutionnelle belge, du texte de l'article II-112, alinéas 3 et 4, du Traité établissant une constitution pour l'Europe¹:

¹ Ce texte est libellé comme suit:

«3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions».

Pour un commentaire de cette disposition, voy. L. Burgorgue-Larsen, «Article II-112», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 674 et suiv.

IV. — INVOEGING VAN EEN TRANSVERSALE BEPALING INZAKE DE VERPLICHTING OM DE BEPALINGEN VAN TITEL II VAN DE GRONDWET UIT TE LEGGEN IN OVEREENSTEMMING MET DE DOOR BELGIË GERATIFICEERDE INTERNATIONALE INSTRUMENTEN TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS

A. NOTA VAN DE DESKUNDIGEN

Inleiding

1. In de vorige nota's die de deskundigen aan de werkgroep hebben bezorgd over de 'beperkingen' en de 'afwijkingen' van de rechten en vrijheden, werd er reeds op gewezen dat het opportuun zou zijn in titel II van de Grondwet een transversale bepaling in te voegen met de verplichting de bepalingen van die titel uit te leggen in overeenstemming met de overeenkomstige bepalingen van de door België geratificeerde internationale verdragen tot bescherming van de mensenrechten.

2. In deze nota wordt hierop nader ingegaan. Teneinde daarbij zo concreet mogelijk te werk te gaan, hebben de deskundigen, bij wijze van poging, een tekstvoorstel voor een dergelijke clausule uitgewerkt. (I). Die 'sneuveldtekst' wordt vervolgens voorzien van een commentaar waarin dieper wordt ingegaan op het nut en de draagwijdte ervan (II).

I. Tekstvoorstel

3. De voorgestelde tekst is grotendeels gebaseerd op de tekst van artikel II-112, 3. en 4., van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa¹, maar wordt wel aangepast aan de Belgische constitutionele context:

¹ Die tekst luidt als volgt:

«3. Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

4. Voor zover dit Handvest grondrechten erkent zoals die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, moeten die rechten in overeenstemming met die tradities worden uitgelegd.»

Voor een commentaar bij die bepaling, zie L. Burgorgue-Larsen, «Article II-11», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, o.l.v. L. Burgorgue-Larsen, A. Levade en F. Picot, Brussel, Bruylant, 2005, blz. 674 e.v.

«Dans la mesure où le présent titre contient des droits ou libertés correspondants à des droits ou libertés garantis par des Conventions internationales ratifiées par la Belgique, leur sens et portée sont les mêmes que ceux que leur confèrent lesdites conventions, sans préjudice des garanties plus étendues que ce titre accorde».

II. Commentaire

1. Utilité de la clause

4. La clause ci-avant libellée est une directive d'interprétation conforme adressée, principalement, aux juges: ceux-ci se voient enjoindre d'interpréter les dispositions du titre II de manière conforme aux dispositions qui leur correspondent dans les conventions internationales ratifiées par la Belgique.

5. La consécration expresse d'une telle clause n'induirait en aucune manière un bouleversement dans le droit constitutionnel actuel des droits et libertés en Belgique: la directive d'interprétation conforme s'y trouve en effet déjà très largement à l'œuvre, soit de par la volonté du constituant lui-même, soit par l'activité interprétative des juges belges.

6. *Par la volonté du constituant.* Les révisions constitutionnelles les plus récentes ont abouti à l'insertion, dans le titre II, de «nouveaux» droits et libertés dont le constituant a expressément affirmé, dans les travaux préparatoires, qu'ils devraient être interprétés en conformité avec les garanties internationales correspondantes. Ainsi que la Cour d'arbitrage l'a rappelé à l'occasion de multiples arrêts², cette volonté de «mimétisme» est très affirmée dans les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'article 22 de la Constitution (droit au respect de la vie privée et familiale)³. On la retrouve également dans les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution, s'agissant du sens et de la portée assignés aux droits économiques, sociaux et culturels que consacre l'alinéa 3 de cette disposition⁴. Quant à la référence aux 'libertés et droits fondamentaux' figurant à l'article 24, § 3, elle peut être comprise comme une invita-

«Voor zover deze titel rechten of vrijheden bevat die overeenstemmen met rechten of vrijheden welke zijn gewaarborgd door internationale verdragen die door België werden geratificeerd, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemde verdragen aan worden toegekend, onverminderd de ruimere, door deze titel geboden garanties.»

II. Commentaar

1. Nut van de bepaling

4. De hierboven voorgestelde bepaling is een richtsnoer tot eensluidende uitlegging, voornamelijk ten behoeve van de rechters: hen wordt opgedragen de bepalingen van titel II uit te leggen in overeenstemming met de corresponderende bepalingen die zijn opgenomen in de internationale verdragen die België heeft geratificeerd.

5. De uitdrukkelijke opname van een dergelijke bepaling in de Grondwet zet geenszins ons actueel grondwettelijke recht inzake rechten en vrijheden op de helling: de richtsnoer over de verdragsconforme interpretatie wordt er immers reeds in ruime mate gevolgd, hetzij op grond van de wil van de grondwetgever zelf, hetzij op grond van de interpretatie door de Belgische rechters.

6. *De wil van de Grondwetgever.* Na de recentste grondwetsherzieningen werden in titel II een aantal «nieuwe» rechten en vrijheden opgenomen, waarvan de grondwetgever tijdens de parlementaire voorbereiding expliciet had gesteld dat ze moesten worden uitgelegd in overeenstemming met de corresponderende internationale waarborgen. Zoals het Arbitragehof in tal van arresten in herinnering heeft gebracht², blijkt die wil om «na te bootsen» zeer duidelijk uit de parlementaire voorbereiding van artikel 22 van de Grondwet (recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven)³. Ook de parlementaire voorbereiding van artikel 23 van de Grondwet wijst in die richting, inzonderheid wat de inhoud en de draagwijdte betreft van de economische, sociale en culturele rechten die in het derde lid van die bepaling worden verankerd⁴. De verwijzing naar de 'fundamentele rechten en vrijheden' in artikel 24, § 3, van de Grond-

² Voy. notam. Cour d'arbitrage, n°51/2003, 30 avril 2003, considérant B.4.5. Pour des références supplémentaires, voy. J. Velaers, «*Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen*», T.B.P., 2005, vol. 4 & 5, *Twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof*, p. 302, note infrapaginale 21.

³ Voy. E. Brems, «*De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese recht*», T.B.P., 1995, p. 625.

⁴ *Ibid.*, p. 634.

² Zie onder andere Arbitragehof nr. 51/2003 van 30 april 2003, punt B.4.5. Voor bijkomende bronnen: zie J. Velaers, «*Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen*», T.B.P., 2005, vol. 4 & 5, *Twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof*, blz. 302, voetnoot nr. 21.

³ Zie E. Brems, «*De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese recht*», T.B.P., 1995, blz. 625.

⁴ *Ibid.*, blz. 634.

tion à interpréter cette disposition (liberté d'enseignement et droit à l'instruction) de manière conforme à celles des dispositions internationales qui garantissent également les droits concernés^{5,6}.

7. *Par l'activité interprétative des juges.* Dès ses tous premiers arrêts, la Cour d'arbitrage a spontanément pris le parti d'aligner l'interprétation des dispositions du titre II de la Constitution sur l'interprétation des garanties analogues contenues dans le droit international des droits de l'Homme. Ainsi, la définition assignée par la Cour aux principes d'égalité et de non-discrimination⁷ a-t-elle été très largement empruntée à celle que la Cour européenne des droits de l'Homme avait elle-même élaborée à propos de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁸. Identiquement, la Cour d'arbitrage fut portée à calquer la portée des articles 19⁹ et 27¹⁰ de la Constitution sur celle, respectivement, des articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹.

8. À la faveur d'arrêts plus récents, et sans doute parce que l'extension de ses compétences à l'ensemble du titre II démultipliait les opportunités de «métissage interprétatif» entre normes constitutionnelles et internationales, la Cour d'arbitrage semble avoir érigé en dogme ce qui n'était jusqu'alors qu'une pratique:

«Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties

wet kan dan weer worden gelezen als een aanzet om die bepaling (vrijheid van en recht op onderwijs) uit te leggen in overeenstemming met de internationale bepalingen die dezelfde rechten waarborgen^{5,6}.

7. *De interpretaties van de rechters.* Van in het prille begin heeft het Arbitragehof in zijn arresten spontaan de interpretatie van de bepalingen van titel II van de Grondwet afgestemd op die van analoge bepalingen opgenomen in de internationale instrumenten inzake de mensenrechten. Zo heeft het Arbitragehof zijn definitie van het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel⁷ grotendeels geput uit die welke het Europees Hof voor de rechten van de mens zelf had uitgewerkt in verband met artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens⁸. Evenzeer werd het Arbitragehof ertoe gebracht de draagwijdte van de artikelen 19⁹ en 27¹⁰ van de Grondwet te enten op die van, respectievelijk, de artikelen 10 en 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens¹¹.

8. In recentere arresten - en wellicht ook omdat de uitbreiding van de bevoegdheden van het Arbitragehof tot de hele titel II almaar meer mogelijkheden tot «interpretatieve vermenging» tussen grondwettelijke en internationale normen bood - heeft het Hof wat tot dan toe slechts een praktijk was, kennelijk omgevormd tot een dogma:

«Wanneer [...] een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer van de voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de

⁵ J. Velaers, «Samenloop...», *op. cit.*, pp. 302 et 314.

⁶ Voy. encore, quoique ceux-ci n'aient pas encore été menés à leur terme, les travaux préparatoires de la révision de l'article 22bis de la Constitution.

⁷ Voy. Cour d'arbitrage, n°23/89, 13 octobre 1989, considérant B.1.3. Sur cet aspect de l'arrêt, voy. X. Delgrange, «Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg», *R.R.D.*, 1989, pp. 611-622.

⁸ Cour eur. D.H., arrêt *relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* du 23 juillet 1968, Série A, n°6, § 10.

⁹ Cour d'arbitrage, n°45/96, 12 juillet 1996, pt. B.7.6.

¹⁰ Cour d'arbitrage, n°62/93, 15 juillet 1993, pt. B.3.4.

¹¹ Pour d'autres exemples, voy. J. Velaers, «Samenloop...», *op. cit.*; M. Melchior et L. De Grève, «Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'Homme; concurrence ou complémentarité? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique», *R.U.D.H.*, 1995, pp. 217 et suiv.

⁵ J. Velaers, «Samenloop...», *op. cit.*, blz. 302 en 314.

⁶ Zie ook de - evenwel nog niet afgeronde - parlementaire voorbereiding van de herziening van artikel 22bis van de Grondwet.

⁷ Zie Arbitragehof nr. 23/89 van 13 oktober 1989, punt B.1.3. Wat dat aspect van het arrest betreft, zie ook X. Delgrange, «Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg», *R.R.D.*, 1989, blz. 611-622.

⁸ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest in verband met bepaalde aspecten van de taalregeling in het Belgische onderwijs, 23 juli 1968, Série A, nr. 6, § 10.

⁹ Arbitragehof nr. 45/96 van 12 juli 1996, punt B.7.6.

¹⁰ Arbitragehof nr. 62/93 van 15 juli 1993, punt B.3.4.

¹¹ Voor andere voorbeelden: zie J. Velaers, «Samenloop...», *op. cit.*; M. Melchior en L. De Grève, «Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'Homme: concurrence ou complémentarité? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique», *R.U.D.H.*, 1995, blz. 217 e.v.

inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. (...) Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues.»¹²

9. Jugé, par exemple, qu'«afin de déterminer la portée de la liberté d'association, garantie par l'article 27 de la Constitution, il convient dès lors d'avoir également égard à, entre autres, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme».¹³

10. On aperçoit donc que l'insertion dans le titre II de la clause transversale telle que libellée ci-avant, serait avant tout déclarative d'une pratique existante, dont elle se bornerait à pérenniser l'acquis.

En prescrivant formellement, dans une clause transversale, de donner une lecture de la Constitution qui soit conforme aux instruments internationaux, le constituant confirme la nécessité d'interpréter le titre II de la Constitution de manière évolutive et systématique, à la lumière des traités. Cette évolution s'impose du fait que le titre II de la Constitution contient un grand nombre de dispositions qui datent encore de 1831. Or, celles-ci n'avaient pas été rédigées dans le but de permettre à une cour constitutionnelle d'opérer un contrôle constitutionnel et présentent dès lors, intrinsèquement, souvent peu d'éléments utiles audit contrôle. Dans les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, qui sont plus récentes, ces éléments sont généralement bel et bien présents. Une clause transversale intègre en quelque sorte ces éléments de contrôle dans la Constitution.

11. Au-delà, l'insertion d'une clause d'interprétation conforme se révélerait également utile aux fins de prévenir le risque que les inévitables généralisations et simplifications inhérentes à une entreprise de «mise à jour/codification» du titre II de la Constitution, ne conduisent la Belgique à se mettre en porte-à-faux vis-à-vis des régimes parfois très diversifiés que les différents instruments internationaux assignent à un même droit ou à une même liberté. À cet égard, les experts se permettent de renvoyer à ce qui a été dit, dans la note relative à

betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. (...) Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.»¹²

9. Zo oordeelde het Hof dat, «[om] de draagwijdte van de vrijheid van vereniging, gewaarborgd door artikel 27 van de Grondwet, te bepalen, [...] derhalve ook rekening [dient] te worden gehouden met onder meer artikel 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens».¹³

10. Aldus wordt duidelijk dat de invoeging, in titel II van de Grondwet, van een transversale bepaling zoals die welke hierboven werd gesuggereerd, vooral een bestaande praktijk zou bevestigen en louter in stand houden.

Door de verdragsconforme lezing van de Grondwet uitdrukkelijk in een transversale bepaling voor te schrijven, bevestigt de grondwetgever dat een evolutieve en systematische uitlegging van titel II van de Grondwet in het licht van de verdragen nodig is. Zulks is belangrijk omdat tal van bepalingen van titel II van de Grondwet nog dateren van 1831; ze zijn niet geschreven met het oog op een grondwettigheidstoezicht door een grondwettelijk hof en bieden *an sich* dan ook vaak weinig elementen die bij dit toezicht dienstig kunnen zijn. De meer recente internationale verdragen inzake mensenrechten bevatten die elementen vaak wel. Door de transversale bepaling worden deze toetsingselementen als het ware in de Grondwet opgenomen.

11. De invoeging van een bepaling over een verdragsconforme interpretatie kan eveneens van pas komen om een risico af te wenden dat erin bestaat dat de onvermijdelijke veralgemeningen en vereenvoudigingen die inherent zijn aan een bijwerking/codificatie van Titel II van de Grondwet, tot gevolg zouden hebben dat de Belgische regeling haaks komt te staan op de soms zeer uiteenlopende regelingen waarmee de diverse internationale instrumenten een zelfde recht of een zelfde vrijheid toerusten. In dat verband verwijzen de deskundigen graag

¹² Voy., e.a., Cour d'arbitrage, n°136/2004, considérant B.5.3. Dans un sens identique, voy. Cour d'arbitrage, n°158/2004, 20 octobre 2004, considérant B.5.2.; Cour d'arbitrage, n°162/2004, 20 octobre 2004, considérant B.2.3 et B.2.4.; Cour d'arbitrage, n°48/2005, 1^{er} mars 2005, considérant B.11.

¹³ Cour d'arbitrage, n°48/2005, 1^{er} mars 2005, considérant B.11.

¹² Zie o.a. Arbitragehof nr. 136/2004 van 22 juli 2004, punten B.5.3. en B.5.4. In dezelfde zin: Arbitragehof nr. 158/2004 van 20 oktober 2004, punt B.5.2., Arbitragehof nr. 162/2004 van 20 oktober 2004, punten B.2.3. en B.2.4., Arbitragehof nr. 48/2005 van 1 maart 2005, punt B.11.

¹³ Arbitragehof nr. 48/2005 van 1 maart 2005, punt B.11.

la clause transversale concernant les «restrictions», concernant l'impossibilité de réaliser, dans le texte de cette clause, une synthèse exhaustive des différents «buts légitimes» au profit desquels les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme autorisent à limiter les droits et libertés qu'ils consacrent. L'insertion d'une clause transversale d'interprétation conforme aura le mérite d'imposer au juge de réaliser, dans chaque cas, une telle synthèse, aux fins que ses décisions satisfassent de front à l'ensemble des instruments internationaux ratifiés par la Belgique.

2. L'obligation d'interprétation conforme emporte-t-elle nécessairement, quoique implicitement, reconnaissance de la primauté des traités internationaux sur la Constitution?

12. Une question qui ne peut manquer de se poser, sur un plan théorique, est celle de savoir si, en consacrant l'obligation pour le juge d'interpréter les dispositions du titre II de manière «conforme» aux traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme, le constituant affirmerait nécessairement, quoique de manière implicite, que lesdits traités priment les dispositions du titre II de la Constitution. Pareille déduction résulterait du fait que, par définition, il ne pourrait y avoir d'obligation d'interprétation conforme qu'entre une «règle inférieure» et une «règle supérieure».

13. Si tel devait être la portée assignée à la clause transversale d'interprétation conforme, alors, les experts estiment que débat sur l'opportunité et la formulation de celle-ci mériterait d'être très sérieusement approfondi. En effet, et sans qu'il soit besoin d'entrer ici dans les détails, on constate que la question de la primauté des traités sur la Constitution, bien qu'elle soit en constante évolution, n'articule toujours pas, à l'heure actuelle, de parfait consensus doctrinal et jurisprudentiel.¹⁴

¹⁴ Pour un résumé des positions classiques en la matière, voy. J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht Publiek Recht*, 2ème éd., Bruges, La Chartre, 2003, pp. 102 et suiv.

naar wat werd vermeld in de nota over de transversale bepaling inzake de «beperkingen» en, inzonderheid, naar het feit dat het onmogelijk is in de tekst van een dergelijke bepaling een exhaustieve synthese op te nemen van de verschillende «legitieme doelstellingen» met het oog waarop beperkingen worden toegestaan in de internationale verdragen tot bescherming van de rechten van de mens. De invoeging, in de Grondwet, van een transversale bepaling over de verdragsconforme interpretatie zou de verdienste hebben de rechter op te leggen in elke zaak een dergelijke synthese te verwezenlijken, opdat zijn beslissingen volkomen stroken met het geheel van de door België geratificeerde internationale instrumenten.

2. Houdt de verplichting tot een verdragsconforme uitlegging noodzakelijk - zij het impliciet - een erkenning in van de voorrang van de internationale verdragen op de Grondwet?

12. Onvermijdelijk rijst terzake een theoretische vraag: indien de rechter wordt opgedragen de bepalingen van titel II uit te leggen in overeenstemming met de internationale verdragen tot bescherming van de rechten van de mens, houdt zulks dan in dat de grondwetgever - weze het impliciet - bevestigt dat die verdragen boven de bepalingen van titel II van de Grondwet verheven zijn? Een dergelijke redenering zou berusten op het feit dat er per definitie slechts een verplichting van eensluidende uitlegging kan bestaan tussen een «lagere» en een «hogere» regel.

13. Mocht de bepaling inzake verdragsconforme lezing een dergelijke draagwijdte worden toegekend, dat vinden de deskundigen dat er nood is aan een veel grondiger debat over de vraag of een dergelijke bepaling al dan niet opportuun is en, zo ja, over hoe ze dan moet worden geformuleerd. Zonder in details te treden kan immers worden gesteld dat in de rechtsleer en de rechtspraak momenteel geen consensus heerst over de voorrang die de verdragen zouden hebben op de Grondwet, al evolueren de standpunten voortdurend.¹⁴

¹⁴ Voor een overzicht van de klassieke standpunten daaromtrent: zie J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Overzicht Publiek Recht*, tweede druk, Brugge, Die Keure, 2003, blz. 102 e.v.

14. Les positions classiques de la Cour d'arbitrage, en la matière, sont résumées dans son arrêt du 3 février 1994.¹⁵ Celle-ci, en l'occurrence, prit clairement le parti de reconnaître la primauté à la Constitution en cas de contrariété entre celle-ci et la loi d'assentiment à un traité international. Elle justifia sa position comme suit: «*le constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article (142) de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment à un traité international. Par ailleurs, aucune norme de droit international — lequel est une création des États —, même pas l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ne donne aux États le pouvoir de faire des traités contraires à leur Constitution*».

Cette position — indépendamment de la validité des motifs théoriques censés la soutenir — présentait un inconvénient pratique majeur: en cas de censure par la Cour d'arbitrage de la loi d'assentiment à un traité d'ores et déjà ratifié et dont le contenu serait jugé inconstitutionnel, la Belgique se trouverait dans l'impossibilité d'honorer l'engagement international en question, et verrait par conséquent sa responsabilité internationale engagée.

Le législateur spécial a pris conscience de ce péril, et a tenté d'y remédier par une réforme qui, à y regarder de près, s'avère relativement maladroite et insuffisamment énergique.¹⁶ La loi spéciale du 6 janvier 1989 fut en effet modifiée par la loi spéciale du 9 mars 2003 afin de prévoir, en substance, que la Cour d'arbitrage ne pourrait, dorénavant, plus connaître de questions préjudicielles portant sur la constitutionnalité des lois, décrets ou ordonnances qui portent assentiment à un traité constituant de l'Union européenne ainsi qu'à la Convention européenne des droits de l'Homme et à ses protocoles (article 26, § 1^{er} bis nouveau de la loi spéciale du 6 janvier 1989). La *ratio legis* de cette modification était

14. Het traditionele standpunt van het Arbitragehof terzake is samengevat in zijn arrest van 3 februari 1994.¹⁵ Het Arbitragehof koos er duidelijk voor het primaat van de Grondwet te erkennen in geval van tegenstrijdigheid tussen die laatste en de wet houdende instemming met een internationaal verdrag. Het verantwoordt zijn stelling als volgt: «*Bovendien kan de Grondwetgever, die verbiedt dat de wetgever interne wettelijke normen aanneemt die in strijd zijn met de in artikel [142] van de Grondwet bedoelde normen, niet geacht worden die wetgever toe te staan dat onrechtstreeks te doen, via de instemming met een internationaal verdrag. Anderzijds verleent geen enkele norm van het internationaal recht — dat door de Staten in het leven is geroepen —, zelfs niet artikel 27 van het Verdrag van Wenen van 1969 inzake het verdragenrecht, de Staten de bevoegdheid om verdragen te sluiten die in strijd zijn met hun respectieve Grondwet*».

Dat standpunt hield — onafhankelijk van de geldigheid van de theoretische motieven die het schragen — een groot praktisch nadeel in: in geval het Arbitragehof de ongrondwettigheid vaststelt van een wet houdende instemming met een verdrag dat reeds is geratificeerd, zou het voor België onmogelijk zijn de desbetreffende internationale verplichting nog na te komen, zodat de internationale aansprakelijkheid van ons land in het gedrang komt.

De bijzondere wetgever is zich van dat gevaar bewust geworden en hij heeft getracht eraan te verhelpen door een hervorming die, bij nader inzien, vrij onhandig en te weinig doortastend blijkt te zijn.¹⁶ De bijzondere wet van 6 januari 1989 werd immers gewijzigd bij een bijzondere wet van 9 maart 2003, in hoofdzaak om te bepalen dat het Arbitragehof voortaan geen kennis meer mag nemen van prejudiciële vragen over de grondwettigheid van de wetten, decreten of ordonnances houdende instemming met een constituerend verdrag betreffende de Europese Unie en met het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of een aanvullend protocol bij dit

¹⁵ Cour d'arbitrage, n°12/94, 3 février 1994, *Mon. b.*, 11 mars 1994.

¹⁶ Sur cette réforme et les critiques qu'elle appelle, voy. Th. Bombois, «La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux», in *La Cour d'arbitrage, vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, sous la dir. de A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 119 et suiv.

¹⁵ Arbitragehof, nr. 12/94, 3 februari 1994, *Belgisch Staatsblad* van 11 maart 1994.

¹⁶ Over die hervorming en de kritiek die ze teweegbrengt, zie Th. Bombois, «La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux», in *La Cour d'arbitrage, vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, onder de leiding van A. Rasson-Roland, D. Renders en M. Verdussen, Brussel, Bruylant, 2004, blz. 119 en volgende.

très claire dans les travaux préparatoires: il s'agissait d'immuniser les traités susdits de tout contrôle de constitutionnalité.¹⁷

On constate cependant que la réforme intervenue n'exclut pas qu'à l'avenir, la Cour d'arbitrage puisse appliquer ses positions classiques à l'égard de tout autre traité que ceux visés par l'article 26, § 1^{er} *bis* de la loi spéciale; tout au contraire, la réforme intervenue conforte *a contrario* la légitimité d'un tel positionnement.¹⁸ Or, les motifs avancés durant les travaux préparatoires de l'article 26, § 1^{er} *bis* pour justifier la 'sélectivité' qui le caractérise ne sont pas réellement convaincants.

15. Les positions les plus explicites du Conseil d'État¹⁹ quant à la question de la hiérarchie entre traités et Constitution sont à rechercher dans son arrêt *Orfinger* du 5 novembre 1996²⁰. *In casu*, la Haute juridiction administrative avait admis la primauté de l'article 48 TCE (ancien) sur l'article 10 de la Constitution. Le fait que le Conseil d'État se soit appuyé, pour ce faire, sur le dispositif de l'article 34 de la Constitution, a pu faire dire à certains auteurs que la primauté ainsi reconnue ne s'attacherait, en pratique, qu'au droit de l'Union européenne.²¹ D'autres auteurs, à l'enseigne de R. Ergec²², estiment qu'une telle limite ne s'impose pas, et qu'il faut également estimer que le Conseil d'État aurait également reconnu primauté à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Verdrag (artikel 26, § 1 *bis* (nieuw), van de bijzondere wet van 6 januari 1989). De *ratio legis* van die wijziging blijkt zeer duidelijk uit de parlementaire voorbereiding: het ging erom de voormelde verdragen te behoeden voor iedere grondwettigheidstoetsing¹⁷.

Deze hervorming verhindert echter niet dat het Arbitragehof in de toekomst zijn gebruikelijk standpunt nog steeds kan toepassen ten aanzien van enig ander verdrag dan die welke bedoeld zijn in artikel 26, § 1 *bis*, van de bijzondere wet. Integendeel, de hervorming versterkt *a contrario* de legitimiteit van dat standpunt¹⁸. Noch tans waren de tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 26, § 1 *bis*, aangevoerde redenen om de 'selectiviteit' ervan te rechtvaardigen, niet echt overtuigend.

15. In de rechtspraak van de Raad van State vindt men de meest expliciete stellingnamen¹⁹ over de hiërarchie tussen de verdragen en de Grondwet, in het arrest-Orfinger van 5 november 1996²⁰. Het Hoog administratief rechtcollege aanvaardde *in casu* de voorrang van het (oude) artikel 48 van EG-verdrag op artikel 10 van de Grondwet. Het feit dat de Raad van State daarbij verwees naar artikel 34 van de Grondwet heeft sommige auteurs ertoe gebracht te stellen dat de aldus erkende voorrang in de praktijk alleen voor het recht van de Europese Unie zou gelden²¹. Andere auteurs, zoals R. Ergec²², zijn van oordeel dat een dergelijke beperking zich niet opdringt en dat men er ook moet van uitgaan dat de Raad van State tevens de voorrang van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zou hebben erkend.

¹⁷ Pour un premier cas d'application des nouveautés issues de cette réforme, voy. Cour d'arbitrage, 3/2004, 14 janvier 2004: la Cour se déclare incompétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la loi qui a porté assentiment à l'Acte Unique Européen.

¹⁸ Voy. J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *op. cit.*, p. 109; J. Velaers «Het Arbitragehof 'derde fase': de bijzondere wet van 9 maart 2003», *R.W.*, 2003-2004, p. 1408-1411, nr. 26-32.

¹⁹ Il s'agit ici des positions de la section d'administration du Conseil d'État. S'agissant des positions de la section de législation, voy. J. Van de Lanotte et G. Goedertier, *op. cit.*

²⁰ C.E., n°62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 254 et note R. Ergec.

²¹ Voy. M. Melchior et P. Vandernoot, «Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé», *R.B.D.C.*, 1998, pp. 12 et suiv.

²² R. Ergec, «La consécration de la primauté du droit supranational sur la Constitution», *J.T.*, 1997, p. 256.

¹⁷ Voor een eerste toepassing van die nieuwe regels die uit die hervorming voortvloeien, zie Arbitragehof, 3/2004, 14 januari 2004: het Arbitragehof verklaart zich onbevoegd om zich prejudicieel uit te spreken over de bestaanbaarheid van de wet houdende instemming met de Europese Akte met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

¹⁸ Zie J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *op. cit.*, p. 109; J. Velaers, «Het Arbitragehof 'derde fase': de bijzondere wet van 9 maart 2003», *R.W.*, 2003-2004, blz. 1408-1411, nrs. 26-32.

¹⁹ Het betreft met name de standpunten van de Afdeling Administratie van de Raad van State. In verband met de standpunten van de Afdeling Wetgeving, zie J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *op. cit.*

²⁰ Raad van State, nr. 62.922, 5 november 1996, *J.T.*, 1997, blz. 254 en nota R. Ergec.

²¹ Zie M. Melchior en P. Vandernoot, «Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé», *R.B.D.C.*, 1998, blz. 12 en volgende.

²² R. Ergec, «La consécration de la primauté du droit supranational sur la Constitution», *J.T.*, 1997, blz. 256.

16. La Cour de cassation s'est quant à elle, et sans doute sous l'influence du Procureur général J. Velu²³, orientée vers la reconnaissance de la primauté des traités sur la Constitution. On rappellera en effet que, dans ses arrêts *INUSOP* et *Agusta*, datés respectivement de 1996 et 1998, la Cour de cassation²⁴ s'était d'ores et déjà livrée à des 'contrôles de conventionnalité' de dispositions constitutionnelles — en l'occurrence, les dispositions constitutionnelles qui, à l'époque, régissaient la responsabilité pénale des ministres. D'autres juridictions belges ont raisonné à l'identique, à l'instar notamment de la Cour d'appel de Gand qui, dans son arrêt du 21 avril 2004 rendu dans le cadre du procès fait aux «A.S.B.L. nourricières» de l'ex-*Vlaams Blok*, a contrôlé la compatibilité, avec le principe d'égalité internationalement garanti, de la différence de traitement réalisée par l'article 150 de la Constitution dans la 'condition procédurale' des délits de presse.²⁵ C'est précisément dans le cadre de ce dernier procès que la Cour de cassation a, pour la première fois, explicitement franchi le «Rubicon juridique».²⁶ Dans son arrêt du 9 novembre 2004, elle affirme en effet, sans s'en expliquer davantage, que la Convention européenne des droits de l'Homme prime la Constitution. L'on n'aperçoit pas, ni dans l'arrêt du 9 novembre 2004, ni dans aucun autre arrêt de la Cour de cassation, un motif valable de ne pas étendre la validité de cette assertion à d'autres traités internationaux.

17. À la lumière de la vivacité de la controverse qui entoure la question, les experts estiment qu'il n'est pas souhaitable que l'affirmation, dans la Constitution elle-même, de la primauté des traités internationaux sur son propre prescrit, n'emprunte que la forme implicite et indirecte d'une clause d'interprétation conforme: si une telle affirmation devait avoir lieu, elle gagnerait à emprunter une forme plus explicite, et, éventuellement, à être réalisée de manière coordonnée avec une révision de la

16. Het Hof van Cassatie heeft, wellicht onder invloed van procureur-generaal J. Velu²³, geopteerd voor de erkenning van de voorrang van de verdragen op de Grondwet. Er zij immers aan herinnerd dat het Hof van Cassatie²⁴, in zijn arresten *INUSOP* en *Agusta* van respectievelijk 1996 en 1998, reeds de overeenstemming van grondwetsbepalingen met verdragsbepalingen heeft getoetst— met name ging het om de grondwettelijke bepalingen die destijds de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ministers regelden. Dezelfde redenering werd gevolgd door andere Belgische rechtscollages, zoals het hof van beroep te Gent dat, in zijn arrest van 21 april 2004 in het kader van het proces tegen de vzw's die het gewezen Vlaams Blok steunden, heeft nagegaan of het verschil in behandeling dat artikel 150 van de Grondwet instelt in het «procedurele statuut» van de drukpersmisdrijven bestaanbaar is met het internationaal gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.²⁵ Het is precies in het kader van dat proces dat het Hof van Cassatie voor het eerst uitdrukkelijk de «juridische Rubicon» heeft overgestoken.²⁶ Het Hof van Cassatie stelt in zijn arrest van 9 november 2004, zonder bijkomende uitleg te geven, dat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voorrang heeft op de Grondwet. Noch in het arrest van 9 november 2004, noch in enig ander arrest van het Hof van Cassatie is een geldige reden te vinden om de geldigheid van die bewering niet uit te breiden tot andere internationale verdragen.

17. Gelet op de heftigheid van de controverse over dat vraagstuk, zijn de deskundigen van oordeel dat het niet wenselijk is dat de voorrang van de verdragen op de Grondwet, in de Grondwet zelf zou worden ingeschreven, op een impliciete en indirecte wijze, door een transversale bepaling over de «verdragsconforme interpretatie» van de Grondwet. Indien het wenselijk zou worden bevonden om die voorrang in de Grondwet te erkennen, dan zou dat op een meer expliciete en

²³ J. Velu, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités», *J.T.*, 1992, spéc. pp. 732 et suiv.

²⁴ Voy. en effet Cass., 12 février 1996, *Bull.*, 1996, p. 189 (*INUSOP*) et Cass., 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340 (*AGUSTA*), tels qu'analysés par O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 226 à 230, J.-S. Jamart, «Observations sur l'argumentation: la primauté du droit international», *R.B.D.C.*, 1999-p. 133, et J. Velu, «Avis sur le projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage», *Doc. parl. Sénat*, sess. 2001-2002, n°897/6, pp. 284-285.

²⁵ Voy., sur cet aspect de l'arrêt, E. Brems et S. Van Drooghenbroeck, «Le Vlaams Blok, groupement raciste. À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 21 avril 2004», *J.T.*, 2004, pp. 592-593.

²⁶ Voy. S. Van Drooghenbroeck, «Le Vlaams Blok, groupement raciste, la confirmation», *Journal du juriste*, n°37/2004, p. 4.

²³ J. Velu, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités», *J.T.*, 1992, in het bijzonder blz. 732 en volgende.

²⁴ Zie inderdaad Cass., 12 februari 1996, *Bull.*, 1996, blz. 189 (*INUSOP*) en Cass., 16 september 1998, *J.L.M.B.*, 1998, blz. 1340 (*AGUSTA*), zoals geanalyseerd door O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, 1999, blz. 226 tot 230; J.-S. Jamart, «Observations sur l'argumentation: la primauté du droit international», *R.B.D.C.*, 1999, blz. 133; en J. Velu, «Avis sur le projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage», *Stuk Senaat*, 2001-2002, nr. 897/6, blz. 284-285.

²⁵ Zie over dat aspect van het arrest E. Brems en S. Van Drooghenbroeck, «Le Vlaams Blok, groupement raciste. À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 21 avril 2004», *J.T.*, 2004, blz. 592-593.

²⁶ Zie S. Van Drooghenbroeck, «Le Vlaams Blok, groupement raciste, la confirmation», in *Journal du juriste*, n°37/2004, blz. 4.

procédure de révision de la Constitution visée à l'article 195 de la Constitution et une révision de la procédure d'assentiment aux traités internationaux (sur le modèle de la Constitution des Pays-Bas ou du Luxembourg).²⁷ Il en va d'autant plus ainsi que, réalisée par le seul biais 'implicite' de la clause transversale d'interprétation conforme ci-avant libellée, l'affirmation de la primauté des traités sur la Constitution se limiterait en fait au seul cas des traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme dans leurs relations avec les dispositions du titre II de la Constitution. Pareille sélectivité *ratione materiae* ne se justifierait pas, ni en logique, ni en droit.

18. Ceci étant, les experts entendent attirer l'attention sur le fait que la clause d'interprétation conforme est susceptible d'une autre interprétation que celle ci-avant exposée, *interprétation selon laquelle pareille clause n'empêche pas nécessairement reconnaissance implicite de la primauté des traités sur la Constitution*. À l'appui de cette affirmation, les experts verseront les éléments suivants:

– Le premier argument est issu de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage elle-même. Sauf en effet à prétendre qu'elle est affectée d'une contradiction théorique majeure – or, on se doit *a priori* de ne pas le présumer, au nom du postulat de rationalité du juge constitutionnel –, cette jurisprudence démontre en effet qu'il n'y a pas de lien de nécessité entre, d'une part, l'interprétation conforme des dispositions constitutionnelles vis-à-vis des dispositions internationales – interprétation conforme que la Cour d'arbitrage pratique depuis l'origine, nous l'avons vu – et, d'autre part, la reconnaissance de la primauté des dispositions internationales sur la Constitution – reconnaissance à laquelle se refuse la jurisprudence classique de la Cour d'arbitrage-. Dans cette perspective, l'on peut simplement interpréter la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à l'interprétation conforme – et il en irait de même de la clause transversale codifiant cette jurisprudence – comme une tentative visant à

rechtstreekse wijze dienen te gebeuren en zouden desgevallend de bepalingen over de herziening van de Grondwet (art. 195) en de bepalingen over het sluiten van verdragen (art. 167) op een gecoördineerde wijze moeten worden herzien (naar het voorbeeld van de Grondwet van Nederland of van Luxemburg).²⁷ Dat is des te meer nodig omdat indien de voorrang van de verdragen op de Grondwet, louter op «impliciete» wijze in de Grondwet zou worden ingeschreven, door een transversale bepaling over de verdragsconforme interpretatie, die voorrang zich in feite zou beperken tot de internationale verdragen inzake de rechten van de Mens in hun verhoudingen tot de bepalingen van titel II van de Grondwet. Een dergelijke selectiviteit *ratione materiae* zou niet te verantwoorden zijn, noch logisch, noch in rechte.

18. Voor het overige wensen de deskundigen de aandacht te vestigen op het feit dat de bepaling over de verdragsconforme interpretatie ook anders kan worden gelezen dan die welke hierboven is samengevat. Een lezing op grond waarvan een dergelijke bepaling niet noodzakelijk de impliciete erkenning van het primaat van de verdragen ten aanzien van de Grondwet met zich brengt, is eveneens mogelijk. Ter staving van die bewering voeren de deskundigen de volgende elementen aan:

– Het eerste argument komt uit de rechtspraak van het Arbitragehof zelf. Tenzij zou worden gesteld dat die rechtspraak is aangetast door een belangrijke theoretische tegenstrijdigheid – waarvan men in het licht van de vooronderstelde redelijkheid van het grondwettelijk hof niet mag uitgaan –, toont die rechtspraak aan dat er geen noodzakelijk verband is tussen de verdragsconforme interpretatie van grondwetsbepalingen (die, zoals we hebben gezien, het Arbitragehof reeds van bij de aanvang aanhoudt) enerzijds, en de erkenning van de voorrang van de internationale verdragen op de Grondwet (een erkenning die de traditionele rechtspraak van het Arbitragehof weigert) anderzijds. In dat opzicht kan de rechtspraak van het Arbitragehof inzake de eensluidende uitlegging (en dat zou ook gelden voor de transversale bepaling welke die rechtspraak codificeert) veeleer te worden geïnterpreteerd als een poging om zich reeds in het kader van de grondwettigheidsstoetsing ervan te

²⁷ Voy. H. Dumont, X. Delgrange et S. Van Drooghenbroeck, «La procédure de révision de la Constitution: suggestions», in *La procédure de révision de la Constitution*, sous la dir. de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, pp. 159 et suiv.

²⁷ Zie H. Dumont, X. Delgrange en S. Van Drooghenbroeck, «La procédure de révision de la Constitution: suggestions», in *La procédure de révision de la Constitution*, onder de leiding van F. Delpérée, Brussel, Bruylant, blz. 159 en volgende.

s'assurer, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, que les traités relatifs aux droits de l'Homme sont bien respectés²⁸, et ne préjugant d'aucune manière de la 'primauté' de ces traités sur l'instrument constitutionnel. Au demeurant, il est arrivé que la Cour d'arbitrage affirme la nécessité d'une interprétation conforme d'une disposition constitutionnelle vis-à-vis d'une autre disposition constitutionnelle²⁹: or, il n'existe, entre les normes constitutionnelles, aucune hiérarchie;

– l'absence de lien nécessaire entre le recours à l'interprétation conforme et l'affirmation de la primauté des traités sur la Constitution s'observe également en droit comparé. Nombre de juridictions suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe ont ainsi pris le parti d'interpréter leur Constitution respective en conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme, alors même que la primauté des traités sur la Constitution n'est pas reconnue, et se trouve même niée, au sein desdits États.³⁰ Un récent arrêt de la Cour constitutionnelle allemande illustre, de manière paradigmatique, l'absence de connexion dont il a été question plus haut: la Cour de Karlsruhe affirme en effet la nécessité que les dispositions de la Loi fondamentale allemande soient interprétées de manière conforme aux

verzekeren dat de verdragen met betrekking tot de rechten van mens wel degelijk in acht worden genomen²⁸, en dat daarbij op generlei wijze uitspraak wordt gedaan over het «voorrang» van die verdragen op de Grondwet. Het Arbitragehof heeft overigens ook al gewezen op de noodzaak om een grondwettelijke bepaling «eensluidend» te interpreteren in het licht van een andere grondwetsbepaling²⁹. Tussen de grondwettelijke normen bestaat er nochtans geen enkele hiërarchie;

– Ook in de rechtsvergelijking stelt men vast dat er geen noodzakelijk verband bestaat tussen het beroep op de verdragsconforme interpretatie enerzijds en het aanvaarden van de voorrang van de verdragen op de Grondwet. Tal van Hoge Rechtscolleges van de lidstaten van de Raad van Europa hebben er immers voor geopteerd hun Grondwet uit te leggen in overeenstemming met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zelfs als in de bedoelde Staten de voorrang van de verdragen op de Grondwet niet wordt erkend en zelfs wordt ontkend.³⁰ Een recent arrest van het Duitse Grondwettelijk Hof illustreert op een paradigmatische wijze dat elk voormeld verband ontbreekt; het Hof van Karlsruhe bevestigt immers dat de bepalingen van de Duitse Grond-

²⁸ J. Velaers, *Samenloop...*, op. cit., p. 303

²⁹ Voy., très clairement, Cour d'arbitrage, n°61/94, 14 juillet 1994, considérant B.2.: «L'article 191 (de la Constitution) n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il le rappelle expressément en commençant par poser en règle que l'étranger qui se trouve sur le territoire 'jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens'. Il ne résulte donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire (au sens des articles 10 et 11 de la Constitution), quelle que soit la nature des principes en cause». Dans un sens identique, voy., Cour d'arbitrage, n°106/2003, 22 juillet 2003, considérant B.5.4.

³⁰ Voy. notamm., Alexandre Arabadjief, «Bulgaria», *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States*, sous la dir. de R. Blackburn et J. Poliakiewicz, Oxford University Press, 2000, p. 197. De manière plus générale, voy. J. Poliakiewicz, «The Status of the Convention in National Law», *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States*, sous la dir. de R. Blackburn et J. Poliakiewicz, Oxford University Press, 2000, p. 32 et suiv.

²⁸ J. Velaers, *Samenloop...*, op. cit., blz. 303.

²⁹ Zie zeer duidelijk Arbitragehof, nr. 61/94, 14 juli 1994, B.2.: «Artikel 191 heeft niet tot doel de wetgever ertoe te machtigen, wanneer hij een dergelijk verschil invoert, zich te onttrekken aan de eerbiediging van de fundamentele beginselen die in de Grondwet zijn verankerd. Dat artikel brengt dit trouwens uitdrukkelijk in herinnering door, in het begin ervan, als regel te stellen dat de vreemdeling die zich op het grondgebied bevindt, 'de bescherming (ge-niet) verleend aan personen en goederen'. Uit artikel 191 vloeit derhalve geenszins voort dat de wetgever, wanneer hij een verschil in behandeling invoert ten nadele van vreemdelingen, zou vermogen er niet over te waken dat dat verschil niet discriminerend zou zijn (in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet), ongeacht de aard van de in het geding zijnde beginselen.» Zie in dezelfde zin Arbitragehof, nr. 106/2003, 22 juli 2003, punt B.5.4.

³⁰ Zie onder meer Alexandre Arabadjief, *Bulgaria, Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States*, onder de leiding van R. Blackburn en J. Poliakiewicz, Oxford University Press, 2000, blz. 197. Meer algemeen, zie J. Poliakiewicz, *The Status of the Convention in National Law, Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States*, onder de leiding van R. Blackburn en J. Poliakiewicz, Oxford University Press, 2000, blz. 32 en volgende.

dispositions correspondantes de la Convention européenne des droits de l'Homme³¹, tout en rappelant cependant que cette Convention a un rang infraconstitutionnel et doit céder le pas lorsque se présente un conflit entre ses dispositions et celles de la Loi fondamentale;

– enfin, l'absence de lien nécessaire entre le recours à l'interprétation conforme et l'affirmation de la primauté des traités sur la Constitution peut être posée, sur le plan théorique, au nom de la fonctionnalité distincte entre ces deux règles: la règle de l'interprétation conforme intervient en amont, aux fins de désamorcer un conflit, tandis que la règle de la primauté intervient en aval, lorsque les ressources de l'interprétation se sont avérées insuffisantes pour désamorcer un conflit, qui, par conséquent, doit être inévitablement tranché.

19. À l'aune des observations qui précèdent, les experts estiment *qu'en insérant une clause transversale d'interprétation conforme dans le titre II la Constitution, le constituant ne pourrait être réputé avoir nécessairement affirmé la primauté des traités protecteur des droits de l'Homme sur les dispositions du titre II de la Constitution*. Aux fins cependant de dissiper toute possibilité de controverse à ce sujet, il serait nécessaire que les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle comportent des indications très claires, et non équivoques, sur ce point.

20. Les constats qui précèdent ne doivent cependant pas dispenser le constituant de réfléchir, *dans le cadre d'un autre débat*, à l'opportunité d'insérer une disposition constitutionnelle qui, une fois pour toute, réglerait de manière explicite, et moyennant éventuellement des aménagements appropriés apportés au niveau de la procédure d'assentiment aux traités (art. 167) et au niveau de la procédure de révision de la Constitution (art. 195), la controverse du rapport hiérarchique entre traités et Constitution.

³¹ 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04: «Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer - von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) - Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2000 - 2 BvR 591/00 -, NJW 2001, S. 2245 ff.)»

wet moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de desbetreffende bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.³¹ Tevens stelt het arrest evenwel dat dit Verdrag een infraconstitutionele rang heeft, en dat het dus moet wijken wanneer een conflict rijst tussen de bepalingen van het Verdrag en die van de Grondwet;

– Ten slotte brengt ook de uiteenlopende functie van de verdragsconforme interpretatie enerzijds en van de voorrang van het verdrag op de Grondwet anderzijds, met zich dat er geen noodzakelijk verband tussen beide bestaat: de regel inzake de verdragsconforme interpretatie wordt toegepast teneinde een conflict te neutraliseren, terwijl de regel inzake de voorrang van het verdrag slechts wordt toegepast, wanneer is gebleken dat de interpretatie niet volstaat om het conflict te neutraliseren, en het derhalve onvermijdelijk wordt het conflict te beslechten.

19. In het licht van de voorafgaande opmerkingen menen de deskundigen dat *de grondwetgever, door een transversale bepaling inzake de verdragsconforme interpretatie op te nemen in titel II van de Grondwet, niet kan worden geacht aldus noodzakelijkerwijze te bevestigen dat de verdragen ter bescherming van de rechten van de mens voorrang hebben op de bepalingen van titel II van de Grondwet*. Teneinde evenwel elke mogelijke controverse terzake te voorkomen, zouden tijdens de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening zeer duidelijke en ondubbelzinnige aanwijzingen dienaangaande moeten worden gegeven.

20. De voormelde vaststellingen mogen de grondwetgever er evenwel niet van weerhouden om, *in het kader van een ander debat*, na te gaan of het niet raadzaam zou zijn een grondwettelijke bepaling op te nemen, die eens en voor altijd uitdrukkelijk de controverse over de hiërarchische verhouding tussen de verdragen en de Grondwet zou beslechten. Daartoe dienen desgevallend de nodige aanpassingen te worden aangebracht aan de procedure tot instemming met de verdragen (artikel 167), alsook aan de procedure tot herziening van de Grondwet (artikel 195).

³¹ 14 oktober 2004, 2 BvR 1481/04: «De Gewährleistungen der Konvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer - von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) - Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>, 83, 119 <128>, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2000 - 2 BvR 591/00 -, NJW 2001, S. 2245 ff.)».

3. La portée de l'obligation d'interprétation conforme

21. L'obligation d'interprétation conforme surviendrait en cas de 'correspondance' entre, d'une part, des droits garantis par le titre II, et, d'autre part, des droits garantis pas les 'conventions internationales ratifiées par la Belgique'. Ainsi qu'en atteste la pratique jusqu'à présent suivie par la Cour d'arbitrage, la 'correspondance' ne suppose pas la parfaite similitude du libellé des dispositions constitutionnelles et internationale: une identité d'objet suffit. En d'autres termes, il y a 'correspondance' lorsque la disposition constitutionnelle et la disposition internationale garantissent, *en substance*, le même droit de l'Homme.

22. Par ailleurs, l'obligation d'interprétation conforme ne doit pas être limitée à la seule hypothèse où la disposition internationale 'correspondante' a un effet direct dans l'ordre juridique belge. Une interprétation conforme aux dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à la Charte sociale européenne révisée, ou encore, à la Convention internationale sur les droits de l'enfant – tous instruments qui, en règle générale, se voient dénier d'effet direct en Belgique – doit être possible.

23. L'interprétation conforme devra prendre en considération, non seulement le texte même de la disposition internationale correspondante, mais également l'interprétation qui lui a été donnée par les organes de surveillance internationaux mis en place pour en assurer le respect. La précision tombe sous le sens s'il s'agit d'organes internationaux de nature juridictionnelle appelés à rendre des décisions obligatoires pour les États, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la Cour de justice des Communautés européennes; l'"autorité de chose interprétée" des arrêts de la première est au demeurant reconnue de longue date, tant par la jurisprudence de la Cour de cassation que par celle de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État. À l'estime des experts cependant, et quoique la jurisprudence belge ne comporte pas encore de précédents notables à ce sujet, l'interprétation conforme doit également prendre en considération les décisions 'quasi-juridictionnelles' rendues par les organes de surveillance institués par les traités internationaux ratifiés par la Belgique ('constatations' rendues, sur communications individuelles, par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, 'décisions' rendues, sur réclamations collectives, par le Comité d'experts indépendant de la Charte sociale européenne,...), de même que, plus largement, les enseignements issus des 'observations générales' ou 'con-

3. De draagwijdte van de verplichting tot verdragsconforme interpretatie

21. De verplichting tot verdragsconforme interpretatie zou gelden wanneer er een 'overeenstemming' bestaat tussen de bij titel II gewaarborgde rechten en de bij door België geratificeerde internationale verdragen gewaarborgde rechten. Uit de door het Arbitragehof tot dusver gevolgde praktijk blijkt dat die 'overeenstemming' niet impliceert dat de bewoordingen van de grondwettelijke en van de internationale bepalingen volledig moeten overeenstemmen; het volstaat dat zij over hetzelfde handelen. Er is met andere woorden sprake van 'overeenstemming' wanneer de grondwettelijke bepaling en de internationale bepaling *in wezen* hetzelfde recht van de mens waarborgen.

22. Voorts blijft de verplichting tot verdragsconforme interpretatie niet beperkt tot de hypothese dat de 'overeenstemmende' internationale bepaling rechtstreekse werking heeft in de Belgische rechtsorde heeft. Het moet mogelijk zijn de interpretatie van Grondwet ook af te stemmen op de bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, het herziene Europees Sociaal Handvest, of het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, alle instrumenten waaraan in België, in beginsel, rechtstreekse werking wordt ontczegd.

23. Bij de verdragconforme interpretatie zal niet alleen rekening moeten worden gehouden met de tekst zelf van de overeenstemmende internationale bepaling, maar tevens met de interpretatie die daaraan wordt gegeven door de internationale toezichtsorganen, die ermee belast zijn de inachtneming ervan te verzekeren. Die precisering spreekt voor zich wanneer het gaat om internationale organen van jurisdictionele aard die voor de Staten bindende beslissingen moeten nemen, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, of het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het 'interpretatief gezag' van de arresten van het EHRM is overigens al lang erkend, zowel door de rechtspraak van het Hof van Cassatie als door die van het Arbitragehof en van de Raad van State. Hoewel zich terzake in de Belgische rechtspraak nog geen belangrijke precedents hebben voorgedaan, menen de deskundigen dat bij de verdragsconforme interpretatie tevens rekening moet worden gehouden met de 'quasi-jurisdictionele' beslissingen van de toezichtsorganen die zijn ingesteld bij de door België geratificeerde internationale verdragen (de 'vaststellingen', op grond van individuele mededelingen, van het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties, de 'beslissingen', op grond van collectieve klachten, van het onafhankelijk Comité van deskundigen van het Europees Sociaal Handvest enzovoort). In ruimere

clusions particulières' élaborées par lesdits organes ('observations générales' du Comité des droits de l'Homme ou du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, ...).³²

24. Enfin, et comme le souligne le libellé de la clause transversale proposée, l'interprétation conforme portera tant sur le «sens» que sur la «portée» du droit considéré. Le «sens» vise l'interprétation des termes qui définissent l'objet du droit en question, et par conséquent, le champ d'application des prérogatives qu'il consacre (*Schutzbereich*), tandis que la «portée» vise les limitations admissibles aux droits considérés. En ce sens, l'obligation d'interprétation conforme trouvera non seulement à s'appliquer aux dispositions qui forment le catalogue proprement dit des droits et libertés du titre II, mais également les clauses transversales, éventuellement insérées dans le même titre, qui régiraient les «restrictions», les «dérogations», l'«interdiction de l'abus de droit»,.... (voy. les notes précédentes des experts).

«(...) sans préjudice des garanties plus étendues que ce titre accorde»

25. Le final de la clause proposée fait écho à une règle classique en matière de protection des droits de l'Homme: c'est le «principe de la clause la plus favorable».

³² Pareille extension se justifie d'autant plus que, occasionnellement, une juridiction comme la Cour européenne des droits de l'Homme s'inspire de la 'soft law' ainsi produite aux fins d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Une telle pratique existe, depuis quelques années, à propos des rapports du C.P.T., ainsi qu'à propos des prises de position des organes de la Charte sociale européenne (voy. p. ex., Cour eur. D.H., arrêt *Koua-Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, § 29; Cour eur. D.H., arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, § 48; Cour eur. D.H., arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, § 47).

zin moet tevens rekening worden gehouden met de lering die kan getrokken worden uit de 'algemene beschouwingen' of de 'bijzondere conclusies' van de voormelde instanties ('algemene beschouwingen' van het Comité voor de Rechten van de Mens of van het Comité voor de Rechten van het Kind van de Verenigde Naties enzovoort).³²

24. Ten slotte zal de verdragsconforme interpretatie, zoals in de bewoordingen van de voorgestelde transversale bepaling wordt gesteld, zowel betrekking hebben op de «zin» als op de «draagwijdte» van het beschouwde recht. De «zin» betreft de interpretatie van de termen die het voorwerp van het betrokken recht omschrijven, en derhalve het toepassingsgebied van de gewaarborgde prerogatieven («*Schutzbereich*»); de «draagwijdte» heeft betrekking op de toelaatbare grenzen van de beschouwde rechten. In die zin zal de verplichting tot verdragsconforme interpretatie niet alleen van toepassing zijn op de bepalingen die de eigenlijke catalogus van de rechten en vrijheden van titel II vormen, maar tevens op de transversale bepalingen die eventueel in dezelfde titel zouden worden opgenomen, die de «beperkingen», de «afwijkingen», het «verbod op rechtsmisbruik» enzovoort instellen (zie de voorgaande nota's van de deskundigen).

«(...) onverminderd de ruimere, door deze titel geboden garanties»

25. De laatste woorden van de voorgestelde bepaling zijn ingegeven door een gebruikelijke regel inzake de bescherming van de mensenrechten: «het beginsel van de meest gunstige bepaling».

³² Een dergelijke uitbreiding is des te meer gerechtvaardigd omdat een rechtscollege, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zich, met het oog op de uitlegging van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, af en toe baseert op het aldus tot stand gekomen 'soft law'. Sinds enkele jaren wordt een soortgelijke praktijk gehanteerd ten aanzien van de rapporten van het C.P.T., alsook ten aanzien van de standpunten van de instanties van het Europees Sociaal Handvest (zie bijvoorbeeld EHRM, arrest *Koua-Poirrez t. Frankrijk* van 30 september 2003, § 29; EHRM, arrest *Wilson, National Union of Journalists en anderen t. het Verenigd Koninkrijk* van 2 juli 2002, § 48; EHRM, arrest *Sidabras en Dziautas t. Litouwen* van 27 juli 2004, § 47).

26. Ce principe, figurant dans la quasi-totalité des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme³³, est exprimé comme suit par l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme: «*Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie*».

27. Une telle clause exprime, fondamentalement, le principe de subsidiarité de la protection internationale des droits de l'Homme; celle-ci ne constitue qu'une protection minimale. Que ce soit par le biais de ses législateurs ou de ses juges, un État ne saurait donc, au nom de ses engagements internationaux relatifs aux droits de l'Homme et de la primauté à leur reconnaître sur le droit interne, s'affranchir, notamment par le biais l'interprétation conforme, des garanties plus protectrices des droits considérés qui seraient contenues dans sa propre Constitution.³⁴

28. Sur ce point également, la clause transversale proposée ne sera, fondamentalement, que déclarative et clarificatrice d'une pratique d'ores et déjà bien ancrée au sein de la jurisprudence belge³⁵:

– voy. Cour d'arbitrage, n°202/2004, 21 décembre 2004, considérant B.5.4.: «*Bien que, en utilisant le terme 'loi', l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une 'loi', au sens formel du terme, le même mot 'loi' utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. Cette exigence constitutionnelle s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme*

26. Dat beginsel komt voor in bijna alle internationale verdragen inzake de bescherming van de mensenrechten³³ en wordt als volgt weergegeven in artikel 53 van het EVRM: «*Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.*»

27. Een dergelijke bepaling geeft in wezen uiting aan het subsidiariteitsbeginsel inzake de internationale bescherming van de mensenrechten. De internationale bescherming is slechts een minimale bescherming. Of de Staat nu via de wetgever of via de rechter optreedt, hij kan zich noch op grond van zijn internationale verplichtingen inzake mensenrechten, noch op grond van de voorrang ervan op het intern recht, en evenmin via de verdragsconforme interpretatie, onttrekken aan de waarborgen die meer bescherming bieden aan de desbetreffende rechten die in zijn eigen Grondwet zouden zijn vervat.³⁴

28. Ook op dat punt zal de voorgestelde transversale bepaling wezenlijk slechts een declaratieve en verhelderende rol spelen ten aanzien van een praktijk die in de Belgische rechtspraak nu al goed is verankerd³⁵:

– zie Arbitragehof, nr. 202/2004, 21 december 2004, punt B.5.4.: «*Ofschoon artikel 8.2 van het voormelde Europees Verdrag, door het woord 'wet' te gebruiken, niet vereist dat in de inmenging die het toestaat, wordt voorzien in een 'wet' in de formele betekenis van het woord, wijst hetzelfde woord 'wet', gebruikt in artikel 22 van de Grondwet, op een wettelijke bepaling. Die grondwettelijke vereiste wordt aan de Belgische wetgever opgelegd, krachtens artikel 53 van het Europees Verdrag, volgens hetwelk de bepalingen van het Verdrag niet zo*

³³ Voy. l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels; l'article H de la Charte sociale européenne révisée; ...

³⁴ De même, le principe de la clause la plus favorable, exprimé notamment par l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme, doit être interprété comme ne faisant pas obstacle à ce qu'un juge interne interprète la Convention européenne des droits de l'Homme de manière plus généreuse que ce que la Cour européenne des droits de l'Homme fait elle-même: voy. S. Van Drooghenbroeck et O. De Schutter, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, pp. 437, 570 et 607 et références citées.

³⁵ Pour davantage de références à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à la matière, voy. J. Velaers, «Samenloop...», *op. cit.*, pp. 305-307. S'agissant de la Cour de cassation, voy. S. Van Drooghenbroeck et O. De Schutter, *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 91-92

³³ Zie artikel 5 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten; artikel 31 van het herziene Europees Sociaal Handvest; enzovoort.

³⁴ Zo moet ook het beginsel van de meest gunstige bepaling, dat met name in artikel 53 van het EVRM is opgenomen, worden uitgelegd in die zin dat het niet verhindert dat een interne rechter het EVRM ruimer uitlegt dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zelf doet: zie S. Van Drooghenbroeck en O. De Schutter, «*Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*», Brussel, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, blz. 437, 570 en 607, en de aangehaalde verwijzingen.

³⁵ Voor meer verwijzingen terzake naar de rechtspraak van het Arbitragehof, zie J. Velaers, «Samenloop...», *op. cit.*, blz. 305-307. Met betrekking tot het Hof van Cassatie, zie. S. Van Drooghenbroeck en O. De Schutter, *Droit international...*, *op. cit.*, blz. 91-92.

limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne»;

– voy. Cour d'arbitrage, n°159/2004, 20 octobre 2004 (à propos de l'octroi, aux personnes de même sexe, du droit de se marier), considérant B.6.2-B.6.4: «*Dans l'interprétation des dispositions conventionnelles citées au moyen, il doit être tenu compte de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 5.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...). Il résulte (de ces dispositions) que l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peuvent être interprétés en ce sens qu'ils empêcheraient des Etats qui sont parties aux conventions précitées d'accorder le droit garanti par ces dispositions aux personnes qui souhaitent exercer ce droit avec des personnes de même sexe*»;

– Voy. Cass., 9 novembre 2004, n° P.04.0849.N (solution implicite): «*Overwegende dat het EVRM primeert op de Grondwet; dat te dezen de Grondwet geen verdergaande eisen stelt aan de beperking van de vrijheid van mening, vergadering en vereniging, dan deze gesteld door het EVRM.*» (Trad.: «*Attendu que la Convention européenne des droits de l'homme prime la Constitution; qu'en l'espèce la Constitution ne pose pas de conditions plus strictes à la limitation de la liberté d'opinion, de réunion et d'association que celles posées par Convention*»).

29. Les experts entendent cependant attirer l'attention du groupe de travail sur les difficultés que, *in concreto*, la mise en œuvre du principe de la clause la plus favorable peut occasionner.

30. Une première difficulté survient en cas de doute sur l'identité de la règle – internationale ou constitutionnelle? – la plus favorable à l'individu. L'exemple classique est fourni par la différence de régime existant actuellement entre la Constitution belge (art. 148) et la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 6, § 1^{er}) quant à la question de la publicité des audiences judiciaires. La Constitution connaît deux exceptions à ce principe, tandis que la Convention en autorise six. Selon J. Velu et R. Ergec, l'article 148 de la Constitution est plus favorable aux intérêts du justiciable, et doit par conséquent prévaloir sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, en vertu de l'article

kunnen worden uitgelegd dat ze beperkingen opleggen of inbreuk maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die met name in het interne recht worden erkend»;

– zie Arbitragehof nr. 159/2004, 20 oktober 2004 (in verband met de toekenning, aan personen van hetzelfde geslacht, van het recht om te huwen), punt. B.6.2-B.6.4: «*Bij de interpretatie van de in het middel aangehaalde verdragsbepalingen dient rekening te worden gehouden met artikel 53 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 5.2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (...). (Uit die bepalingen) vloeit voort dat artikel 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 23.2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten niet zodanig kunnen worden uitgelegd dat zij Staten die partij zijn bij voormelde verdragen zouden verhinderen het in die bepalingen gewaarborgde recht toe te kennen aan personen die dat recht willen uitoefenen met personen van hetzelfde geslacht*»;

– zie Cass., 9 november 2004, nr. P.04.0849.N (impliciete oplossing): «*Overwegende dat het EVRM primeert op de Grondwet; dat te dezen de Grondwet geen verdergaande eisen stelt aan de beperking van de vrijheid van mening, vergadering en vereniging, dan deze gesteld door het EVRM.*».

29. De deskundigen wensen evenwel de aandacht van de werkgroep te vestigen op de moeilijkheden die de tenuitvoerlegging van het principe van de meest gunstige bepaling *in concreto* met zich kan brengen.

30. Een eerste moeilijkheid rijst bij twijfel over de vraag welke regel – de internationale dan wel de grondwettelijke – de meest gunstige regel is voor het individu. Een klassiek voorbeeld daarvan wordt geboden door de verschillende regeling inzake de openbaarheid van de terechtzitting die thans in de Belgische Grondwet (art. 148) en in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (art. 6, § 1) besloten ligt. De Grondwet kent twee uitzonderingen op dat beginsel, terwijl het Verdrag er zes toestaat. Volgens J. Velu en R. Ergec is artikel 148 van de Grondwet gunstiger voor de belangen van de rechtzoekende en moet het bijgevolg primeren op artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten

53 de cet instrument.³⁶ Selon J. van Compernelle³⁷, par contre, la publicité des débats apparaît souvent, non plus comme une garantie pour le justiciable, mais bien comme une source d'atteinte à ses droits et notamment à sa vie privée. Par conséquent, cet auteur considère que l'admission large du huis clos par l'article 6 de la Convention n'est pas source d'une moindre protection pour le justiciable: priorité pourrait lui être accordée sur l'article 148 de la Constitution.

Les experts estiment que, dans le cadre d'une réécriture complète du catalogue constitutionnel belge des droits et libertés, les difficultés de ce genre pourraient être levées, notamment grâce à des prises de position claires des travaux préparatoires quant à la portée et à la fonction des droits et libertés consacrés.

31. Une seconde difficulté, nettement plus épineuse, survient en cas de *conflits entre droits fondamentaux*. Le principe de la clause la plus favorable se trouve comme 'paralysé', et, par conséquent, 'inopérant' lorsque surviennent de tels conflits. La raison en est simple: la protection supplémentaire accordée à l'un des deux droits en conflit aboutit nécessairement à une protection moindre pour le droit concurrent. Ce que l'un des droits antagoniste gagne, l'autre le perd nécessairement. La clause la plus favorable pour un droit, est donc toujours une 'clause moins favorable' pour un autre droit. Dans une telle hypothèse, et sauf à imaginer une hiérarchie rigide entre les droits en conflit, des règles comme celle contenue à l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne sont plus opérantes.

van de Mens, met toepassing van artikel 53 van dat verdrag³⁶. J. van Compernelle³⁷ daarentegen is van oordeel dat de openbaarheid van de debatten vaak geen waarborg voor de rechtzoekende is, maar een mogelijke aantasting van zijn rechten, en inzonderheid van zijn persoonlijke levenssfeer. Bijgevolg is die auteur de mening toegedaan dat de ruime aanvaarding, door artikel 6 van het Verdrag, van de behandeling met gesloten deuren, niet leidt tot minder bescherming van de rechtzoekende; dat artikel zou dan ook voorrang kunnen krijgen op artikel 148 van de Grondwet.

De deskundigen zijn de mening toegedaan dat dergelijke moeilijkheden zouden kunnen worden weggevoerd bij de opstelling van een hernieuwde constitutionele catalogus van rechten en vrijheden. Dat kan inzonderheid gebeuren dankzij duidelijke stellingnames in het raam van de parlementaire voorbereiding over de strekking en de functie van de gewaarborgde rechten en vrijheden.

31. Een tweede – heel wat neteligere – moeilijkheid rijst bij *conflicten tussen grondrechten*. Wanneer dergelijke conflicten rijzen, is het principe van de meest gunstige bepaling als het ware 'verlamd' en wordt het bijgevolg onwerkzaam. De reden daarvoor is eenvoudig: de extra bescherming die aan een van beide met elkaar conflicterende rechten wordt geboden, leidt noodzakelijkerwijs tot minder bescherming voor het concurrerende recht. Wat één van beide met elkaar tegengestelde rechten wint, verliest het andere noodzakelijkerwijs. De meest gunstige bepaling voor het ene recht is dus altijd een 'minder gunstige bepaling' voor een ander recht. In een soortgelijke hypothese, en tenzij men eraan zou denken een strikte hiërarchie tussen de conflicterende rechten in te stellen, zijn regels als die vervat in artikel 53 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens niet werkzaam.

³⁶ J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 435.

³⁷ J. van Compernelle, «L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice et le droit à un procès équitable», *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 80-81 et références citées.

³⁶ J. Velu en R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, blz. 435.

³⁷ J. van Compernelle, «L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'administration de la justice et le droit à un procès équitable», *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Uitg. van de Jonge Balie van Brussel, 1994, blz. 80-81 en aangehaalde referenties.

32. Un exemple simple permettra d'illustrer le propos. Supposons un conflit entre, d'une part, la liberté de la presse – garantie constitutionnellement par l'article 25 et internationalement par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme –, et d'autre part, le droit au respect de la vie privée – garanti constitutionnellement par l'article 22, et internationalement par l'article 8 de la Convention européenne-. À la différence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 25 de la Constitution n'autorise pas les restrictions préventives: en application de l'article 53, la protection constitutionnelle devrait donc être préférée à la protection internationale. Toutefois, la meilleure protection constitutionnelle de la liberté de presse engendre fatalement une moins bonne protection du droit au respect de la vie privée. Ceci ne pose pas de problèmes lorsqu'il y a des alternatives efficaces pour protéger ce droit. Il y a par contre un réel conflit de droits fondamentaux lorsqu'une mesure préventive serait le seul moyen efficace³⁸ pour protéger le droit au respect de la vie privée. Dans ce cas, l'article 53 de la Convention européenne devient incapable de justifier la préférence accordée à la protection constitutionnelle. Comment dès lors doit-on trancher ce type de difficulté? Est-ce l'«équilibre entre droits concurrents» réalisé par la Constitution qui doit prévaloir sur l'«équilibre entre droits concurrents» réalisé par la Convention européenne des droits de l'Homme, ou l'inverse?

33. La clause transversale d'interprétation conforme ci-avant proposée n'a pas vocation à fournir une réponse à ce genre de question, puisque, répétons-le, elle n'a pas pour portée nécessaire d'établir ni d'affirmer, implicitement, une 'hiérarchie' entre traités et Constitution (voy. supra).

32. Een eenvoudig voorbeeld ter illustratie. Veronderstellen we dat een conflict rijst tussen enerzijds de persvrijheid, die grondwettelijk is gewaarborgd door artikel 25 en internationaal door artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, en anderzijds het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, een recht dat is gewaarborgd door artikel 22 van de Grondwet en internationaal door artikel 8 van het Europees Verdrag. In tegenstelling tot artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, staat artikel 25 van de Grondwet geen preventieve beperkingen toe: met toepassing van artikel 53 zou de grondwettelijke bescherming bijgevolg de voorkeur moeten genieten boven de internationale bescherming. De betere grondwettelijke bescherming van de persvrijheid leidt evenwel automatisch tot minder bescherming van het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Zulks doet geen problemen rijzen wanneer er efficiënte alternatieven voorhanden zijn om dat recht te beschermen. Er rijst daarentegen wel een reëel conflict inzake grondrechten wanneer een preventieve maatregel het enige efficiënte middel zou zijn³⁸ om het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te beschermen. In dat geval kan artikel 53 van het Europees Verdrag niet langer de aan de grondwettelijke bescherming verleende voorrang rechtvaardigen. Hoe in dat geval die moeilijkheid definitief uitklaren? Moet het 'evenwicht tussen concurrerende rechten', waaraan de Grondwet uitvoering geeft, primeren op het 'evenwicht tussen concurrerende rechten' waaraan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens uitvoering geeft, of omgekeerd?

33. De hierboven voorgestelde transversale bepaling over de verdragsconforme interpretatie is niet bedoeld om een antwoord op dergelijke vragen te bieden, aangezien ze – het zij nogmaals herhaald – niet noodzakelijk er toe strekt impliciet enige 'hiërarchie' tussen de Verdragen en de Grondwet (zie boven) in te stellen of te bevestigen.

³⁸ Sur l'inefficacité relative des mesures préventives J. Velaers, ««De censuur kan nooit worden ingevoerd» Over de motieven van het censuurverbod», in *Censuur-Censures. Actes du colloque du 16 mai 2003 - Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Brussel, Larcier, 2003, p. 46-49.

³⁸ Over de betrekkelijk inefficiënte werking van de preventieve maatregelen, zie J. Velaers, «De censuur kan nooit worden ingevoerd - Over de motieven van het censuurverbod», in *Censuur-Censures - Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Brussel, Larcier, 2003, blz. 46-49.

34. L'on notera³⁹ toutefois l'existence d'un arrêt de la Cour d'arbitrage qui, sur le fond, touche de près la problématique ici abordée. En l'occurrence, la Cour était chargée de se prononcer sur la licéité des atteintes au secret de la correspondance impliquées par les 'méthodes particulières d'enquête'. La Cour⁴⁰ raisonna comme suit:

³⁹ On peut également relever les interrogations qui furent celles de la Section de législation du Conseil d'État dans un avis rendu sur une proposition de loi modifiant du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques, en vue de permettre un contrôle préalable à la diffusion d'imprimés à caractère raciste, xénophobe ou négationniste (*Doc. parl. Sénat*, Doc 51-788/02). Rappelons-le: il est de doctrine classique d'affirmer que la liberté de presse est mieux protégée par la Constitution belge (article 25) que par la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 10). La première, à la différence de la seconde, interdit *a priori*, et de manière absolue, toute forme de limitation préventive. *In casu*, la proposition de loi soumise au Conseil d'État avait en substance pour effet d'interdire à la Poste et à toute autre entreprise autorisée à prêter un service postal de transporter et distribuer des tracts racistes, xénophobes ou négationnistes. À l'estime du Conseil d'État, cette proposition méconnaissait l'article 25 de la Constitution, soit qu'elle avait l'effet d'introduire une censure prohibée par l'article 25, al. 1, de cette disposition, soit qu'elle dérogeait au mécanisme de la 'responsabilité en cascade' imposé par l'article 25, al. 2, de la Constitution. Ceci étant, l'avis se clôture par les considérations suivantes:

«La section de législation du Conseil d'État relève cependant que plusieurs engagements internationaux de la Belgique, notamment l'article 13 du traité CE, la directive n°2000/43 CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, l'article 20, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 4 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (...) lui imposent de prendre les mesures positives tendant à garantir la non-discrimination raciale. Certaines dispositions internationales, notamment l'article 10, § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, combiné éventuellement avec les articles 14 et 17 de la même Convention, et l'article 19, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, combiné éventuellement avec les articles 5, § 1^{er}, et 26, du même Pacte, peuvent rendre admissibles, à de très strictes conditions, éclairées notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (...) et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (...), des restrictions à la liberté de presse et à la liberté d'expression, dont on ne peut exclure, selon cette jurisprudence, qu'elles aient la nature de mesures préventives ou dérogatoires au régime en vigueur en Belgique de la responsabilité en cascade en matière de presse.

Si le législateur devait estimer que les obligations positives tendant à garantir la non-discrimination raciale peuvent impliquer, le cas échéant, des mesures du type de celles qui sont envisagées par la proposition à l'examen, l'admissibilité de pareilles mesures nécessiterait en tout cas la révision préalable, en ce sens, de l'article 25 de la Constitution.»

⁴⁰ Cour d'arbitrage, n°202/2004, 21 décembre 2004.

34. Er zij evenwel verwezen naar het arrest van het Arbitragehof ³⁹ dat, wat de grond van de zaak betreft, nauw aansluit bij het hier aangekaarte problematiek. *In casu* diende het Hof zich uit te spreken over de oorbaarheid van de schendingen van het briefgeheim, die in de 'bijzondere onderzoeksmethodes' vervat waren. In dat verband hield het Hof⁴⁰ de volgende redenering aan:

³⁹ Er zij tevens verwezen naar de vragen die de Afdeling Wetgeving van de Raad zich stelde in een advies, verleend omtrent een wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 tot hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, ten einde een voorafgaande controle mogelijk te maken op de verspreiding van drukwerk met een racistisch, xenofob of negationistisch karakter (*Stuk Kamer*, DOC 51 788/002). Er zij nogmaals op gewezen: de klassieke rechtsleer stelt dat de persvrijheid beter beschermd is door de Belgische Grondwet (artikel 25) dan door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (artikel 10). In tegenstelling tot het Verdrag verbiedt de Grondwet immers *a priori* en op absolute wijze iedere vorm van preventieve beperking. *In casu* strekte het aan de Raad van State voorgelegde wetsvoorstel er in essentie toe De Post en elk ander bedrijf dat postdiensten mag verstrekken, te verbieden racistische, xenofobe of negationistische pamfletten te vervoeren of te bestellen. Naar het oordeel van de Raad van State hield dit voorstel geen rekening met artikel 25 van de Grondwet omdat het ofwel het effect sorteerte een – door artikel 25, eerste lid, van die bepaling verboden - censuur in te voeren, ofwel omdat het voorstel een afwijking inhield van het mechanisme van de 'getrapte verantwoordelijkheid', opgelegd door artikel 25, tweede lid, van de Grondwet. Dit gezegd zijnde, wordt het advies afgesloten door de volgende overwegingen:

«De afdeling Wetgeving van de Raad van State wijst er evenwel op dat verscheidene internationale verbintenissen van België, inzonderheid artikel 13 van het EG-Verdrag, richtlijn nr. 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, artikel 20, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en artikel 4 van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van 7 maart 1966 België opleggen positieve maatregelen te nemen om discriminatie op grond van ras uit te sluiten. Sommige internationale verdragsbepalingen, inzonderheid artikel 10, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in samenhang eventueel met de artikelen 14 en 17 van hetzelfde Verdrag, en artikel 19, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, in samenhang eventueel met de artikelen 5, lid 1, en 26 van hetzelfde Verdrag, kunnen, onder zeer strikte voorwaarden die order meer worden toegelicht door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties, beperkingen op de vrijheid van drukpers en op de vrijheid van meningsuiting, geoorloofd maken, waarbij, volgens die rechtspraak, niet kan worden uitgesloten dat die beperkingen neerkomen op preventieve maatregelen of maatregelen waarmee wordt afgeweken van het in België geldende stelsel van de getrapte verantwoordelijkheid in drukpersaangelegenheden.

Ook al zou de wetgever van oordeel zijn dat de positieve verplichtingen die ertoe strekken discriminatie op grond van ras uit te sluiten, in voorkomend geval kunnen leiden tot maatregelen zoals die bedoeld in het voorliggende voorstel, dan nog is in ieder geval, voordat zulke maatregelen aanvaardbaar kunnen zijn, eerst een herziening van artikel 25 van de Grondwet in die zin nodig».

⁴⁰ Arbitragehof, nr. 202/2004, 21 december 2004

«B.12.1. Le quatrième moyen concerne l'interception, l'ouverture et la prise de connaissance du courrier, qui constituent l'une des 'autres méthodes d'enquête', et qui sont prévues par les articles 46ter et 88sexies du C.I.Cr. Les requérantes considèrent que ces dispositions violent l'article 29 de la Constitution, qui dispose: «Le secret des lettres est inviolable La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste.»

B.12.2. Si le secret des lettres a pu être conçu comme absolu, lors de l'adoption de la Constitution, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles ainsi que de conventions internationales.

Les articles 15 et 22 de la Constitution, qui garantissent respectivement l'inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée et familiale, sont liés à l'article 29 et participent de la même volonté du Constituant de protéger l'individu dans sa sphère privée afin de permettre son développement et son épanouissement.

Si l'article 29 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au droit fondamental qu'il consacre, une telle restriction peut néanmoins se justifier si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment la liberté individuelle (article 12, alinéa 1^{er}, de la Constitution), le droit à la vie (article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme) et le droit de propriété (article 16 de la Constitution et article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme), le législateur se doit d'organiser une répression efficace des atteintes qui sont portées à ces droits fondamentaux par des activités criminelles, ce qui peut rendre nécessaires des restrictions au secret des lettres, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi».

On aperçoit que, dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage a 'relativisé' un droit dont la protection constitutionnelle est pourtant textuellement absolue (art. 29), en se fondant notamment sur les impératifs de protection des droits concurrents issus du droit international des droits de l'Homme (art. 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention). On aurait cependant tort de déduire nécessairement de ce constat que la Cour a affirmé, implicitement mais certainement, la primauté de la Convention susdite sur la Constitution. En effet, la 'relativisation' des droits garantis par l'article 29 est justifiée,

«B.12.1. Het vierde middel heeft betrekking op het onderscheppen, het openen en het kennisnemen van post, een praktijk die een van de «andere onderzoeksmethoden» vormt, en waarin is voorzien in de artikelen 46ter en 88sexies van het Wetboek van strafvordering. De verzoekende partijen zijn van oordeel dat die bepalingen artikel 29 van de Grondwet schenden, dat luidt: «Het briefgeheim is onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven.

B.12.2. Hoewel het briefgeheim, bij de aanneming van de Grondwet, nog als absoluut kon worden opgevat, kunnen thans, om de draagwijdte ervan te bepalen, andere grondwetsbepalingen alsmede internationale verdragen niet buiten beschouwing worden gelaten.

De artikelen 15 en 22 van de Grondwet, die respectievelijk de onschendbaarheid van de woning en het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven waarborgen, zijn verbonden met artikel 29 en gaan uit van dezelfde wil van de Grondwetgever om het individu in zijn privé-sfeer te beschermen teneinde zijn ontwikkeling en ontplooiing mogelijk te maken.

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

Het blijkt dat het Arbitragehof in dit arrest is overgegaan tot de 'relativering' van een recht waarvan de grondwettelijke bescherming nochtans, volgens de tekst, absoluut is (artikel 29), en dat het zich daarbij geeft gebaseerd op de noodzaak de concurrerende rechten, voortvloeiend uit het internationaal recht inzake de mensenrechten (artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het eerste aanvullend protocol bij dat Verdrag) te beschermen. Uit die constatering zou men evenwel ten onrechte afleiden dat het Hof, impliciet maar zeker, de primauteit van voormeld Verdrag op de Grondwet zou hebben bevestigd. De 'relativering' van de

concurrentement, par une interprétation 'contextuelle' menée au regard d'autres dispositions constitutionnelles (art. 15 et 22), et par la nécessité d'accorder une protection adéquate à d'autres droits garantis par la Constitution (art. 12 et 16). Sur ce dernier point, l'arrêt de la Cour d'arbitrage rejoint les enseignements de la Cour constitutionnelle allemande, selon lesquels des droits constitutionnels qui ne sont pas textuellement 'limitables', peuvent néanmoins être limités lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres droits constitutionnellement garantis (doctrine des limitations 'immanentes').⁴¹

B. ÉCHANGE DE VUES

I. Questions des membres

M. Alfons Borginon (VLD) formule tout d'abord une remarque quant à la traduction du mot «correspondants» en néerlandais. Il serait préférable, selon lui, de le traduire par le mot «overeenstemmen» plutôt que par le mot «corresponderen».

Beaucoup a été dit sur la question de la primauté des conventions internationales sur la Constitution. Il faudrait dès lors indiquer clairement que la volonté en l'espèce n'est pas de trancher le débat.

L'orateur émet ensuite trois observations quant au fond.

1. M. Van Drooghenbroeck a donné des exemples très théoriques à propos de la difficulté qui survient en cas de conflits entre droits fondamentaux. Un exemple plus concret réside dans la composition de l'exécutif musulman. Les conditions qui ont été imposées pour que cet exécutif puisse bénéficier de subventions sont opposées à la liberté d'association.

L'orateur est d'avis qu'il y aura toujours des difficultés en cas de conflits entre droits fondamentaux. La clause transversale ne peut dès lors s'appliquer qu'en présence d'un seul droit.

2. La note des experts fait référence aux conventions internationales. L'orateur se demande si elle vise également les autres conventions qui ne traitent pas directement des droits de l'homme. Selon lui, il serait préférable de se limiter aux grandes conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme.

⁴¹ Voy. C. Starck, «La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux», R.D.P., pp. 1268-1269.

rechten, gewaarborgd door artikel 29, wordt immers mede verantwoord door een 'contextuele' interpretatie van andere grondwettelijke bepalingen (art. 15 en 22) en door de noodzaak een sluitende bescherming te bieden aan andere door de Grondwet gewaarborgde rechten (artikel 12 en artikel 16). Op dit laatste punt sluit het arrest van het Arbitragehof aan bij de conclusies van het Duitse Grundwettelijk Hof, naar luid waarvan grondwettelijke rechten die niet tekstueel 'inperkbaar' zijn, toch kunnen worden ingeperkt wanneer zij in conflict treden met andere grondwettelijk gewaarborgde rechten (leer van de 'immanente' beperkingen).⁴¹

B. GEDACHTEWISSELING

I. Vragen van de leden

De heer Alfons Borginon (VLD) formuleert eerst een opmerking over de Nederlandse vertaling van het woord «correspondants». Volgens hem ware het verkieslijk dat te vertalen met het woord «overeenstemmen» in plaats van met het woord «corresponderen».

Er is heel wat gezegd over het primaat van de internationale verdragen over de Grondwet. Derhalve zou moeten worden aangegeven dat het in dezen niet de bedoeling is de knoop door te hakken.

Vervolgens maakt de spreker drie opmerkingen over de grond van de zaak.

1. De heer Van Drooghenbroeck heeft erg theoretische voorbeelden gegeven van het knelpunt dat rijst bij onderlinge conflicten tussen grondrechten. Een meer concreet voorbeeld is de samenstelling van de Moslimexecutieve. De aan die executieve gestelde voorwaarden om subsidies te kunnen genieten, zijn strijdig met de vrijheid van vereniging.

De spreker meent dat in geval van conflicten tussen grondrechten altijd moeilijkheden zullen rijzen. De transversale clausule is dus alleen toepasbaar indien men te maken heeft met één enkel recht.

2.. In de nota van de deskundigen wordt naar de internationale verdragen verwezen. Voorts vraagt de spreker zich af of die nota ook slaat op de andere verdragen die niet rechtstreeks de mensenrechten betreffen. Volgens hem ware het verkieslijk zich te beperken tot de grote internationale verdragen betreffende de rechten van de mens.

⁴¹ Zie C. Starck, «La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux», R.D.P., blz. 1268-1269.

3. La Cour d'arbitrage a récemment organisé un symposium sur «les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État». Il lui paraît qu'il est plus opportun de demander à la Cour d'arbitrage d'interpréter en l'espèce la norme plutôt qu'aux cours et tribunaux.

Mme Talbia Belhouari (PS) attire l'attention sur le fait qu'elle n'a toujours pas reçu de réponse de la part des experts aux questions qu'elle a précédemment posées. Elle émet ensuite les réflexions suivantes:

– Actuellement, les juridictions sont tenues par l'applicabilité directe de la règle de droit international pour autant que cette règle soit d'immédiate application. Cette clause constitutive d'une directive d'interprétation conforme au droit international quant au sens et la portée des droits envisagés ne constitue t-elle pas la consécration d'une pratique jurisprudentielle existante et, si non, quels en sont les véritables apports surtout pour les normes qui ne sont pas directement applicables?

– Concernant la terminologie employée, il n'y a pas non plus d'uniformité possible. La condition de «légalité», par exemple, comme condition à une restriction doit-elle s'entendre au sens formel ou matériel? On sait qu'il n'y a pas de définition univoque en la matière et que la définition est fonction du système dans lequel on se place.

– Que se passera-t-il en cas d'interprétations plurielles ou, lorsqu'une affaire sera pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme et qu'une même affaire sera également introduite devant la juridiction nationale? Quid de l'effectivité ici de la clause d'interprétation conforme? Le juge national devra-t-il surseoir à statuer? Qu'en est-il également des questions difficiles et non encore réellement tranchées sur le plan international quant au sens et à la portée à donner à une liberté voire à une restriction déterminée?

– Sur la base de quels critères «objectifs» peut-on prétendre qu'il y a analogie quant au sens et à la portée d'une disposition? Cela lui paraît assez subjectif en soi.

– Enfin, qu'en est-il en cas de conflits entre droits fondamentaux? Si une mesure préventive considérée comme moins favorable à l'individu dans un premier temps (ex. la censure) est reconnue par le droit international, le choix se portera sur le droit constitutionnel de l'État mais ce droit peut, dans un second temps, être

3. Het Arbitragehof heeft onlangs een symposium georganiseerd over «de verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State». Het lijkt hem raadzamer het Arbitragehof te verzoeken in dit geval veeleer zelf te interpreteren dan zulks over te laten aan de hoven en rechtbanken.

Mevrouw Talbia Belhouari (PS) vestigt er de aandacht op dat zij nog altijd geen antwoord heeft gekregen op de vragen die zij voordien had gesteld. Vervolgens formuleert zij de volgende opmerkingen.

– Thans moeten de rechtbanken zich houden aan de rechtstreekse toepasselijkheid van de internationaalrechtelijke regel, op voorwaarde dat die regel onmiddellijk van toepassing is. Bekrachtigt die clause tot uitvaardiging van een richtlijn die overeenkomstig het internationale recht uitleg verstrekt over de zin en de draagwijdte van de bedoelde rechten, niet een bestaande, in de jurisprudentie gehanteerde werkwijze? Mocht zulks niet het geval zijn, welke meerwaarde biedt ze dan, in het bijzonder voor de normen die niet rechtstreeks toepasselijk zijn?

– Met betrekking tot de gebezigde terminologie is al evenmin eenvormigheid mogelijk. Moet bijvoorbeeld de wettigheidsvoorwaarde als beperkende voorwaarde nu in formele, dan wel in materiële zin worden geïnterpreteerd? Het is bekend dat terzake geen eenduidige definitie voorhanden is, en dat de definitie varieert naar gelang van haar context.

– Wat zal gebeuren in geval van meervoudige interpretaties, dan wel indien een zaak gelijktijdig in behandeling is bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en voor het nationale gerecht? Hoe staat het in onderhavig geval met de uitwerking van de overeenkomstige interpretatieclause? Zal de nationale rechter zijn uitspraak moeten opschorten? Hoe staat het voorts met de heikele internationale aangelegenheden waarin nog niet echt iets besloten is inzake de betekenis en de draagwijdte welke moeten worden verleend aan een welbepaalde vrijheid of zelfs beperking?

– Op grond van welke «objectieve» criteria kan beweerd worden dat sprake is van een analogie wat de zin en de draagwijdte van een bepaling betreft? Zulks lijkt de spreekster op zich al vrij subjectief.

– Hoe staan ten slotte de zaken in geval van onderlinge conflicten tussen grondrechten? Indien het internationale recht een preventieve maatregel erkent die in een eerste fase als minder gunstig voor de betrokkene wordt beschouwd, dan zal worden gekozen voor het grondwettelijke recht van de desbetreffende Staat. Dat

moins protecteur, par exemple du respect de la vie privée, que si application du droit international avait été faite. Ne doit-on pas laisser au juge le soin de jauger librement les intérêts en présence?

Le Constituant a effectivement entendu, et c'est inhérent à tout état démocratique, que la matière des libertés soit de la compétence du législateur. Si on se réfère à l'insertion d'une clause d'application conforme aux conventions internationales, comment doit-on entendre le concept de «légalité»? Le droit interne se réfère à une loi au sens formel quand d'autres pays signataires de conventions internationales se réfèrent à une loi au sens matériel étant entendu comme «tout cadre juridique suffisamment précis quelle que soit sa source d'élaboration» (arrêt du Sunday Times où la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la prévisibilité du cadre comme répondant à la condition de légalité).

II. Réponses de M. Van Drooghenbroeck

M. Van Drooghenbroeck observe que la clause transversale offre une réponse claire en cas d'unidimensionnalité. Certes, de plus en plus de litiges se traduisent actuellement par un conflit entre droits fondamentaux. Il donne l'exemple de la lutte contre le terrorisme. *A priori*, un tel conflit ne peut être totalement encadré. Il relève *in fine* de la tâche du juge.

M. Borginon a également posé une question quant à la nature des conventions internationales et notamment quant à celles dont l'objet n'est pas de traiter des droits fondamentaux mais qui néanmoins se rattachent à la nébuleuse des droits fondamentaux.

L'intervenant se déclare partagé sur cette question. D'une part, il s'agit de prendre en considération les conventions relatives à la protection des droits fondamentaux et d'un autre côté, le juge belge doit également prendre en considération d'autres traités.

Enfin, M. Borginon a évoqué la problématique de la répartition de la compétence d'interprétation entre la Cour d'arbitrage et la Cour de cassation. Cette problématique est très sensible. Des propositions ont été formulées par le groupe de travail dont le professeur Velaers était rapporteur au cours du symposium auquel M. Borginon fait allusion.

Mme Belhouari s'est interrogée sur les conventions à effet direct. Pour l'expert, il n'y a pas lieu de se limiter à

recht kan in een tweede fase evenwel minder bescherming bieden (bijvoorbeeld wat de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer betreft) dan het geval was geweest mocht het internationale recht zijn toegepast. Moet aan de rechter niet de vrijheid worden geboden vrijelijk de in het geding zijnde belangen tegen elkaar af te wegen?

De grondwetgever had – zoals inherent is aan alle democratische rechtsstaten – het oogmerk ervoor te zorgen dat de wetgever bevoegd zou zijn wat de vrijheden betrof. Wat moet worden verstaan onder het begrip «wettigheid» ingeval wordt verwezen naar de invoeging van een clausule die overeenkomstig de internationale verdragen van toepassing is? In het nationale recht wordt verwezen naar een wet in formele zin, terwijl andere landen die internationale verdragen hebben ondertekend, verwijzen naar een wet in de materiële zin van het woord, welke dan wordt opgevat als «*tout cadre juridique suffisamment précis quelle que soit sa source d'élaboration*» (arrest-Sunday Times, waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft erkend dat de voorzienbaarheid van het kader beantwoordt aan de wettigheidsvoorwaarde).

II. Antwoorden van de heer Van Drooghenbroeck

De heer Van Drooghenbroeck merkt op dat de transversale bepaling een duidelijk antwoord biedt in geval van unidimensionaliteit. Tal van geschillen uiteten zich thans in een conflict tussen grondrechten. Hij geeft het voorbeeld van de terrorismebestrijding. Voor een dergelijk conflict kan *a priori* niet volledig een kader worden bepaald. Het behoort uiteindelijk tot de taak van de rechter.

De heer Borginon heeft ook een vraag gesteld over de aard van de internationale verdragen en meer bepaald over die welke niet beogen betrekking te hebben op de grondrechten maar die niettemin verband houden met de schemerzone van de fundamentele rechten.

De spreker zegt over die kwestie in dubio te staan. Enerzijds moet rekening worden gehouden met de verdragen betreffende de bescherming van de grondrechten, maar anderzijds moet de rechter ook andere verdragen in aanmerking nemen.

Ten slotte heeft de heer Borginon de problematiek van de verdeling van de interpretatiebevoegdheid tussen het Arbitragehof en het Hof van Cassatie aangekaart. Die problematiek ligt zeer gevoelig. Er zijn voorstellen geformuleerd door een werkgroep waarvan professor Velaers verslaggever was op het symposium waarnaar de heer Borginon verwijst.

Mevrouw Belhouari heeft vragen gesteld over de verdragen met rechtstreekse uitwerking. Volgens de des-

de telles conventions. On peut en effet interpréter le droit interne en conformité avec des textes internationaux qui n'ont aucun effet juridique (par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme). Une autre question a porté sur la nature de l'analogie suffisante. Celle-ci doit être résolue au cas par cas. Enfin, une dernière réflexion a porté sur le mot «loi». Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce mot peut aussi désigner un arrêté royal. En Belgique, le mot «loi» ne concerne que le pouvoir législatif.

Le président attire l'attention sur l'importance de la notion de «convention internationale». Il existe d'autres textes importants relatifs aux droits de l'homme que seule la Convention européenne des droits de l'homme. Cette question doit être mûrement réfléchie.

M. Alfons Borginon (VLD) rejoint cette observation en faisant remarquer qu'à côté des conventions sur les droits de l'homme, il existe également des textes post conventions, plus pragmatiques et plus restrictifs sur certains aspects. Si la primauté est accordée aux textes internationaux, elle doit être donnée aux conventions qui ont été délibérées et non aux textes post conventions. Il suggère dès lors que seules les conventions délibérées au niveau international et ratifiées par la Belgique soient prises en considération.

M. Van Drooghenbroeck partage la préoccupation de l'orateur. En l'absence du professeur Velaers, il ne peut aller plus loin dans la réflexion.

V. — L'INSERTION D'UNE CLAUSE CONSTITUTIONNELLE TRANSVERSALE RELATIVE À LA GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX

A. NOTE DES EXPERTS

1. Dans le cadre de la réflexion menée jusqu'à présent au sujet des clauses transversales susceptibles d'être insérées au sein d'un titre II de la Constitution 'mis à jour', il est apparu aux experts qu'il serait opportun d'intégrer, au sein dudit titre, une clause dont l'objet serait de préciser «*quels sont les débiteurs des droits et libertés, et quelle est la nature exacte des obligations que leur imposent les dispositions constitutionnelles qui consacrent ces droits et libertés*». Baptisée 'clause relative à la garantie des droits fondamentaux' et inspirée de l'article 35 de la nouvelle Constitution helvétique

kundige moet men zich niet tot dergelijke verdragen beperken. Men kan het intern recht immers uitleggen overeenkomstig de internationale teksten die geen enkele juridische uitwerking hebben (bijvoorbeeld de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens). Een andere vraag had betrekking op de aard van de voldoende analogie. Die moet geval per geval worden opgelost. Ten slotte gold een laatste bedenking op het woord «wet». Volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens kan met dat woord ook een koninklijk besluit worden bedoeld. In België betreft het woord «wet» alleen de wetgevende macht.

De voorzitter attendeert op het belang van het begrip «internationaal verdrag». Er bestaan andere belangrijke teksten aangaande de rechten van de mens dan alleen het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Over die kwestie moet grondig worden nagedacht.

De heer Alfons Borginon (VLD) is het eens met die opmerking en hij wijst erop dat er naast de verdragen over de mensenrechten ook teksten bestaan die na de verdragen zijn uitgewerkt en die op bepaalde aspecten pragmatischer en restrictiever zijn. Als de internationale teksten het primaat krijgen, moet die worden verleend aan de verdragen waarover werd onderhandeld, en niet aan de teksten die naderhand werden opgesteld. Hij suggereert derhalve dat alleen de op internationaal vlak onderhandelde en door België bekrachtigde verdragen in aanmerking worden genomen.

De heer Van Drooghenbroeck deelt die bezorgdheid van de spreker. In afwezigheid van professor Velaers kan hij die reflectie niet uitdiepen.

V. — INVOEGING VAN EEN TRANSVERSALE BEPALING IN DE GRONDWET MET BETREKKING TOT HET WAARBORGEN VAN DE GRONDRECHTEN

A. NOTA VAN DE DESKUNDIGEN

1. In het raam van de reflectie over de transversale bepalingen die in een titel II van de Grondwet kunnen worden ingevoegd, komt het de deskundigen voor dat het opportuun zou kunnen zijn om een bepaling in te voegen die ertoe zou strekken te preciseren «*wie door de rechten en vrijheden uit titel II van de Grondwet gebonden is en wat de precieze aard is van de verplichtingen die worden opgelegd door de grondwettelijke bepalingen die deze rechten en vrijheden waarborgen*». Die bepaling werd 'bepaling over het waarborgen van de grondrechten' genoemd en is gebaseerd op artikel 35

du 18 avril 1999¹, cette clause aurait pour ambition de codifier – et, dans une certaine mesure, de clarifier – les acquis de la réflexion doctrinale et jurisprudentielle menée sur l'un et l'autre thème, non seulement dans la sphère du droit constitutionnel belge, mais aussi dans la sphère du droit européen et international des droits de l'Homme.

Aux fins de restituer au mieux les enjeux concrets de la problématique, les experts formulent ci-après une proposition de texte pour ladite clause, dont les éléments saillants sont par la suite brièvement commentés.

I. Texte proposé

2. Comme annoncé, le texte proposé s'inspire très largement des principes contenus dans l'article 35 de la nouvelle Constitution helvétique.

«Les droits et libertés contenus dans le présent titre s'imposent à toutes les autorités publiques.

Celles-ci sont tenues:

- de respecter ces droits et libertés;
- d'œuvrer à leur réalisation effective;
- de veiller à ce que, dans la mesure où ils s'y prêtent, ils soient respectés et réalisés dans les relations entre particuliers».

II. Commentaire

1. Les autorités publiques comme destinataires juridiques directs des droits et libertés

3. La disposition proposée identifie sous le terme d'"autorités publiques" les *destinataires juridiques directs* des droits et libertés consacrés par le titre II de la Constitution. En d'autres termes, seules ces autorités sont destinataires des obligations imposées par ce titre II.

4. Le terme d'«autorité publique» doit être interprété de la manière la plus large qui soit, comme visant les autorités «législatives», administratives et juridictionnelles de toutes sortes, que ce soit au niveau (para-)fédé-

van de nieuwe Zwitserse Grondwet van 18 april 1999¹. Het is de bedoeling dat, aan de hand van voormelde bepaling, de verworvenheden worden gecodificeerd (en inzekere mate uitgeklaard) die tot uiting komen in de rechtsleer en de rechtspraak over het Belgisch constitutioneel recht en het Europees en internationaal recht inzake de mensenrechten.

Teneinde zo goed mogelijk in kaart te brengen wat er bij dat vraagstuk concreet op het spel staat, formuleren de deskundigen hierna een tekstvoorstel voor voormelde bepaling, waarvan de belangrijkste elementen nadien kort worden becommentarieerd.

I. Voorgestelde tekst

2. Zoals aangekondigd, is de voorgestelde tekst in zeer ruime mate ingegeven door de principes die zijn vervat in artikel 35 van de nieuwe Zwitserse Grondwet.

«De in deze titel vervatte rechten en vrijheden gelden voor alle overheden.

Die overheden zijn ertoe gehouden:

- deze rechten en vrijheden te eerbiedigen;
- te ijveren voor de effectieve verwezenlijking ervan;
- *erover te waken dat deze, voorzover ze er zich toe lenen, worden geëerbiedigd en verwezenlijkt in de betrekkingen tussen particulieren onderling».*

II. Commentaar

1. De overheden als rechtstreekse juridische bestemmingen van de rechten en vrijheden

3. In de voorgestelde bepaling worden de 'overheden' als de *rechtstreekse juridische bestemmingen* van de rechten en vrijheden, verankerd in titel II van de Grondwet, aangeduid. De door bij die titel II opgelegde verplichtingen gelden met andere woorden alleen voor die overheden.

4. Het begrip «overheid» moet zo ruim mogelijk worden opgevat. De term slaat op alle «wetgevende», administratieve en rechtsprekende overheden, en dat zowel op (para-)federaal, (para-)communautair,

¹ Sur la portée de cette clause, voy. J.-F. Aubert et P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, 2003, pp. 311 et suiv.

¹ Over de strekking van deze bepaling, zie J.-F. Aubert en P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, 2003, blz. 311 e.v.

ral, (para-)communautaire, (para-)régional, (para-)provincial ou (para-)communal. Les 'autorités publiques' ainsi comprises sont liées par les droits fondamentaux et les obligations que ceux-ci imposent, non seulement dans leurs activités de puissance publique proprement dite, mais également, et plus largement, dans tous les rapports qu'elles sont appelées à nouer dans le commerce juridique (relations vis-à-vis de leurs personnels, passation de marchés publics, gestion du domaine privé de la puissance publique, ...): il s'agit là d'une solution acquise de longue date en Belgique.

5. Tout englobant qu'il soit, le choix du terme 'autorité publique' impliquerait, par contre, de manière claire, que les personnes privées (personnes physiques ou personnes morales), ne sont pas, quant à elles, *directement liées, en droit, par les dispositions du titre II*, et ce, même si ces personnes privées se trouvent investies de missions qui, traditionnellement, se rattachent à l'exercice de la puissance publique (maintien de l'ordre, enseignement,...).²

6. L'on n'ignore évidemment pas que des atteintes aux droits fondamentaux, parfois très graves, peuvent survenir entre des personnes privées. Toutefois, la protection contre ce type d'atteinte ne doit pas nécessairement emprunter la forme d'une sujétion directe de l'ensemble des particuliers aux obligations constitutionnelles qui découlent des droits et libertés (*unmittelbare Drittwirkung / effet horizontal direct / direkte derdenwerking*); elle peut aussi être adéquatement réalisée par l'affirmation, dans le chef des autorités publiques, d'une obligation de protéger les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers. (*mittelbare Drittwirkung / effet horizontal indirect, onrechtstreekse derdenwerking*)

7. À l'estime des experts, la seconde solution – incarnée par le troisième tiret du second alinéa de la disposition proposée – est préférable à la première. Tout d'abord, parce qu'elle semble mieux rendre compte de la pratique jusqu'à présent suivie par le Constituant belge et par la jurisprudence belge lorsque l'un et l'autre ont abordé la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux – encore que la pratique jurisprudentielle ne soit pas toujours claire à cet égard (*infra*, n° 22). Ensuite, parce qu'il apparaît que la solution consistant à investir *directement* tous les particuliers des obligations constitutionnelles imposées par les droits et libertés, sans médiation de la part des autorités publiques (*unmittelbare*

(para-)gewestelijk, (para-)provinciaal of (para-)gemeentelijk niveau. De in die zin begrepen 'overheden' zijn gebonden door de grondrechten en door de verplichtingen die deze opleggen, niet alleen wanneer zij de openbare macht *sensu stricto uitoefenen*, maar ook, en ruimer, in alle juridische relaties die zij aangaan (relaties met hun personeelsleden, gunning van overheidsopdrachten, beheer van het 'privé-domein' van de openbare macht enzovoort). Het gaat hier om een oplossing die al geruime tijd in België verworven is.

5. Hoe alomvattend het begrip «overheid» ook is, de keuze voor die term impliceert duidelijk dat privé-persoon (natuurlijke of rechtspersonen) *in rechte niet rechtstreeks gebonden zijn door de bepalingen van titel II*, ook al zijn die privé-persoon bekleed met taken die traditioneel verbonden zijn aan de uitoefening van de openbare macht (ordehandhaving, onderwijs, ...).²

6. Schendingen van grondrechten kunnen weliswaar ook voorkomen in de relaties tussen privé-persoon. De bescherming tegen dergelijke schendingen hoeft evenwel niet noodzakelijk te gebeuren door een rechtstreekse onderwerping van alle privé-persoon aan de grondwettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de rechten en vrijheden (*unmittelbare Drittwirkung / effet horizontal direct / directe derdenwerking*). Die bescherming kan ook adequaat gebeuren door te bevestigen dat de overheden verplicht is om de grondrechten in de relaties tussen privé-persoon te beschermen. (*mittelbare Drittwirkung / effet horizontale indirect, onrechtstreekse derdenwerking*)

7. Volgens de deskundigen verdient de tweede oplossing – vervat in het tweede lid, derde gedachtestreepje van de voorgestelde bepaling – de voorkeur boven de eerste. Eerst en vooral omdat die oplossing beter de praktijk tot uiting brengt die de Belgische grondwetgever en de Belgische rechtspraak tot nu toe hebben gevolgd wanneer ze de horizontale werking van de grondrechten aan bod lieten komen, hoewel daarbij meteen moet worden gesteld dat de jurisprudentiële praktijk daarover niet altijd duidelijk is (*infra*, nr. 22). Voorts is de oplossing die erin bestaat om alle privé-persoon *rechtstreeks te onderwerpen* aan de grondwettelijke plichten die uit de rechten en vrijheden voortvloeien, zonder bemiddeling

² Le texte ici proposé se distingue de l'option qui a été retenue en Suisse, où l'article 35 de la Constitution du 18 avril 1999 parle de «*quiconque assume une tâche de l'État*».

² De hier voorgestelde tekst wijkt af van de keuze die in Zwitserland werd aangehouden, waar artikel 35 van de Grondwet van 18 april 1999 het heeft over «*Quiconque assume une tâche de l'État*».

drittwirkung), est une solution qui, dans certains cas, peut se révéler excessive aux fins de protection des droits fondamentaux dans les rapports interindividuels.³ Ainsi, la garantie offerte à chaque enfant de recevoir un enseignement respectueux de ses convictions philosophiques ne suppose pas nécessairement que tous les acteurs de l'enseignement (publics et privés) soient astreints à des obligations rigoureusement identiques en termes de recrutement de leurs élèves et d'édification de leur projet pédagogique.⁴ De même, une garantie effective de la liberté d'expression et de réunion ne suppose pas nécessairement que tous les propriétaires privés se voient contraindre de concéder, à ceux qui en font la demande, une *liberté de forum* sur leur propriété.⁵ En tant qu'elle astreindrait logiquement tous les particuliers à une obligation identique de respecter et de réaliser les droits fondamentaux, la consécration constitutionnelle de la doctrine de l'*unmittelbare drittwirkung*, aboutirait par conséquent à imposer, auxdits individus des devoirs et des charges qui seraient excessifs, et, partant, illégitimes. Enfin, l'on constate que les dispositions constitutionnel-

vanwege de overheden (*unmittelbare Drittwirkung*), een oplossing die in bepaalde gevallen buitensporig kan blijken te zijn voor de bescherming van de grondrechten in de interindividuele betrekkingen.³ Zo veronderstelt de waarborg dat ieder kind onderwijs kan volgen dat zijn levensbeschouwelijke overtuiging eerbiedigt, niet noodzakelijk dat alle (publieke en privé) actoren van het onderwijs strikt identieke verplichtingen hebben inzake de rekrutering van hun leerlingen en de uitbouw van hun pedagogisch project.⁴ Evenzo onderstelt een daadwerkelijke vrijwaring van de vrijheid van meningsuiting en van vergadering niet noodzakelijk dat voor alle privé-eigenaars de verplichting geldt dat ze een *forumvrijheid* op hun eigendom moeten toestaan aan hen die daarom vragen⁵. Voor zover de leer van de leer van de *unmittelbare Drittwirkung* logischerwijs alle privé-persoon een identieke verplichting zou opleggen om de grondrechten te eerbiedigen en bij te dragen tot hun effectieve verwezenlijking, zou de grondwettelijke verankering van die leer er bijgevolg toe leiden dat die individuen plichten en lasten zouden worden opgelegd

³ Pour de plus amples développements, voy. I. Hachez et S. Van Drooghenbroeck, «Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux», *Les partenariats public-privé (PPP): un défi pour le droit du service public*, sous la dir. de B. Lombaert, Bruges, La Charte, à paraître en 2005, spéc. n^{os} 15 et suiv.

⁴ Ainsi peut-on admettre, en Belgique, qu'un établissement libre subventionné recrute ses élèves sur la base de distinctions fondées sur des critères idéologiques et religieux dès lors que s'offre, parallèlement, la possibilité d'accéder à un enseignement neutre organisé par les pouvoirs publics qui, eux, ne peuvent conditionner le recrutement à de pareils critères (voy. C.A., n^o 118/98, 11 novembre 1998, considérant B.5.3.). La latitude supplémentaire reconnue aux établissements du libre subventionné se justifie au demeurant par le souci d'assurer à ceux-ci la liberté d'enseignement constitutionnellement garantie et, corrélativement, de préserver le libre choix des parents d'élèves (C.A., n^o 131/2003, 8 octobre 2003, considérants B.5.1. et B.5.4.). Adde, S.-J. MALBY, «Education and Health: a Role for Private Actors in Meeting Human Rights Obligations», *International Journal of Human Rights*, 2002, p. 17.

⁵ Cette solution se justifierait sans doute dans l'hypothèse où l'espace public aurait été entièrement privatisé: un tel monopole privé était précisément l'hypothèse qui présidait à l'arrêt *Marsh* de la Cour suprême américaine (*Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946) (phénomène des *Company Towns*)). Par contre, l'exigibilité *erga omnes* de la 'liberté de forum' se justifie moins dans la situation où, à côté des agoras privatisées, subsisteraient encore, aux mains de la puissance publique, des espaces offrant l'opportunité d'un déploiement effectif à la liberté d'expression et à la liberté de réunion: telle était la situation qui présidait à Cour eur. D.H., arrêt *Appleby c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003. Dans une telle situation de concurrence public/privé, la logique de l'*unmittelbare Drittwirkung* fait peser une charge inutile, et partant illégitime, sur la propriété privée.

³ Voor meer uitgebreide toelichtingen, zie I. Hachez en S. Van Drooghenbroeck, «Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux», *Les partenariats public-privé (PPP): un défi pour le droit du service public*, onder de leiding van B. Lombaert, Brugge, Die Keure, te verschijnen in 2005, inzonderheid nrs. 15 en volgende.

⁴ Zo kan in België worden toegestaan dat een vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling haar leerlingen rekruteert op basis van verschillen die op ideologische en religieuze criteria gebaseerd zijn terwijl, parallel daarmee, de mogelijkheid wordt geboden toegang te krijgen tot een door de overheid georganiseerd neutraal onderwijs, dat in tegenstelling daarmee de rekrutering niet aan dergelijke criteria mag koppelen (zie Arbitragehof nr. 118/98, 11 november 1998, considerans B.5.3.). De bijkomende speelruimte die aan de instellingen van het gesubsidieerd vrij onderwijs wordt verleend, wordt voorts gerechtvaardigd door de zorg om die instellingen de grondwettelijk verankerde vrijheid van onderwijs te laten uitoefenen en om, samenhangend daarmee, de vrije keuze van de ouders van de leerlingen te waarborgen (Arbitragehof nr. 131/2003, 8 oktober 2003, consideransen B.5.1. en B.5.4.). Adde, S.-J. MALBY, «Education and Health: a Role for Private Actors in Meeting Human Rights Obligations», *International Journal of Human Rights*, 2002, blz. 17.

⁵ Die oplossing zou wellicht gerechtvaardigd zijn in de hypothese waarbij de publieke ruimte volledig geprivatiseerd zou zijn: een soortgelijk privé-monopolie was nu precies de hypothese die ten grondslag lag aan het arrest *Marsh* van het Amerikaanse Hoogerechtshof (*Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946)) (verschijnsel van de *Company Towns*). De opeisbaarheid *erga omnes* daarentegen van de 'forumvrijheid' is minder gerechtvaardigd in de situatie waarbij, naast de geprivatiseerde fora, er nog fora zijn in handen van de overheid die de mogelijkheid zouden bieden tot een daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en van de vrijheid van vergadering: dat is de situatie die ten grondslag lag aan het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in de zaak *Appleby v. Verenigd Koninkrijk* van 6 mei 2003. In een soortgelijke situatie waarbij de concurrentie tussen de openbare en de privé-sfeer speelt, doet de logica van de *unmittelbare Drittwirkung* een onnodige en bijgevolg onrechtmatige last op de privé-eigendom wegen.

les qui organisent le régime des restrictions aux droits et libertés font intervenir des paramètres décisionnels tels que l'existence d'une 'base législative précise', 'la poursuite de l'intérêt général', ou encore 'l'impératif de proportionnalité', qui conviennent pour juger de la licéité de 'l'agir public', mais qui ne peuvent, sans plus amples aménagements et nuances⁶, être directement transposés dans le cadre d'un raisonnement visant à évaluer la licéité d'un 'agir privé'. Or, en affirmant que les droits fondamentaux lient directement les particuliers, le constituant imposerait nécessairement qu'une telle transposition directe ait lieu, sans aménagements ni nuances.

Combinés, ces trois motifs incitent les experts à conclure que la nécessaire protection des droits fondamentaux contre les atteintes susceptibles de leur être portées par des particuliers doit être recherchée, non pas en imposant auxdits particuliers l'obligation constitutionnelle directe de respecter et réaliser lesdits droits, mais bien en imposant aux autorités publiques, dans la Constitution, l'obligation d'adopter des mesures positives visant à ce que les droits et libertés constitutionnellement garantis soient respectés et réalisés dans les rapports que les particuliers nouent entre eux; tel est précisément l'objet du troisième tiret du second alinéa de la disposition proposée. En conséquence, le premier alinéa de la disposition proposée peut se limiter à ne viser, en termes de destinataires juridiques des obligations découlant des droits et libertés, que les 'autorités publiques'.

2. Les obligations imposées: 'respecter, réaliser, protéger (faire respecter et réaliser)'

8. La triade 'respecter, réaliser, protéger' est, à l'heure actuelle, fréquemment utilisée par les organes des Nations Unies aux fins de décrire la teneur des obligations imposées aux États par les instruments relatifs aux droits de l'Homme conclus dans cette enceinte internationale. Cette triade offre un reflet adéquat de l'état du droit cons-

die buitensporig en bijgevolg onrechtmatig zijn. Ten slotte stelt men vast dat de grondwettelijke bepalingen over het systeem van de beperkingen van de rechten en vrijheden, een aantal doorslaggevende parameters inhouden, zoals het bestaan van een 'precieze wettelijke basis', 'het nastreven van het algemeen belang' of nog 'de proportionaliteitsvereiste', die geschikt zijn om over de rechtmatigheid van het 'publieke handelen' te oordelen doch die, zonder verdere aanpassingen en nuanceringen⁶, niet rechtstreeks kunnen worden aangewend in een redenering die ertoe strekt de rechtmatigheid van een 'privé-handeling' te evalueren. Door te bevestigen dat de grondrechten rechtstreeks privé-personen binden, zou de grondwetgever noodzakelijkerwijze opleggen dat die rechtstreekse aanwending – zonder aanpassingen of nuanceringen – toch moet plaatsvinden.

Die drie motieven samen doen de deskundigen ertoe besluiten dat de noodzakelijke bescherming van de grondrechten tegen mogelijke aantastingen ervan door privé-personen, dient te worden nagestreefd, niet door aan die personen rechtstreeks de grondwettelijke verplichting op te leggen, om voormelde rechten te eerbiedigen en bij te dragen tot hun effectieve verwezenlijking, maar wel door in de Grondwet aan de overheden de verplichting op te leggen om positieve maatregelen te nemen die ertoe strekken dat de grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden worden geëerbiedigd en verwezenlijkt in de betrekkingen die privé-personen onderling met elkaar aanknopen. Dat is precies de doelstelling van de tekst na het derde gedachtestreepje van het tweede lid van de voorgestelde bepaling. Bijgevolg kan het eerste lid van de voorgestelde bepaling ertoe beperkt blijven om slechts de «publieke overheden» als de juridische bestemmelingen van de uit de rechten en vrijheden voortvloeiende plichten aan te wijzen.

2. De opgelegde verplichtingen: 'eerbiedigen, verwezenlijken, beschermen (doen eerbiedigen en verwezenlijken)'

8. Drie begrippen, 'eerbiedigen, verwezenlijken en beschermen', worden thans vaak gebruikt door de organen van de Verenigde Naties om weer te geven welke verplichtingen aan de Staten worden opgelegd door de instrumenten inzake de rechten van de Mens die in het kader van die internationale gemeenschap zijn tot stand

⁶ Voy. à ce sujet l'avis rendu par le Conseil d'État le 16 novembre 2000 sur ce qui allait devenir la loi du 25 février 2003 luttant contre la discrimination (*Doc. Parl. Sénat*, 2000-2001, n°12/5, p. 7). Sur cet aspect de l'avis, voy. J. Velaers, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet: enkele constitutionele beschouwingen», *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Ankers, Maklu, 2003, p. 307.

⁶ Zie terzake het door de Raad van State op 16 november 2000 gewezen arrest over de latere wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie (*Gedr. St. Senaat*, 2000-2001, nr. 12/5, blz. 7). Over dit aspect van het advies, zie J. Velaers, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet: enkele constitutionele beschouwingen», *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, blz. 307.

titutionnel vivant en vigueur en Belgique, et telle est la raison pour laquelle il paraît utile de la consacrer explicitement dans la Constitution. Traduisant l'évolution qu'a connue la problématique au cours de ces dernières décennies, cette triade affirme en effet que la garantie effective des droits fondamentaux appelle, de la part des autorités publiques, non seulement des *obligations négatives* (respecter), mais aussi des *obligations positives* (réaliser et protéger). Les lignes qui suivent s'attachent à préciser et à illustrer les propositions précédentes.

A. Respecter

9. Dans la conception la plus classique de la matière, la première obligation que la garantie des droits et libertés impose aux autorités publiques est une obligation négative, d'abstention, ou encore de non-ingérence: laisser agir, laisser faire. Cette obligation négative est la caractéristique des droits et libertés dits de la 'première génération', à savoir les droits civils et politiques, dont la fonction première est de tracer un espace d'autonomie individuelle à l'abri des empiètements étatiques: le droit à l'intégrité physique, le droit au respect de la vie privée, la liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté d'association,....

10. La notion de 'respect' n'en est pas moins pertinente pour les droits et libertés de la seconde (droits économiques, sociaux et culturels) et de la troisième (droits dits de 'solidarité', en ce compris le droit à l'environnement sain) générations des droits de l'Homme, même si, en général, ces droits appellent prioritairement des 'obligations positives' de la part des autorités publiques. En effet, il n'est tout d'abord pas exclu que l'un ou l'autre des droits rattachés à l'une de ces deux générations crée en lui-même un droit subjectif directement invocable par les individus (le droit de grève, par exemple)⁷: dans ce cas, les autorités publiques doivent avant tout 'respecter' le droit ainsi créé. Ensuite, il convient de noter, en écho à ce qu'il avait déjà été dit dans la note portant sur la clause transversale relative aux 'restrictions', que lorsque une autorité publique a 'mis en œuvre',

⁷ La jurisprudence belge admet en effet que le droit de grève, tel qu'il est garanti par l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et l'article 6 de la Charte sociale européenne, bénéficie d'un effet direct en droit belge: voy. notam. CE, 22 mars 1995, *Henry*, n°52.424, A.P.T., 1995, p. 228.

gebracht. Dit drietal biedt ook een treffend beeld van de stand van het in België vigerend grondwettelijk recht. Om die reden lijkt het nuttig dit uitdrukkelijk in de Grondwet te bevestigen. Deze drie begrippen geven goed de evolutie weer die het vraagstuk van het waarborgen van de grondrechten de jongste dertig jaar heeft doorgemaakt. Ze bevestigen dat het daadwerkelijk waarborgen van de grondrechten voor de overheid niet alleen *negatieve verplichtingen* (eerbiedigen) maar ook *positieve verplichtingen* (effectief verwezenlijken en beschermen) impliceert. In wat hierna volgt wordt het tekstvoorstel verduidelijkt en toegelicht.

A. Eerbiedigen

9. In de meest traditionele opvatting houdt de verplichting om de rechten en vrijheden te waarborgen voor de overheid in de eerste plaats een negatieve verplichting in, een verplichting van onthouding of van niet-inmenging. Het is de verplichting om de burger «te laten handelen, te laten doen.» Die negatieve verplichting is het wezenskenmerk van de zogenaamde rechten en vrijheden van de 'eerste generatie', de burgerlijke en politieke rechten, die vooral bedoeld zijn om een ruimte voor individuele autonomie af te bakenen die wordt behoed voor aantastingen door de Staat. Dat geldt met name voor het recht op fysieke integriteit, het recht op de eerbiediging van het privé-leven, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vergadering, de vrijheid van vereniging enzovoort.

10. Het begrip 'eerbiedigen' is overigens niet minder pertinent voor de rechten en vrijheden van de tweede generatie (economische, sociale en culturele grondrechten) en van de derde generatie, (de zogenaamde 'solidariteits'-rechten, met inbegrip van het recht op een gezond milieu), ook al impliceren deze rechten, in het algemeen, voornamelijk 'positieve verplichtingen' voor de publieke overheden. Het is immers niet uitgesloten dat één of ander recht van die twee of derde generatie, op zichzelf, een subjectief recht inhoudt dat rechtstreeks kan worden ingeroepen (bijvoorbeeld het stakingsrecht)⁷: in dat geval moet de overheid in eerste instantie het aldus gewaarborgde recht 'eerbiedigen'. In navolging van wat reeds in de nota over de transversale bepaling werd aangegeven met betrekking tot de 'beperkingen van grondrechten' moet er vervolgens worden op gewezen

⁷ De Belgische rechtspraak aanvaardt immers dat het stakingsrecht, zoals het wordt gewaarborgd door artikel 8 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en door artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest, rechtstreekse werking heeft in het Belgisch recht: zie onder meer Raad van State, 22 maart 1995, *Henry*, nr. 52424, A.P.T., 1995, blz. 228.

par exemple, un droit social (exécution d'une obligation positive), cette autorité se trouvera par suite, le cas échéant, tenue de 'respecter', c'est-à-dire, de ne pas remettre en cause (naissance d'une obligation négative) le niveau de protection qu'aura acquis le droit concerné grâce à cette 'mise en œuvre' préalable (obligation dite de '*standstill*' ou encore de 'non-rétrogression' (voy., plus en détail, *infra*, n° 29-36)).

B. Réaliser

11. La seconde obligation appelée par la garantie effective des droits de l'Homme – réaliser, ou encore, 'mettre en œuvre' (*to fulfill*, dans la terminologie onusienne) – est d'ordre positif, en ce qu'elle appelle, non pas une 'abstention', mais bien une action, ou encore une prestation de la part de l'autorité publique: il s'agit d'adopter les législations, réglementations ou autres actes juridiques à portée individuelle sans lesquels les droits considérés ne seront pas pleinement effectifs, ou encore, de modifier les législations, réglementations ou autres pratiques administratives ou jurisprudentielles qui contrecarrent le plein épanouissement de l'un ou l'autre droit ou de l'une ou l'autre liberté. Le cas échéant, la prestation positive requise consistera en une prestation financière, ou en une prestation purement matérielle.

12. Le terrain d'élection de telles obligations positives de 'réalisation' est évidemment la catégorie des droits de la seconde génération (droits économiques, sociaux et culturels) et de la troisième génération (en particulier le droit à l'environnement sain) des droits de l'Homme. En attestent, par exemple, le libellé de l'article 2, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸ ou encore le libellé de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution belge: obligation faite au législateur compétent de mettre en œuvre et de garantir, par exemple, le droit à la sécurité sociale, le droit au logement ou encore le droit à un environnement sain.

13. Toutefois, ces dernières décennies ont vu la naissance et l'affermissement de l'idée selon laquelle la garantie effective des droits *civils et politiques de la première génération* pouvait également, même dans le

dat wanneer een overheid uitvoering heeft gegeven aan bijvoorbeeld een sociaal grondrecht (uitvoering van een positieve verplichting), ze het niveau van bescherming dat het betrokken grondrecht daardoor zal hebben verkregen, zal moeten 'eerbiedigen', dat wil zeggen dat ze dit niveau van bescherming niet in het gedrang mag brengen. Aldus is er een negatieve verplichting gecreëerd, de zogenaamde '*standstill*'-verplichting of verplichting om het beschermingsniveau niet af te bouwen. (voor meer details, zie *infra* nrs. 29 tot 36).

B. Verwezenlijken

11. De tweede verplichting die voortvloeit uit de verplichting om de rechten van de Mens daadwerkelijk te waarborgen, is de verplichting bij te dragen tot de effectieve verwezenlijking ervan. (*to fulfill*, in VN-termen). Deze verplichting is van positieve aard aangezien ze geen 'onthouding' maar een «actief optreden» of een «prestatie» vanwege de overheid vergt. Het gaat erom wetten, reglementen of beschikkingen met een individuele draagwijdte uit te vaardigen waarzonder de voormelde rechten niet ten volle verwezenlijkt zullen zijn. Het kan er ook om gaan de wetgeving, de reglementering of de administratieve en jurisprudentiële praktijken te wijzigen, die de volle ontplooiing van een of ander recht of een of andere vrijheid in de weg staan. In voorkomend geval zal de vereiste positieve prestatie bestaan in een financiële of een louter materiële prestatie.

12. Dergelijke positieve verplichtingen om bij te dragen tot de «effectieve verwezenlijking» gelden uiteraard vooral voor de categorie van de tweede generatie (economische, sociale en culturele rechten) en van de derde generatie (in het bijzonder het recht op een gezond milieu) van de rechten van de Mens. Daarvan getuigen bijvoorbeeld artikel 2, § 1, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten⁸, of artikel 23, derde lid, van de Belgische Grondwet: de bevoegde wetgever is ertoe verplicht uitvoering te geven aan bijvoorbeeld het recht op sociale zekerheid, het recht op een behoorlijke huisvesting of het recht op een gezond milieu en die rechten te waarborgen.

13. De jongste decennia is echter de idee opgedoken en doorgedrongen dat ook het daadwerkelijk waarborgen van de *burgerlijke en politieke rechten van de eerste generatie*, ook al zeggen de teksten er niets over,

⁸ «Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus au Présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.»

⁸ «Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich maatregelen te nemen, zowel zelfstandig als binnen het kader van de internationale hulp en samenwerking, met name op economisch en technisch gebied, en met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen, ten einde met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen, steeds nader tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen.»

silence des textes, non seulement requérir des autorités publiques une obligation négative d'abstention (respecter), mais aussi, et le cas échéant, une obligation positive de *réalisation*, au sens prédécrit.

14. Au niveau des Nations Unies, l'on mentionnera par exemple l'observation générale n°31⁹, dans laquelle le Comité des droits de l'Homme affirmait que «*l'obligation juridique énoncée au paragraphe 1^{er} de l'article 2 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] est à la fois négative et positive*» (pt. 6 de l'observation), et que «*les États parties doivent prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques*». À titre d'illustration plus concrète, on peut se référer à l'observation générale n°25 rendue par ce même Comité à propos du *Droit de prendre part à la direction des affaires publiques, le droit de vote et le droit d'accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions publiques*» (pt. 12 de l'observation): «*Des mesures positives devraient être prises pour surmonter certaines difficultés telles que l'analphabétisme, les obstacles linguistiques, la pauvreté ou les entraves à la liberté de circulation, qui empêchent les détenteurs du droit de vote de se prévaloir effectivement de leurs droits. Des informations et tous les documents requis devraient être disponibles dans les langues des minorités. Des moyens spécifiques, par exemple un système de photographies ou de symboles, devraient être adoptés afin que les électeurs analphabètes soient suffisamment informés pour faire leur choix*».

15. La Cour européenne des droits de l'Homme a quant à elle également affirmé que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, bien que consacrant essentiellement des droits civils et politiques de la première génération, pouvaient également être le siège d'obligations positives de réalisation. Le *Leading Case* en la matière fut l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, dans lequel la Cour affirma que «*en proclamant par son paragraphe 1^{er} le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2. Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire 'linguistique belge', il a 'essentielle-*

voor de overheid niet alleen een negatieve verplichting tot onthouding (eerbiedigen) impliceert, maar in voorkomend geval ook een positieve verplichting tot «effectieve verwezenlijking», in de voormelde zin.

14. Wat de Verenigde Naties betreft, kan men bijvoorbeeld de algemene opmerking nr. 31⁹ vermelden, waarin het Comité voor de rechten van de Mens aangeeft dat «*l'obligation juridique énoncée au paragraphe 1 de l'article 2 [van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten] est à la fois négative et positive*» (punt 6 van de opmerking), en dat «*les États parties doivent prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques*». Bij wijze van concreter voorbeeld kan worden verwezen naar de algemene opmerking nr. 25 van hetzelfde Comité in verband met *het recht om deel te nemen aan het beheer van openbare aangelegenheden, het stemrecht en het recht om onder gelijke voorwaarden toegang te hebben tot de overheidsambten* (punt 12 van de opmerking): «*Des mesures positives devraient être prises pour surmonter certaines difficultés telles que l'analphabétisme, les obstacles linguistiques, la pauvreté ou les entraves à la liberté de circulation, qui empêchent les détenteurs du droit de vote de se prévaloir effectivement de leurs droits. Des informations et tous les documents requis devraient être disponibles dans les langues des minorités. Des moyens spécifiques, par exemple un système de photographies ou de symboles, devraient être adoptés afin que les électeurs analphabètes soient suffisamment informés pour faire leur choix*».

15. Ook het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft bevestigd dat alhoewel de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, wezenlijk burgerlijke en politieke rechten van de eerste generatie waarborgen, zij desalniettemin ook positieve verplichtingen kunnen inhouden inzake de effectieve verwezenlijking van deze rechten. De *Leading Case* terzake was het arrest *Marckx t. België* van 13 juni 1979, waarin het Hof het volgende heeft aangegeven: «*En proclamant par son paragraphe 1^{er} le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les*

⁹ CCPR, Observations générales n°31 (26 mai 2004) sur *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.

⁹ CCPR, Algemene opmerkingen nr. 31 (26 mei 2004) over de aard van de juridische verplichting die wordt opgelegd aan de Staten die partij zijn bij het Verdrag, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

ment' pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale». En exécution de la condamnation intervenue dans cette affaire, la Belgique fut en l'occurrence contrainte d'intégrer, dans son droit de la filiation, l'adage *Mater semper certa est*.

Depuis ce moment fondateur, la Cour européenne des droits de l'Homme fut progressivement amenée à conclure à l'existence d'obligations positives de réalisation dans les domaines les plus divers du catalogue conventionnel des droits et libertés. Pareille conclusion l'a au demeurant conduite à 'construire', au départ d'un instrument prioritairement voué à la protection de droits civils et politiques, de véritables 'droits sociaux'.

Exemples:

– l'effectivité concrète du droit d'accès à un tribunal peut, le cas échéant, requérir des États qu'ils pourvoient à l'assistance gratuite d'un homme de loi au profit des personnes les plus démunies, même en matière civile (Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Royaume-Uni* du 9 octobre 1979);

– «*The vulnerable position of gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (...). To this extent, there is thus a positive obligation imposed on the contracting states by virtue of Article 8 to facilitate the gypsy way of life*» (Cour eur. D.H., arrêt *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004, § 84);

– «*Si l'on ne peut en déduire une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme impose en tous cas à l'État de protéger l'intégrité physique des personnes privées de leur liberté par l'administration de soins médicaux requis*» (Cour eur. D.H., arrêt *Matencio c. France* du 15 janvier 2004, § 78);

– à propos de l'allégation d'une atteinte au respect des biens (article 1^{er} du premier protocole additionnel) en raison de l'évacuation d'un village et de la destruction de ses habitations: «*The authorities have the primary*

strictes conditions énoncées au paragraphe 2. Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire 'linguistique belge', il a 'essentiellement' pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale.» In-gevolge deze veroordeling in deze zaak is België ertoe verplicht geweest in zijn afstammingsrecht het beginsel *Mater semper certa est* op te nemen.

Sinds dat mijlpaalarrest heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens geleidelijk aan steeds positieve verplichtingen tot «effectieve verwezenlijking» aanvaard in de meest uiteenlopende domeinen van de door het verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden. Uitgaande van een instrument dat voornamelijk gewijd is aan de bescherming van burgerlijke en politieke rechten, is het Hof er aldus toe gekomen, echte 'sociale rechten' te 'construeren'.

Voorbeelden:

– de concrete verwezenlijking van het recht op toegang tot een rechtbank kan in voorkomend geval van de Staten vereisen dat ze voor de minstbegoeden voorzien in de kosteloze bijstand door een jurist, zelfs in burgerlijke zaken (Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest *Airey t. het Verenigd Koninkrijk* van 9 oktober 1979);

– «*The vulnerable position of gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (...). To this extent, there is thus a positive obligation imposed on the contracting states by virtue of Article 8 to facilitate the gypsy way of life.*» (Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest *Connors t. het Verenigd Koninkrijk* van 27 mei 2004, § 84);

– «*Si l'on ne peut en déduire une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme impose en tous cas à l'État de protéger l'intégrité physique des personnes privées de leur liberté par l'administration de soins médicaux requis.*» (Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest *Matencio t. Frankrijk* van 15 januari 2004, § 78);

– in verband met de aantijging dat het eigendomsrecht van goederen niet was geëerbiedigd (artikel 1 van het eerste aanvullend protocol) wegens de ontruiming van een dorp en de afbraak van de woningen ervan,

duty and responsibility to establish conditions, as well as to provide the means, which allow the applicants to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence, or to resettle voluntarily in another part of the country» (Cour eur. D.H., arrêt *Dogan et autres c. Turquie* du 29 juin 2004, § 154);

– «*L'article 2 [de la Convention européenne des droits de l'Homme] ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'Etat mais implique aussi, dans la première phrase de son premier paragraphe, l'obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction (...). (...) cette obligation doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie, a fortiori pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telle que l'exploitation de sites de stockage de déchets (...).*» (Cour eur. D.H., arrêt *Oneryildiz c. La Turquie* du 30 novembre 2004, § 71);

– «*The Court recalls that, in principle, it cannot substitute itself for the national authorities in assessing or reviewing the level of financial benefits available under a social assistance scheme (...). This being said, the Court considers that a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits, may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman and degrading treatment»* (Cour eur. D.H., req. n°56869/00, décision *Larioshina c. Russie* du 23 avril 2002, notre accent);

– l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme peut imposer aux États de fournir aux détenus le matériel nécessaire (papier, enveloppe, timbres) pour correspondre avec l'extérieur (Cour eur. D.H., arrêt *Cotlet c. Roumanie* du 3 juin 2003).

16. Enfin, l'on constatera que la Constitution belge elle-même est le siège d'obligations positives de réaliser, de manière effective, les droits et libertés qu'elle consacre.¹⁰ Tantôt le prescrit constitutionnel lui-même –

stelde het Hof: «*The authorities have the primary duty and responsibility to establish conditions, as well as to provide the means, which allow the applicants to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence, or to resettle voluntarily in another part of the country.*» (Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest *Dogan e.a. t. Turkije* van 29 juni 2004, § 154);

– «*L'article 2 [van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden] ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'Etat mais implique aussi, dans la première phrase de son premier paragraphe, l'obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction (...). (...) cette obligation doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie, a fortiori pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telle que l'exploitation de sites de stockage de déchets (...).*» (Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest *Oneryildiz t. Turkije* van 30 november 2004, § 71);

– «*The Court recalls that, in principle, it cannot substitute itself for the national authorities in assessing or reviewing the level of financial benefits available under a social assistance scheme (...). This being said, the Court considers that a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits, may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman and degrading treatment.*» (Europees Hof voor de rechten van de mens, req. Nr. 56869/00, beslissing *Larioshina t. Rusland* van 23 april 2002, wij onderstrepen);

– artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden kan de Staten ertoe verplichten aan de gedetineerden het nodige materiaal (papier, omslagen, postzegels) te verstrekken om briefwisseling te voeren met de buitenwereld (Europees Hof voor de rechten van de mens, arrest *Cotlet t. Roemenië* van 3 juni 2003).

16. Tot slot dient te worden vastgesteld dat ook de Belgische Grondwet positieve verplichtingen inhoudt om de rechten en vrijheden die ze bekrachtigt daadwerkelijk te verwezenlijken¹⁰. Soms bevestigt de grondwets-

et c'est du reste la tendance observable au niveau des dispositions introduites récemment au sein du titre II – affirme expressément l'existence de telles obligations (voy. p. ex. l'alinéa 2 de l'article 23; l'alinéa 1^{er} de l'article 11*bis*; l'alinéa 2 de l'article 22*bis*; l'alinéa 2 de l'article 22¹¹). Tantôt verra-t-on la jurisprudence affirmer, dans le silence des textes, que telle ou telle disposition constitutionnelle est le siège d'une obligation positive de 'réaliser' les droits qu'elle consacre. Les exemples les plus remarquables peuvent être trouvés dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à la portée de la liberté d'enseignement consacrée par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution: «*La liberté d'enseignement garantie de la sorte par l'article (24, § 1^{er}) de la Constitution assure non seulement le droit de créer des écoles basées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée et par conséquent celui de choisir entre elles, mais également le droit de créer des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique et éducatif. La liberté d'enseignement définie ci-dessus suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la Communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci*». ¹² Sans doute de manière moins explicite, l'on peut également déduire de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative aux articles 10 et 11 de la Constitution l'obligation positive pour les différents législateurs de traiter de manière différente des situations essentiellement différentes, et de réaliser ainsi

bepaling zelf – en dat is overigens een tendens die merkbaar is voor de bepalingen die recentelijk in titel II werden ingevoegd – uitdrukkelijk het bestaan van dergelijke verplichtingen (zie bijvoorbeeld het tweede lid van artikel 23; het eerste lid van artikel 11*bis*; het tweede lid van artikel 22*bis*; het tweede lid van artikel 22¹¹). Soms bevestigt de rechtspraak, bij het stilzwijgen van de teksten, dat deze of gene grondwettelijke bepaling de grondslag vormt voor een positieve verplichting om de rechten die ze bekrachtigt, «effectief te verwezenlijken». De meest opmerkelijke voorbeelden kan men vinden in de rechtspraak van het Arbitragehof in verband met de reikwijdte van de door artikel 24, § 1, van de Grondwet bekrachtigde vrijheid van onderwijs. Het Hof stelde: «*De aldus door artikel 17, §1, van de Grondwet gewaarborgde onderwijsvrijheid garandeert niet enkel het recht tot oprichting van - en derhalve keuze tussen - scholen die gebaseerd zijn op een bepaalde confessionele of niet-confessionele levensbeschouwing, maar ook het recht tot oprichting van scholen die hun eigenheid vinden in bepaalde pedagogische of onderwijskundige opvattingen. De hierboven omschreven onderwijsvrijheid onderstelt, wil ze niet louter theoretisch zijn, dat de inrichtende machten die niet rechtstreeks afhangen van de Gemeenschap onder bepaalde voorwaarden aanspraak kunnen maken op subsidiëring vanwege de Gemeenschap*» ¹². Ook uit de rechtspraak van het Arbitragehof in verband met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kan – zij het op minder expliciete wijze – de positieve verplichting worden afgeleid om «ongelijke gevallen, ongelijk te

¹⁰ Voy. également le Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par Mmes Van Riet et de 't Serclaes à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, *Doc. Parl. Sénat*, sess. 2000-2001, n° 2-465/4, pp. 56-58 (avis M. Verdussen).

¹¹ Sur la portée de cette dernière disposition, voy. E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht», *T.B.P.*, 1995, p. 626

¹² Cour d'arbitrage, 2 avril 1992, condidérants 4.B.1 et 4.B.2.

¹⁰ Zie ook het Verslag namens de Senaatscommissie voor de Institutionele Aangelegenheden, uitgebracht door de dames Van Riet en de T'Serclaes in verband met de herziening van titel II van de Grondwet, met de bedoeling er een bepaling in te voegen betreffende het recht van de vrouwen en de mannen op gelijkheid, *Stuk Senaat*, zitting 2000-2001, nr. 2-465/4, blz. 55-58 (advies van de heer Verdussen).

¹¹ Wat de reikwijdte van die laatste bepaling betreft, zie E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht», *T.B.P.*, 1995, blz. 626.

¹² Arbitragehof, arrest 28/92, 2 april 1992, punten 4.B.1 en 4.B.2.

une certaine égalité 'matérielle' entre les individus.^{13,14}

17. Qu'elles soient issues du droit international, de la Convention européenne des droits de l'Homme ou de la Constitution belge, les obligations positives de réalisation des droits et libertés ainsi décrites ne sont pas des obligations absolues qui s'apparenteraient à des obligations de résultat dans le chef des autorités publiques. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ainsi que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage enseignent en effet que de telles obligations ne s'imposent aux autorités publiques que dans le cadre d'un 'juste équilibre' des intérêts en présence – intérêt de l'individu vs. intérêt général – et moyennant, le cas échéant, un arbitrage financier quant à l'allocation des ressources disponibles.

¹³ Voy. par exemple l'arrêt rendu par cette Cour à propos de la publication électronique du *Moniteur belge* (Cour d'arbitrage, n°106/2004, 16 juin 2004,, considérants. B.14 et B.21-B.22): «*Les dispositions attaquées ne créent par elles-mêmes aucune différence de traitement puisque toutes les personnes auxquelles s'appliquent les actes législatifs et administratifs peuvent en prendre connaissance de la même manière. Mais ce qui est reproché à ces dispositions est, précisément, de n'avoir pas tenu compte de ce que chacun n'a pas un accès égal aux techniques informatiques. Or, le principe d'égalité et de non-discrimination peut être violé lorsque le législateur traite de la même manière des personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes. (...)*

Sans doute le Moniteur belge édité sur papier n'assurait-il pas non plus la connaissance par chacun des textes qui l'obligent. Pour certaines personnes, la mise à la disposition des textes sur un site Internet favorisera même leur accès et le rendra également moins onéreux. Mais il reste que, du fait des dispositions entreprises, un nombre important de personnes se verront privées de l'accès effectif aux textes officiels, en particulier par l'absence de mesures d'accompagnement qui leur donneraient la possibilité de consulter ces textes, alors qu'elles avaient la possibilité, antérieurement, de prendre connaissance du contenu du Moniteur belge sans devoir disposer d'un matériel particulier et sans avoir d'autre qualification que de savoir lire. Faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes. Elle n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.»

¹⁴ En ce sens également, voy. Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par Mmes Van Riet et de 't Serclaes à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, *Doc. Parl. Sénat*, sess. 2000-2001, n° 2-465/4, pp. 26-27 (avis P. Lemmens), et pp. 56-58 (avis M. Verdussen). Adde, P. Lemmens, «*Gelijkheid en non-discriminatie. Een poging tot synthese*», *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 89-90.

behandelen» en om aldus een zekere materiële gelijkheid tussen de individuen te verwezenlijken^{13,14}.

17. Ongeacht of ze voortvloeien uit het internationaal recht, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of de Belgische Grondwet, de aldus beschreven positieve verplichtingen inzake «effectieve verwezenlijking» van de rechten en vrijheden zijn geen absolute verplichtingen die voor de overheid resultaatsverplichtingen uitmaken. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens en van het Arbitragehof blijkt immers dat dergelijke verplichtingen alleen in het kader van een «billijk evenwicht» van de betrokken belangen – het belang van het individu tegenover het algemeen belang – aan de overheid kunnen worden opgelegd, en dat er in voorkomend geval ook een financiële afweging zal moeten plaats vinden, met het oog op aanwenden van de beschikbare middelen.

¹³ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Arbitragehof in verband met de elektronische bekendmaking van het *Belgisch Staatsblad* (Arbitragehof, nr. 106/2004, 16 juni 2004, punten B.14 en B.21-B.22: «De aangevochten bepalingen roepen op zichzelf geen verschil in behandeling in het leven, vermits de privé-personen op wie de wetgevende en administratieve akten van toepassing zijn daarvan op dezelfde wijze kennis kunnen nemen. Wat die bepalingen echter wordt verweten, is precies dat geen rekening is gehouden met het feit dat elkeen geen gelijke toegang heeft tot de informatietechnieken. Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie kan evenwel worden geschonden wanneer de wetgever privé-personen die zich in fundamenteel verschillende situaties bevinden op dezelfde wijze behandelt. (...) Het op papier uitgegeven *Belgisch Staatsblad* bood wellicht evenmin de verzekering dat eenieder kennis nam van de teksten waardoor hij gebonden was. Voor sommige privé-personen zal de terbeschikkingstelling van de teksten op een internetsite zelfs de toegang ertoe bevorderen en eveneens die toegang minder duur maken. Niettemin blijft het feit dat, ten gevolge van de bestreden bepalingen, aan een aanzienlijk aantal privé-personen de effectieve toegang tot de officiële teksten wordt ontzegd, inzonderheid door de ontstentenis van begeleidende maatregelen die hun de mogelijkheid zouden bieden teksten te raadplegen, terwijl zij voordien de mogelijkheid hadden om kennis te nemen van de inhoud van het *Belgisch Staatsblad* zonder over bijzondere materieel te moeten beschikken en zonder in het bezit te moeten zijn van enige andere kwalificatie dan te kunnen lezen. Aangezien de bestreden maatregel niet gepaard gaat met voldoende maatregelen waarborgen dat de rechtsonderhorigen een gelijke toegang hebben tot die teksten, heeft hij onevenredige gevolgen ten nadele van bepaalde categorieën van privé-personen. Hij is dan ook niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.»

¹⁴ Zie in die zin ook het Verslag namens de Senaatscommissie voor de Institutionele Aangelegenheden, uitgebracht door de dames Van Riet en de 't Serclaes in verband met de herziening van titel II van de Grondwet, met de bedoeling er een bepaling in te voegen betreffende het recht van de vrouwen en de mannen op gelijkheid, *Stuk Senaat*, zitting 2000-2001, nr. 2-465/4, blz. 26-27 (advies van de heer Lemmens) en blz. 55-58 (advies van de heer Verdussen). Adde, P. Lemmens, *Gelijkheid en non-discriminatie. Een poging tot synthese*, Antwerpen, Kluwer, 1990, blz. 89-90.

C. «Protéger» (faire respecter et réaliser)

18. L'idée selon laquelle la garantie effective des droits et libertés emporte également, dans le chef des autorités publiques, une obligation de 'protection' — c'est-à-dire une obligation d'adopter et de mettre en œuvre les normes législatives, réglementaires ou 'juridictionnelles' nécessaires pour que les droits fondamentaux soient également 'réalisés' et 'respectés' dans les rapports entre particuliers — est d'apparition relativement récente au sein de la théorie des droits fondamentaux, où elle se trouve habituellement désignée sous le vocable 'd'effet horizontal indirect' (*mittelbare Drittwirkung / indirekte derdenwerking*). Cette idée jouit à présent d'un ancrage incontestable au sein des instruments protecteurs des droits de l'Homme en vigueur en Belgique.

19. Au niveau des Nations Unies, tout d'abord, le Comité des droits de l'Homme, dans son observation générale n° 31 relative à la *nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, a affirmé ce qui suit (pt. 8 de l'observation): «*Puisque les obligations énoncées au paragraphe 1^{er} de l'article 2 lient les États parties, elles n'ont pas en droit international un effet horizontal direct. Le Pacte ne saurait se substituer au droit civil ou pénal national. Toutefois, les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives, visées au paragraphe 6, de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. Dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné. Il est rappelé aux États qu'il existe un lien entre les obligations positives découlant de l'article 2 et la nécessité de prévoir des recours utiles en cas de violation, conformément au paragraphe 3 de l'article 2. Le Pacte lui-même vise dans certains articles des domaines dans lesquels l'obligation positive existe pour les États parties de réglementer les activités de personnes privées, physiques ou morales. Par exemple, le respect de la vie privée ga-*

C. «Beschermen» (doen eerbiedigen en verwezenlijken)

18. De stelling dat het daadwerkelijk waarborgen van de rechten en vrijheden voor de overheid ook een verplichting tot 'bescherming' inhoudt, m.a.w. een verplichting om de wettelijke, reglementaire en 'jurisprudentiële' normen uit te vaardigen en toe te passen die nodig zijn opdat de grondrechten ook worden 'geëerbiedigd' en «verwezenlijkt» in de betrekkingen tussen privé-persoon, is relatief recentelijk opgedoken in de theorie van de grondrechten en wordt er doorgaans aangeduid met de uitdrukking 'indirecte derdenwerking' (*effet horizontal indirect / mittelbare Drittwirkung*). Die stelling maakt thans ontegenzeggelijk deel uit van de in België geldende instrumenten die de rechten van de Mens beschermen.

19. Allereerst geeft het VN-Comité voor de rechten van de Mens, in zijn Algemene opmerking nr. 31 (26 mei 2004) over de aard van de juridische verplichting die wordt opgelegd aan de Staten die partij zijn bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het volgende aan (punt 8 van de opmerking): «*Puisque les obligations énoncées au paragraphe 1^{er} de l'article 2 lient les États parties, elles n'ont pas en droit international un effet horizontal direct. Le Pacte ne saurait se substituer au droit civil ou pénal national. Toutefois, les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives, visées au paragraphe 6, de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. Dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné. Il est rappelé aux États qu'il existe un lien entre les obligations positives découlant de l'article 2 et la nécessité de prévoir des recours utiles en cas de violation, conformément au paragraphe 3 de l'article 2. Le Pacte lui-même vise dans certains articles des domaines dans lesquels l'obligation positive existe pour les États parties de réglementer les activités de personnes privées, physiques ou morales. Par exemple,*

ranti par l'article 17 doit être protégé par la loi. De même, il ressort implicitement de l'article 7 que les États parties doivent prendre des mesures positives pour que des personnes privées, physiques ou morales, n'infligent pas des tortures ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à d'autres personnes en leur pouvoir. Dans des domaines qui concernent des aspects fondamentaux de la vie courante comme le travail ou le logement, les individus doivent être protégés de toute discrimination au sens de l'article 26».¹⁵ Mutatis mutandis, de telles affirmations peuvent également être retrouvées dans les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Comité

le respect de la vie privée garanti par l'article 17 doit être protégé par la loi. De même, il ressort implicitement de l'article 7 que les États parties doivent prendre des mesures positives pour que des personnes privées, physiques ou morales, n'infligent pas des tortures ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à d'autres personnes en leur pouvoir. Dans des domaines qui concernent des aspects fondamentaux de la vie courante comme le travail ou le logement, les individus doivent être protégés de toute discrimination au sens de l'article 26.»¹⁵ Een dergelijke verklaring kan men mutatis mutandis ook vinden in de algemene opmerkingen van het Comité voor de Economische, So-

¹⁵ CCPR, Observations générales n°31 (26 mai 2004) sur *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.

¹⁵ CCPR, Algemene opmerkingen nr. 31 (26 mei 2004) over de aard van de juridische verplichting die wordt opgelegd aan de Staten die partij zijn bij het Verdrag, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

des droits de l'enfant, à propos des obligations qui découlent respectivement du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁶ et de la Convention sur les droits de l'enfant.¹⁷

ciale en Culturele Rechten en van het Comité voor de rechten van het kind over de verplichtingen die voortvloeien uit respectievelijk het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten¹⁶ en het Verdrag inzake de rechten van het kind.¹⁷

¹⁶ Voy. p. ex., ECOSOC, Observation générale n°5 du 9 décembre 1994 relative aux personnes souffrant d'un handicap, pt. 11-12: «Vu que, dans le monde entier, les gouvernements s'en remettent de plus en plus aux forces du marché, il convient de souligner certains aspects des obligations qui incombent aux États parties. L'un de ces aspects est la nécessité de veiller à ce que non seulement le secteur public, mais aussi le secteur privé, soient, dans des limites appropriées, soumis à une réglementation destinée à garantir un traitement équitable aux personnes souffrant d'un handicap. Dans un contexte où la prestation de services publics est de plus en plus privatisée et où l'on a de plus en plus recours au marché libre, il est essentiel que les employeurs privés, les fournisseurs privés de biens et de services ainsi que les autres entités non publiques soient assujettis aussi bien à des normes de non-discrimination qu'à des normes d'égalité à l'égard des personnes souffrant d'un handicap. Dans des situations où une telle protection ne s'étend pas au-delà du domaine public, la capacité des personnes souffrant d'un handicap de participer aux activités communautaires et de devenir membres à part entière de la société, sera gravement et souvent arbitrairement entravée (...). En l'absence de toute intervention gouvernementale, on relèvera toujours des cas où le fonctionnement du marché libre aura, pour les personnes qui souffrent d'un handicap, des effets peu satisfaisants soit sur le plan individuel, soit sur le plan collectif, et en pareil cas il incombera aux gouvernements d'intervenir et de prendre les mesures appropriées pour atténuer, compléter, compenser ou neutraliser les effets produits par les forces du marché. De même, s'il convient que les gouvernements fassent appel à des groupes bénévoles privés afin qu'ils aident de diverses manières les personnes qui souffrent d'un handicap, de tels arrangements ne sauraient jamais dispenser les gouvernements de leur devoir de veiller à s'acquitter pleinement de leurs obligations en vertu du Pacte. Comme il est précisé dans le Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées, «la responsabilité finale de remédier aux conditions qui mènent aux déficiences et de faire front aux conséquences de l'incapacité incombe partout aux gouvernements.»». Voy. également ECOSOC, Observation générale n°14 (2000) relative au meilleur état de santé possible susceptible d'être atteint, pt. 35 -51; ECOSOC, Observation générale n°12 (1999) relative au droit à une alimentation suffisante (article 11), pt. 15 et 19; ECOSOC, Observation générale n°13 (1999) relative au droit à l'éducation (article 13), pt. 46-59; ECOSOC, Observation générale n°15 (2002) relative au droit à l'eau (article 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), pt. 23-24.

¹⁷ Voy. CRC, Observation générale n°5 (2003) relative aux Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (article 4, 42 et 44, par. 6), pt. 42-44.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld ECOSOC, Algemene opmerking nr. 5 van 9 december 1994 in verband met de privé-personen met een handicap, punten 11 en 12: «Vu que, dans le monde entier, les gouvernements s'en remettent de plus en plus aux forces du marché, il convient de souligner certains aspects des obligations qui incombent aux États parties. L'un de ces aspects est la nécessité de veiller à ce que non seulement le secteur public, mais aussi le secteur privé, soient, dans des limites appropriées, soumis à une réglementation destinée à garantir un traitement équitable aux personnes souffrant d'un handicap. Dans un contexte où la prestation de services publics est de plus en plus privatisée et où l'on a de plus en plus recours au marché libre, il est essentiel que les employeurs privés, les fournisseurs privés de biens et de services ainsi que les autres entités non publiques soient assujettis aussi bien à des normes de non-discrimination qu'à des normes d'égalité à l'égard des personnes souffrant d'un handicap. Dans des situations où une telle protection ne s'étend pas au-delà du domaine public, la capacité des personnes souffrant d'un handicap de participer aux activités communautaires et de devenir membres à part entière de la société, sera gravement et souvent arbitrairement entravée (...). En l'absence de toute intervention gouvernementale, on relèvera toujours des cas où le fonctionnement du marché libre aura, pour les personnes qui souffrent d'un handicap, des effets peu satisfaisants soit sur le plan individuel, soit sur le plan collectif, et en pareil cas il incombera aux gouvernements d'intervenir et de prendre les mesures appropriées pour atténuer, compléter, compenser ou neutraliser les effets produits par les forces du marché. De même, s'il convient que les gouvernements fassent appel à des groupes bénévoles privés afin qu'ils aident de diverses manières les personnes qui souffrent d'un handicap, de tels arrangements ne sauraient jamais dispenser les gouvernements de leur devoir de veiller à s'acquitter pleinement de leurs obligations en vertu du Pacte. Comme il est précisé dans le Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées, «la responsabilité finale de remédier aux conditions qui mènent aux déficiences et de faire front aux conséquences de l'incapacité incombe partout aux gouvernements.» Zie ook ECOSOC, Algemene opmerking nr. 14 (2000) in verband met de best mogelijke te bereiken gezondheidstoestand, punten 31 tot 51; ECOSOC, Algemene opmerking nr. 12 (1999) in verband met het recht op voldoende voeding (artikel 11), punten 15 en 19; ECOSOC, Algemene opmerking nr. 13 (1999) in verband met het recht op opleiding (artikel 13), punten 46 tot 59; ECOSOC, Algemene opmerking nr. 15 (2002) in verband met het water (artikelen 11 en 12 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten), punten 23 en 24.

¹⁷ Zie CRC, Algemene opmerking nr. 5 (2003) in verband met de algemene toepassingsmaatregelen van het Verdrag inzake de rechten van het kind (artikel 4, 42 en 44, § 6), punten 42 tot 44.

20. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est désormais acquis que «*La Convention ne se contente pas d'astreindre les États contractants à respecter les droits et libertés qu'elle consacre; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou en corriger la violation. L'obligation d'assurer un exercice efficace des droits énoncés par la Convention peut donc comporter pour un État des obligations positives dans un certain nombre de domaines, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même en ce qui concerne les relations des individus entre eux*»¹⁸. Ainsi la Cour a-t-elle été amenée à conclure que les États avaient l'obligation de protéger, dans les rapports entre particuliers: le droit à la vie (article 2)¹⁹; le droit à l'intégrité physique, psychique et sexuelle (article 3 et 8)²⁰; le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude, ni d'être astreint à des travaux forcés ou obligatoires (article 4)²¹; la liberté d'aller et venir (article 5)²²; certains droits du procès équitable (article 6)²³; le droit au respect de la vie privée (article 8)²⁴; le droit au respect de la vie familiale (article 8)²⁵; le droit au respect du domicile (article 8)²⁶;

20. Ook in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geldt het als een verworvenheid dat het Verdrag de verdragsluitende Staten niet louter verplicht de rechten en vrijheden te eerbiedigen; het verdrag impliceert ook dat de betrokken Staten de schending ervan moeten verhinderen of herstellen teneinde het genot van die rechten en vrijheden te waarborgen. De verplichting te zorgen voor een daadwerkelijke uitoefening van de in het Verdrag vermelde rechten kan derhalve voor een Staat, in een aantal domeinen, positieve verplichtingen inhouden, en die verplichtingen kunnen impliceren dat maatregelen worden aangenomen, zelfs inzake de onderlinge relaties tussen privé-persoon¹⁸. Zo kwam het Hof ertoe te stellen dat Staten verplicht waren om in de verhoudingen tussen privé-persoon¹⁸ te voorzien in de bescherming van: het recht op leven (artikel 2)¹⁹, het recht op lichamelijke, psychische en seksuele integriteit (artikelen 3 en 8)²⁰, het recht niet in slavernij of dienstbaarheid te worden gehouden noch te worden gedwongen dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten (artikel 4)²¹, het recht te gaan en staan waar men wil (artikel 5)²², bepaalde rechten te genieten die inherent zijn aan een eerlijk proces (artikel 6)²³, het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8)²⁴, het recht op de eerbiediging van het gezinsleven (artikel 8)²⁵, het recht op de eerbiediging van zijn

¹⁸ Cour eur. D.H., req. n°6525/00, décision *Libor Novak c. La République Tchèque* du 13 novembre 2003. L'affaire concernait en l'occurrence l'allégation d'une insuffisante protection de la vie privée du requérant face à une attaque dont il avait fait l'objet dans un article de presse. Dans un sens identique, et à propos d'une hypothèse similaire, voy. Comm. eur. D.H., req. n°31477, décision *José Ramon Lopez-Fando Raynaud et Eduardo Pardo Unanua c. Espagne* du 15 janvier 1997. Voy. encore, toujours dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, § 103, où la Cour énonce que «(L)es obligations positives [découlant de l'article 1^{er} de la Convention] ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'État ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'État.»

¹⁹ Voy., e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002.

²⁰ Voy. e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, spéc. § 73, ainsi que Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003.

²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, § 89.

²² Cour eur. D.H., arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005.

²³ Voy. p. ex., implicitement à propos de l'article 6, § 2, Cour eur. D.H., req. n°62390/00, décision *Dmitrijevs c. Lettonie* du 7 novembre 2002; Cour eur. D.H., arrêt *Pini, Manera, Bertani et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 183 (à propos du droit à un tribunal et du droit à l'exécution des décisions de justice).

²⁴ Voy. p. ex., Cour eur. D.H., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004.

²⁵ Voy. e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Pini, Manera, Bertani et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, §§ 149-150.

¹⁸ Zie EHRM, vordering nr. 6525/00, beslissing *Libor Novák t. de Tsjechische Republiek* van 13 november 2003. De zaak betrof inzonderheid de aantijging dat de persoonlijke levenssfeer van de eiser onvoldoende beschermd was tegen een schending daarvan in een persartikel. Zie in dezelfde zin, en met betrekking tot een soortgelijke stelling, EHRM, vordering nr. 31477, beslissing *José Ramón López-Fando Raynaud en Eduardo Pardo Unanua t. Spanje* van 15 januari 1997. Zie eveneens in dezelfde zin, EHRM, arrest *Refah Partisi t. Turkije* van 13 februari 2003, § 103, waarin het Hof het volgende stelt: «Les obligations positives [welke uit artikel 1 van het Verdrag voortvloeien] ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'État ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'État.»

¹⁹ Zie o.m. EHRM, arrest *Calvelli en Ciglio t. Italië* van 17 januari 2002.

²⁰ Zie o.m. EHRM, arrest *Z e.a. t. het Verenigd Koninkrijk* van 10 mei 2001, inzonderheid § 73, alsmede EHRM, arrest *M.C. t. Bulgarije* van 4 december 2003.

²¹ EHRM, arrest *Siliadin t. Frankrijk* van 26 juli 2005, § 89.

²² EHRM, arrest *Storck t. Duitsland* van 16 juni 2005.

²³ Zie bijvoorbeeld impliciet in verband met artikel 6, § 2, EHRM, vordering nr. 62390/00, beslissing *Dmitrijevs t. Letland* van 7 november 2002; EHRM, arrest *Pini, Manera, Bertani en Atripaldi t. Roemenië* van 22 juni 2004, § 183 (inzake het recht op een rechtbank en het recht op de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen).

²⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM, arrest *von Hannover t. Duitsland* van 24 juni 2004.

²⁵ Zie o.m. EHRM, arrest *Pini, Manera, Bertani en Atripaldi t. Roemenië* van 22 juni 2004, §§ 149-150.

le droit au respect de la correspondance (article 8)²⁷; la liberté de conscience et de religion (article 9)²⁸; la liberté d'expression (article 10)²⁹; la liberté de réunion (article 11)³⁰; la liberté d'association (article 11)³¹; l'égalité et la non-discrimination (article 14)³²; le droit de propriété (article 1^{er} du premier Protocole additionnel)³³. Il est à noter que, dans certaines hypothèses, la Cour européenne des droits de l'Homme ira jusqu'à imposer que la protection du droit considéré emprunte la voie pénale: ainsi en va-t-il en cas d'atteinte intentionnelle à la vie³⁴, à l'intégrité physique³⁵ ou à l'intégrité sexuelle³⁶, de même qu'en cas de soumission d'un individu à l'esclavage, à la servitude ou à des travaux forcés.³⁷

woning (artikel 8)²⁶, het recht op de eerbiediging van de briefwisseling (artikel 8)²⁷, het recht op vrijheid van geweten en godsdienst (artikel 9)²⁸, het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10)²⁹, het recht op vrijheid van vergadering (artikel 11)³⁰, het recht op vrijheid van vereniging (artikel 11)³¹, het recht op gelijkheid en non-discriminatie (artikel 14)³², alsmede het recht op eigendom (artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol)³³. Er zij op gewezen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in sommige gevallen zelfs oplegt dat de bescherming van het betrokken recht strafrechtelijk wordt afgedwongen: zulks is het geval bij een opzettelijke aanslag op het leven³⁴, bij de aanranding van de lichamelijke integriteit³⁵ of van de seksuele integriteit³⁶, alsmede indien iemand wordt onderworpen aan slavernij, dienstbaarheid of dwangarbeid.³⁷

²⁶ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Surugiu c. Roumanie* du 20 avril 2004, § 59.

²⁷ Cour eur. D.H., arrêt *M.M. c. Pays-Bas* du 8 avril 2003.

²⁸ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 47; Comm. Eur. D.H., décision *Scientology Kirche Deutschlands c. Allemagne* du 7 avril 1997.

²⁹ Voy. e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Ozgur Gundem c. Turquie* du 16 mars 2000, §§ 42-43.

³⁰ Voy. e. a. Cour eur. D.H., arrêt *Appleby c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, § 47.

³¹ Voy. e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, ainsi que Cour eur. D.H., req. n° 41579/98, décision *AB Kurt Kellerman c. Suède* du 1^{er} juillet 2003.

³² Cour eur. D.H., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 17 juillet 2004. L'on notera que la possibilité de déduire une obligation positive de protection au départ de la garantie d'égalité et de non-discrimination, est affirmée par le rapport explicatif du Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme.

³³ Cour eur. D.H., arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, § 96.

³⁴ Voy. en effet Cour eur. D.H., arrêt *Kiliç c. Turquie*. S'agissant des atteintes non intentionnelles à la vie en milieu médical, la voie pénale n'est pas nécessairement exigée (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 90). Par contre une atteinte non-intentionnelle à la vie résultant de négligences dans la conduite d'une activité nuisible à l'environnement peut requérir la répression pénale (Cour eur. D.H., arrêt *Oneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004).

³⁵ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998.

³⁶ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003.

³⁷ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005.

²⁶ Zie EHRM, arrest *Surugiu t. Roemenië* van 20 april 2004, § 59.

²⁷ EHRM, arrest *M.M. t. Nederland* van 8 april 2003.

²⁸ Zie EHRM, arrest *Otto-Preminger-Institut t. Oostenrijk* van 20 september 1994, § 47; EHRM, beslissing *Scientology Kirche Deutschlands t. Duitsland* van 7 april 1997.

²⁹ Zie o.m. EHRM, arrest *Özgür Gündem t. Turkije* van 16 maart 2000, §§ 42-43.

³⁰ Zie o.m. EHRM, arrest *Appleby t. het Verenigd Koninkrijk* van 6 mei 2003, § 47.

³¹ Zie o.m. EHRM, arrest *Gustafsson t. Zweden* van 25 april 1996, alsmede EHRM, vordering nr. 41579/98, beslissing *AB Kurt Kellerman t. Zweden* van 1 juli 2003.

³² EHRM, arrest *Pla en Puncernau t. Andorra* van 17 juli 2004. Er zij op gewezen dat de mogelijkheid een positieve beschermende verplichting af te leiden uit de vrijwaring van gelijkheid en non-discriminatie wordt bevestigd in het verklarend rapport bij het aanvullend protocol nr. 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

³³ EHRM, arrest *Sovtransavto Holding t. Oekraïne* van 25 juli 2002, § 96.

³⁴ Zie immers EHRM, arrest *Kiliç t. Turkije*. Als het gaat om een onopzettelijke aantasting van het leven in het kader van de uitoefening van de geneeskunst, dient niet noodzakelijkerwijs strafrechtelijk te worden opgetreden (zie EHRM, arrest *Vo t. Frankrijk* van 8 juli 2004, § 90). Een onopzettelijke aantasting van het leven die het gevolg is van onachtzaamheden bij het verrichten van een activiteit welke schadelijk is voor het milieu, kan daarentegen wel een strafrechtelijk optreden vergen (EHRM, arrest *Oneryildiz t. Turkije* van 30 november 2004).

³⁵ Zie EHRM, arrest *A t. het Verenigd Koninkrijk* van 23 september 1998.

³⁶ Zie EHRM, arrest *M.C. t. Bulgarije* van 4 december 2003.

³⁷ Zie EHRM, arrest *Siliadin t. Frankrijk* van 26 juli 2005.

21. Enfin, il apparaît que la Constitution belge est également le siège d'une obligation positive de protection des droits et libertés qu'elle consacre. Tantôt le texte constitutionnel lui-même – et cela vise singulièrement les révisions constitutionnelles les plus récentes – comportera des indications quasi explicites en ce sens: une obligation de protection est ainsi comprise dans l'article 11*bis*, alinéa 1^{er} (égalité homme-femme)³⁸, l'article 22*bis*, alinéa 2³⁹, l'article 22, alinéa 2 (dont on sait, par ailleurs, qu'il doit être interprété de manière conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme)⁴⁰, et l'article 23, alinéa 2.⁴¹ La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est également encline à déduire du titre II de la Constitution des obligations de protection, malgré le silence des textes concernés. Ainsi a-t-elle estimé, dans son arrêt 202/2004 du 21 décembre 2004, que «*Tenu de garantir notamment la liberté individuelle (article 12, alinéa 1^{er}, de la Constitution), le droit à la vie (article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme) et le droit de propriété (article 16 de la Constitution et article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme), le législateur se doit d'organiser une répression efficace des atteintes qui sont portées à ces droits fondamentaux par des activités criminelles, ce qui peut rendre nécessaires des restrictions au secret des lettres, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi*» (considérant B.12.2, notre accent). Dans un arrêt 117/2003 du 17 septembre 2003 (considérant B.8), cette même Cour laissait par ailleurs entendre que les droits à l'égalité et à la non-discrimination (article 10 et 11) devaient faire l'objet d'une protection dans les rapports entre particuliers.

21. Tot slot blijkt dat ook de Belgische Grondwet een positieve verplichting inhoudt de rechten en vrijheden die ze bekrachtigt te beschermen. Soms bevat de tekst van de Grondwet zelf – inzonderheid als het gaat om de recentste grondwetsherzieningen – welhaast uitdrukkelijke aanwijzingen in die zin: aldus is er een verplichting tot bescherming vervat in artikel 11*bis*, eerste lid (gelijkheid tussen man en vrouw)³⁸, in artikel 22*bis*, tweede lid³⁹, in artikel 22, tweede lid (waarvan overigens bekend is dat dit moet worden uitgelegd overeenkomstig artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden)⁴⁰ en in artikel 23, tweede lid van de Grondwet.⁴¹ Ook in de rechtspraak van het Arbitragehof is er een tendens vast stelbaar om uit titel II van de Grondwet verplichtingen tot bescherming af te leiden hoewel in de betrokken teksten daarover niets te lezen staat. Zo heeft dat Hof in zijn arrest 202/2004 van 21 december 2004 het volgende geoordeeld: «*De wetgever, die ertoe gehouden is onder meer de vrijheid van de persoon (artikel 12, eerste lid, van de Grondwet), het recht op leven (artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en het eigendomsrecht (artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) te waarborgen, heeft de verplichting om de criminele activiteiten waarbij die grondrechten worden geschonden doeltreffend te bestraffen, waardoor beperkingen op het briefgeheim noodzakelijk kunnen worden voor zover zij evenredig zijn met het nagestreefde wettige doel.*» (punt B.12.2., eigen onderstreping). In arrest 117/2003 van 17 september 2003 (punt B.8) liet datzelfde Hof trouwens verstaan dat de rechten op gelijkheid en op non-discriminatie (artikelen 10 en 11) in de relaties tussen privé-personen dienden te worden beschermd.

³⁸ Voy. G. Goedertier, «De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd», *R.W.*, 2003-2004, p. 248.

³⁹ Voy. S. Van Drooghenbroeck, «Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'Homme. Réflexions au départ de l'article 22*bis* de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle», *A.P.T.*, 2001, p. 138, et références aux travaux préparatoires.

⁴⁰ Voy. E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht», *T.B.P.*, p. 627. L'on notera que l'article 22 de la Constitution est actuellement ouvert à révision aux fins, notamment, de consacrer de manière plus explicite cette obligation de protection dans le domaine du traitement des données à caractère personnel: voy. B. Cadranet, «La déclaration de révision de la Constitution d'avril 2003», *CH-Crisp*, 2003, n° 1811-1812, pp. 16-17.

⁴¹ Voy. J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht Publiek Recht*, 2^{ème} éd., Bruges, La Charte, 2003, p. 575.

³⁸ Zie G. Goedertier, «De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd», *R.W.*, 2003-2004, blz. 248.

³⁹ Zie S. Van Drooghenbroeck, «Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'Homme. Réflexions au départ de l'article 22*bis* de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle», *A.P.T.*, 2001, blz. 138, alsmede de verwijzingen naar de parlementaire voorbereiding.

⁴⁰ Zie E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese recht», *T.B.P.*, blz. 627. Er zij op gewezen dat artikel 22 van de Grondwet thans voor herziening vatbaar is verklaard, inzonderheid om die verplichting tot bescherming uitdrukkelijker te bekrachtigen wat de bescherming van persoonsgegevens betreft: zie B. Cadranet, «La déclaration de révision de la Constitution d'avril 2003», *CH-Crisp*, 2003, nr. 1811-1812, blz. 16-17.

⁴¹ Zie J. Vande Lanotte en G. Goedertier, *Overzicht Publiek Recht*, 2^{de} uitg., Brugge, Die Keure 2003, blz. 575.

22. Non sans quelque hésitation⁴², les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire semblent avoir admis, à l'heure actuelle, que la protection des droits fondamentaux doit être également assurée dans les rapports entre particuliers, qu'il s'agissent des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme⁴³, ou par la Constitution belge⁴⁴. Force est néanmoins de constater que les modalités techniques de cette protection sont encore relativement confuses car généralement peu théorisées par les juges eux-mêmes. Tantôt ceux-ci imposent le respect des droits fondamentaux entre particuliers de manière *médiate*, c'est-à-dire, par le truchement de l'interprétation des 'normes ouvertes' de droit privé régissant les rapports entre particuliers: les droits fondamentaux sont de la sorte mobilisés pour donner

22. Niet zonder enige aarzeling⁴² lijken de tot de rechterlijke orde behorende hoven en rechtbanken thans te hebben aanvaard dat de bescherming van de grondrechten ook moet worden verzekerd in de verhoudingen tussen privé-personen, ongeacht of die grondrechten worden gewaarborgd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden⁴³, dan wel door de Grondwet⁴⁴. Men kan evenwel niet om de vaststelling heen dat de technische modaliteiten inzake die bescherming nog vrij verward zijn. Van enige theorievorming is er in de rechtspraak nog nauwelijks sprake. Nu eens leggen die rechters de inachtneming van de grondrechten tussen privé-personen onderling *indirect* op, dat wil zeggen via de invulling van de privaatrechtelijke 'open normen' die de betrekkingen

⁴² Certaines décisions, relativement anciennes, refusaient en effet la possibilité de toute espèce de 'diffusion' des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers: voy. C.T. Bruxelles, 18 mai 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 71; Civ. Anvers, 22 juillet 1992 et 22 octobre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 541; Civ. Anvers, 27 juin 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1218; Civ. Bruxelles, 17 septembre 1991, *J.D.J.*, 1991, n° 109, p. 28.

⁴³ Voy. les références citées in O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, pp. 210-212 et références citées. *Adde*, plus récemment, Cass., 27 février 2001, P. 99076N (à propos de la compatibilité, avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de la vidéosurveillance pratiquée dans une entreprise privée). *Adde* également T.T. Nivelles, 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181 (application de l'article 8 de la Convention dans les rapports entre travailleurs et employeurs - fouille d'un sac), ainsi que T.T. Verviers, 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183 (surveillance des courriers électroniques).

⁴⁴ Voy. p. ex., concernant l'article 25 de la Constitution, Civ. Bruxelles, 11 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1037; concernant l'article 22 de la constitution, Civ. Verviers, 30 janvier 1997 et 5 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 317, ainsi que Cass., 27 février 2001, P. 99076N (à propos de la compatibilité, avec l'article 22 de la Constitution, de la vidéosurveillance pratiquée dans une entreprise privée); en ce qui concerne les articles 12 et 27 de la Constitution, Civ. Neufchâteau, 25 juin 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 326; en ce qui concerne l'article 23 de la Constitution, J.P. Ixelles, 2 décembre 1997, *Act. Jur. Baux*, 1998, p. 57, J.P. Roulers, 1^{er} mars 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1054 et J.P. Ixelles, 6 mars 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 296.

⁴² In een aantal beslissingen van vrij lang geleden werd immers geweigerd om in de relaties tussen privé-personen de grondrechten in enigerlei opzicht te laten 'doorwerken': zie Arbeidsrechtb. Brussel, 18 mei 1992, *Pas.*, 1992, III, blz. 71; Burg. rechtb. Antwerpen, 22 juli 1992 en 22 oktober 1992, *R.W.*, 1992-1993, blz. 541; Burg. rechtb. Antwerpen, 27 juni 1995, *R.W.*, 1995-1996, blz. 1218; Burg. rechtb. Brussel, 17 september 1991, *J.D.J.*, 1991, nr. 109, blz. 28.

⁴³ Zie de verwijzingen die worden aangehaald in O. De Schutter en S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, verz. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, blz. 210-212, alsmede de aangehaalde verwijzingen. *Adde*, meer recent, Cass., 27 februari 2001, P. 99076N (over de verenigbaarheid van het in een privé-onderneming uitgeoefende videotoezicht met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Mens en de Fundamentele Vrijheden). *Adde* voorts Arbeidsrechtb. Nijvel, 8 februari 2002, *J.T.T.*, 2002, blz. 181 (toepassing van artikel 8 van het Verdrag bij de betrekkingen tussen werknemers en werkgevers: - controle van een tas), alsmede Arbeidsrechtb. Verviers, 20 maart 2002, *J.T.T.*, 2002, blz. 183 (toezicht op de e-mails).

⁴⁴ Zie over artikel 25 van de Grondwet bijvoorbeeld Burg. rechtb. Brussel, 11 juni 1993, *J.L.M.B.*, 1993, blz. 1037; over artikel 22 van de Grondwet, Burg. rechtb. Verviers, 30 januari 1997 en 5 februari 1997, *J.L.M.B.*, 1997, blz. 317, alsmede Cass., 27 februari 2001, P. 99076N (met betrekking tot de verenigbaarheid van het in een privé-onderneming uitgeoefende videotoezicht met artikel 22 van de Grondwet); over de artikelen 12 en 27 van de Grondwet, Burg. rechtb. Neufchâteau, 25 juni 1997, *R.R.D.*, 1997, blz. 326; over artikel 23 van de Grondwet, Vred. Elsene, 2 december 1997, *Act. Jur. Baux*, 1998, blz. 57, Vred. Roeselare, 1 maart 1996, *R.W.*, 1997-1998, blz. 1054 en Vred. Elsene, 6 maart 1995, *R.G.D.C.*, 1996, blz. 296.

un contenu aux notions de faute quasi-délictuelle⁴⁵, d'ordre public contractuel⁴⁶, d'usages honnêtes en matière commerciale⁴⁷, ou encore d'abus de droit.⁴⁸ Pareil procédé indirect de diffusion des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers est celui qui s'inscrit le mieux dans la philosophie générale des obligations de protection: les particuliers ne sont pas les débiteurs juridiques directs des droits fondamentaux, mais les règles étatiques doivent être interprétées *comme si* elles avaient été édictées aux fins de protection desdits droits. Parfois, cependant, le juge s'abstient d'arrimer explicitement la diffusion des droits fondamentaux dans les relations interindividuelles à une norme régissant les rapports entre particuliers – par exemple les articles 6, 1133 ou 1382 du Code civil -: l'impression est alors suscitée que les droits fondamentaux, constitutionnellement ou internationalement garantis, lient directement, en droit, les individus eux-mêmes (doctrine de *l'unmittelbare Drittwirkung*).⁴⁹

tussen privé-personen regelen: de grondrechten worden aldus aangewend om inhoud te geven aan de begrippen 'quasi-delictuele fout'⁴⁵, 'openbare orde' in de contractuele relaties⁴⁶, 'eerlijke handelspraktijken'⁴⁷ of 'rechtsmisbruik'.⁴⁸ Een dergelijk indirect procédé om de grondrechten in de relaties tussen privé-personen te laten doorwerken, past het best in de algemene filosofie over de verplichting om de grondrechten te beschermen: privé-personen zijn niet rechtstreeks juridisch onderworpen aan de grondrechten, maar de statelijke regels dienen te worden geïnterpreteerd *alsof* zij waren uitgevaardigd ter bescherming van deze rechten. Soms echter verbindt de rechter de doorwerking van de grondrechten in de relaties tussen privé-personen uitdrukkelijk niet aan een norm die de betrekkingen tussen privé-personen regelt, zoals bijvoorbeeld de artikelen 6, 1133 of 1382 van het Burgerlijk Wetboek. Zulks wekt dan ook de indruk dat de door de Grondwet of de verdragen gewaarborgde grondrechten rechtstreeks de privé-personen zelf verbinden (de rechtsleer die de *unmittelbare Drittwirkung* voorstaat).⁴⁹

⁴⁵ Voy. p. exemple, Civ. Bruxelles, 21 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 24.

⁴⁶ Voy. par exemple, à propos de la location d'un logement impropre à l'habitation, J.P. Grâce-Hollogne, 10 octobre 2000, *Echos log.*, 2001, p. 14; *J.L.M.B.*, 2001, p. 1263 et note; *J.J.P.*, 2003, p. 60. Voy. également, Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pas.*, 1976, III, p. 51 (nullité d'une convention par laquelle un détective privé s'était engagé à enregistrer les conversations téléphoniques d'un tiers); T.T. Bruges, 13 décembre 1993, *Chron. dr. social*, 1994, p. 79 et suiv. et note P. Humblet (nullité d'une clause de résidence).

⁴⁷ Comm. Bruxelles (Cess.), 16 juin 2003, *Association belge des consommateurs Test-Achat c. Fortis A.G.*, AC 08304/02 (inédit).

⁴⁸ Voy., p. exemple, Civ. Charleroi (réf.), 19 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 590 et note J. FIERENS (à propos d'une coupure d'électricité); Comm. Bruxelles (Cess.), 6 novembre 1998, *Ann. prat. Comm.*, 1998, p. 649, note Y. Montangie; Comm. Bruxelles (Cess.), 27 novembre 1997, *Ann. prat. Comm.*, 1997, p. 807 et suiv.; Comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. prat. Comm.*, 1997, p. 793.

⁴⁹ Voy., par exemple, à propos de la mixité des établissements d'enseignement du réseau libre subventionné, Bruxelles (réf.), 21 février 1996, *J.D.J.*, 1996, p. 227 et note J. Jacquemain. Voy. encore, à propos des atteintes à la vie privée portées par la presse, Civ. Bruxelles, 6 novembre 1996, *Journ. Proc.*, 1996, liv. 316, p. 26; Gand, 12 septembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 46. *Adde*, T.T. Nivelles, 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181; T.T. Verviers, 20 mars 2002, *J.T.T.*, p. 183 et suiv.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Burg. rechtb. Brussel, 21 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, blz. 24.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de verhuring van een niet voor bewoning geschikt pand, Vred. Grâce-Hollogne, 10 oktober 2000, *Echos log.*, 2001, blz. 14; *J.L.M.B.*, 2001, blz. 1263 alsook noot; *J.J.P.*, 2003, blz. 60. Zie eveneens Burg. rechtb. Brussel, 6 april 1976, *Pas.*, 1976, III, blz. 51 (nietigheid van een overeenkomst op grond waarvan een privé-detective er zich toe had verbonden de telefoongesprekken van een derde af te luisteren); Arbeidsrechtb. Brugge, 13 december 1993, *Chron. dr. social*, 1994, p. 79 e.v. alsook noot P. Humblet (nietigheid van een verblijfsbeding).

⁴⁷ Kooph. Brussel (vordering tot staking), 16 juni 2003, *Belgische Consumentenvereniging Test-Aankoop t. Fortis A.G.*, AC 08304/02 (onuitgegeven).

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Burg. rechtb. Charleroi (kortgeding), 19 januari 2000, *R.G.D.C.*, 2000, blz. 590 alsook noot J. Fierens (in verband met een stroomonderbreking); Kooph. Brussel (vordering tot staking), 6 november 1998, *Ann. prat. Comm.*, 1998, blz. 649, noot Y. Montangie; Kooph. Brussel (vordering tot staking), 27 november 1997, *Ann. prat. Comm.*, 1997, blz. 807 e.v.; Kooph. Antwerpen, 29 mei 1997, *Ann. prat. Comm.*, 1997, blz. 793.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de gemengde aard van de onderwijsinstellingen uit het gesubsidieerde vrije net, Brussel (kortgeding), 21 februari 1996, *J.D.J.*, 1996, blz. 227 alsook noot J. Jacquemain. Zie voorts over de inbreuken op de persoonlijke levenssfeer door de pers, Burg. rechtb. Brussel, 6 november 1996, *Journ. Proc.*, 1996, boek 316, blz. 26; Gent, 12 september 1988, *Pas.*, 1989, II, blz. 46. *Adde*, Arbeidsrechtb. Nijvel, 8 februari 2002, *J.T.T.*, 2002, blz. 181; Arbeidsrechtb. Verviers, 20 maart 2002, *J.T.T.*, blz. 183 e.v.

23. Pas davantage que les obligations positives de réalisation ci-avant décrites, les obligations positives de protection ne peuvent être considérées comme absolues. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'Homme⁵⁰, il s'agit d'obligations de *moyen*, et non de *résultat*, qui doivent s'accommoder du souci de réaliser un 'juste équilibre', non seulement entre l'intérêt général et l'intérêt particulier (avec le lot de délicats arbitrages que cela comporte quant à l'allocation des ressources humaines et financières à la politique de protection des droits de l'Homme), mais aussi, entre les droits fondamentaux conflictuels. Ainsi et par exemple, la protection de la vie privée des personnes mises en causes par des poursuites pénales (article 8 CEDH) implique nécessairement une restriction à la liberté d'expression journalistique (article 10 du même instrument).

24. La survenance de tels conflits entre droits fondamentaux – les exemples pourraient être multipliés à l'infini – rend particulièrement délicate la question du *partage de responsabilité* qui doit s'opérer, entre les différentes autorités publiques, dans l'exécution de l'obligation de protection constitutionnellement ou internationalement imposée. Les rôles respectifs du législateur et du juge sont, à cet égard, particulièrement délicats à délimiter.

D'un côté en effet, l'on serait tenté d'affirmer que l'exécution de l'obligation de protection des droits fondamentaux est une mission qui incombe *prioritairement au législateur*: telle est au demeurant la thèse qui fut défendue lors des travaux préparatoires de la nouvelle Constitution helvétique⁵¹. Plusieurs raisons la soutiennent:

– la première tient au respect de la séparation des pouvoirs, et singulièrement, aux rôles respectivement dévolus au juge et au législateur dans une société démocratique. La question de savoir s'il est nécessaire d'investir les particuliers de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, et dans l'affirmative, dans quelle mesure et selon quels moyens cela doit avoir lieu, est une question qui mobilise un pouvoir d'appréciation, lequel excède, dans de nombreuses hypothèses, la mission normale d'un juge. Nous l'avons souligné ci-avant (*supra*, n°7): l'obligation de protection des droits fondamentaux ne requiert pas nécessairement, dans tous les cas de

23. Net zomin als de hierboven omschreven positieve verplichtingen tot «effectieve verwezenlijking» kunnen de positieve verplichtingen tot «bescherming» als absoluut worden beschouwd. Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderstreept⁵⁰, betreft het *inspannings-* en geen *resultaatsverplichtingen*. Deze verplichtingen moeten sporen met de zorg om een «juist evenwicht» te bereiken niet alleen tussen het algemeen belang en het particulier belang (met alle kiese afwegingen die dat met zich brengt m.b.t. de inzet van personele en financiële middelen voor het beleid ter bescherming van de mensenrechten), maar ook tussen de onderling conflicterende grondrechten. Zo impliceert bijvoorbeeld de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van degene tegen wie een strafvervolging is ingesteld (artikel 8 EVRM) noodzakelijkerwijs een beperking van de uitingsvrijheid van de journalist (artikel 10 van datzelfde Verdrag).

24. Dergelijke conflicten tussen grondrechten - men zou er oneindig veel voorbeelden van kunnen geven - maken het bijzonder moeilijk om de verdeling van de verantwoordelijkheid tussen de diverse overheden, bij het nakomen van de grondwettelijk of internationaal opgelegde beschermingsverplichting, vast te stellen. Met name ligt het allesbehalve voor de hand precies te bepalen wat de rol is van de wetgever, respectievelijk de rechter.

Enerzijds is de verleiding immers groot te stellen dat de tenuitvoerlegging van de verplichting om de grondrechten te beschermen, *prioritair bij de wetgever* ligt. Die stelling werd bijvoorbeeld verdedigd tijdens de parlementaire voorbereiding van de nieuwe Zwitserse Grondwet⁵¹, en wel op grond van de volgende argumenten:

– Het eerste argument heeft te maken met de scheiding der machten en, inzonderheid, met de rol die de rechter en de wetgever respectievelijk te vervullen hebben in een democratische samenleving. De vraag of het noodzakelijk is privé-personen op te dragen de grondrechten in acht te nemen en, zo ja, in hoeverre en met welke middelen dat dient te gebeuren, vereist een beoordelingsbevoegdheid die in veel gevallen de gebruikelijke taak van een rechter overstijgt. Hierboven (cf. nr. 7) onderstreepten we reeds dat de verplichting de grondrechten te beschermen, niet noodzakelijk in alle gevallen impliceert dat alle privé-personen wordt opgedragen

⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Artze für das Leben c. Autriche* du 21 juin 1988, § 34

⁵¹ Voy., en ce sens, le Message du Gouvernement fédéral portant commentaire de l'article 35 (3) de la nouvelle Constitution helvétique

⁵⁰ EHRM, arrest *Ärtze für das Leben t. Oostenrijk* van 21 juni 1988, § 34.

⁵¹ Zie in dat verband de *Message du Gouvernement fédéral* met betrekking tot artikel 35 (3) van de nieuwe Zwitserse Grondwet.

figure, que tous les acteurs privés soient astreints, de manière identique, à l'obligation de respecter et d'honorer l'ensemble desdits droits. Un choix de haute politique semble ici se profiler, et il est préférable - pour dire le moins - qu'il soit posé par un législateur;

– une seconde raison, d'ordre plus technique, tient au fait que la protection d'un droit fondamental – nous l'avons souligné – emporte bien souvent la nécessité de limiter un autre droit fondamental. Or, dans la tradition constitutionnelle belge – telle que la 'clause transversale relative aux restrictions', proposée par ailleurs, tente de la codifier – les restrictions apportées à un droit fondamental doivent être le fait d'un *acte législatif* (loi, décret, ordonnance). Il en va d'autant plus ainsi lorsque cette restriction prend une forme pénale – ce qui, le cas échéant, peut être exigé par la Convention européenne des droits de l'Homme (voy. *supra*, n°20);

– une troisième raison, intimement liée à la seconde, met en avant un impératif de sécurité juridique. Il apparaît assez nettement, à la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁵², que l'État qui s'acquiesce de son obligation de protéger les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers se voit astreint à un impératif de sécurité juridique: non seulement la protection qu'il accorde à certains droits, mais aussi la limitation qu'il apporte à d'autres droits aux fins de bâtir cette protection, doivent offrir une prévisibilité suffisante pour éviter tout phénomène d'auto-censure dans le chef des titulaires des droits protégés et limités.⁵³ Il est douteux que la seule régulation jurisprudentielle de cette protection et de ces limites, terrain d'une inévitable casuistique, satisfasse, à elle seule, cet impératif de sécurité juridique: ici encore, une prise en charge législative de la problématique paraît incontournable.

Toutefois, l'intervention prioritaire du législateur ne saurait aller jusqu'à supprimer totalement le pouvoir du juge de se livrer, *in concreto*, à un arbitrage des intérêts en présence. En résolvant de manière purement abstraite, mécanique et rigide un conflit de droits fondamentaux par l'octroi d'une priorité inconditionnelle à l'un d'entre eux — ce qui évacuerait tout pouvoir d'appréciation du juge —, le législateur en arriverait en effet à créer

al die rechten op identieke wijze te eerbiedigen en in acht te nemen. Kennelijk vergt een en ander veeleer een politieke keuze van de hoogste orde en derhalve is het - ten minste - verkieslijk dat de wetgever die keuze maakt;

– Een tweede, meer technisch argument, luidt dat, zoals we eerder reeds hebben aangegeven, de bescherming van een grondrecht er zeer vaak toe leidt dat een ander grondrecht moet worden ingeperkt. In de Belgische grondwettelijke traditie - waarvan de codificatie wordt beoogd via de, eveneens voorgestelde, 'transversale clausule inzake de beperkingen' - moeten de beperkingen van een grondrecht evenwel uitgaan van een *wetgevingshandeling* (*wet, decreet, ordonnantie*). Dat is des te meer zo wanneer die beperking van strafrechtelijke aard is, wat in voorkomend geval een vereiste kan zijn van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (cf. *supra*, nr. 20),

– Een derde argument, dat nauw aansluit bij het vorige, benadrukt de noodzaak van rechtszekerheid. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens⁵² blijkt vrij duidelijk dat de Staat die zich kwijt van zijn verplichting om de grondrechten in de betrekkingen tussen privé-personen te beschermen, daarbij in elk geval ook de rechtszekerheid in acht moet nemen: niet alleen de aan bepaalde rechten geboden bescherming, maar ook de daarmee gepaard gaande beperking van andere rechten moeten voldoende voorspelbaar zijn, dit om te voorkomen dat de titularissen van de beschermde en ingeperkte rechten aan zelfcensuur gaan doen⁵³. Het valt te betwijfelen of het, met het oog op de vereiste rechtszekerheid, volstaat die bescherming en de eraan gekoppelde beperkingen uitsluitend via jurisprudentiële weg te regelen, want aldus vervalt men al snel in een casuïstische aanpak. Ook hier lijkt een wetgevend optreden dus onontbeerlijk.

Desalniettemin mag die prioritaire interventie van de wetgever niet zover gaan dat de rechter alle macht wordt ontnomen om *in concreto* de diverse in het geding zijnde belangen tegen elkaar af te wegen. Door te kiezen voor een louter abstracte, mechanische en rigide oplossing bij een conflict tussen grondrechten - met andere woorden door een van die rechten onvoorwaardelijk de prioriteit te geven en aldus de rechter geen

⁵² S. Van Drooghenbroeck, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, sous la dir. de H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, à paraître.

⁵³ Cour eur D.H., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, §§ 73 à 75.

⁵² S. Van Drooghenbroeck, «L'horizontalisation des droits de l'Homme», *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, o.l.v. H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, Brussel, Bruylant, 2005 - nog te verschijnen.

⁵³ EHRM, arrest *Von Hannover t. Duitsland* van 24 juni 2004, §§ 73 tot 75.

une véritable hiérarchie entre droits fondamentaux, ce qui, dans son chef, n'est pas admissible.⁵⁴ Un arbitrage entre droits conflictuels doit *in fine* faire l'objet d'une appréciation concrète. Par conséquent, les lois qui se donnent pour ambition de protéger des droits fondamentaux au détriment, le cas échéant, d'autres droits fondamentaux, doivent recourir à des standards juridiques suffisamment souples pour permettre cette appréciation concrète par un juge, tout en étant suffisamment précis pour offrir la sécurité juridique requise. Il s'agit là d'un équilibre particulièrement délicat à réaliser.

D. Synthèse

25. On retiendra des développements qui précèdent que le droit constitutionnel vivant de la Belgique (textes constitutionnels, instruments internationaux en vigueur, jurisprudence relative à ceux-ci) offre à l'heure actuelle un ancrage solide à l'idée selon laquelle la garantie effective des droits fondamentaux requiert, non seulement le 'respect' de ceux-ci, mais aussi leur réalisation et leur protection. Par conséquent, les experts estiment légitime et opportun que cette 'triade' d'obligations fasse l'objet d'une consécration constitutionnelle expresse dans la clause transversale proposée. Encore faut-il, cependant, s'interroger plus avant sur la question de la 'justiciabilité' (la langue française ne comporte pas de terme tout à fait adéquat pour traduire le concept néerlandais d'*afdwingbaarheid*) de ces obligations.

3. La justiciabilité (afdwingbaarheid) des obligations imposées

A. L'effet direct?

26. Si la question de la 'justiciabilité' (*afdwingbaarheid*) de l'obligation de 'respecter' les droits fondamentaux ne soulève pas de problèmes particuliers, il n'en va pas de même s'agissant cette fois-ci des obligations positives de *réalisation et de protection*. La difficulté tient au fait qu'il ne s'agit pas ici de censurer un acte, mais bien davantage une omission (omission de légiférer en vue de réaliser tel ou tel droit ou de protéger tel ou tel droit).

beoordelingsmarge meer te gunnen - zou de wetgever immers een heuse hiërarchie tussen grondrechten in het leven roepen, wat onaanvaardbaar zou zijn.⁵⁴ *In fine* moet het conflict tussen twee rechten worden beslecht door een concrete beoordeling. Bijgevolg moeten de wetten waarmee wordt beoogd de grondrechten te beschermen door desgevallend andere grondrechten in te perken, voldoende soepele juridische ijkpunten bevatten zodat de rechter nog enige concrete beoordelingsmarge overhoudt. Tegelijkertijd moeten die wetten echter voldoende precies zijn om de nodige rechtszekerheid te bieden. Het betreft hier een bijzonder moeilijke evenwichtsoefening.

D. Samenvatting

25. Uit de voorafgaande beschouwingen kan worden onthouden dat het vigerend Belgisch grondwettelijk recht (de grondwettelijke bepalingen, de vigerende internationale instrumenten en de rechtspraak dienaangaande) thans een stevige voedingsbodem biedt voor de stelling dat het daadwerkelijk waarborgen van grondrechten niet alleen de «eerbiediging» doch ook de «effectieve verwezenlijking» en de «bescherming» ervan door de overheid vereist. Derhalve achten de deskundigen het gewettigd en aangewezen dat dit 'drietal' van verplichtingen uitdrukkelijk in de Grondwet zou worden verankerd in de voorgestelde transversale bepaling. Daarbij rijst evenwel nog de vraag of die verplichtingen afdwingbaar zijn (in het Frans heeft men het over '*justiciabilité*', een term die niet geheel strookt met het Nederlandse begrip 'afdwingbaarheid').

3. De afdwingbaarheid (justiciabilité) van de opgelegde verplichtingen

A. Rechtstreekse werking?

26. Dat de verplichting tot «eerbiediging» van de grondrechten afdwingbaar is, doet geen bijzondere problemen rijzen. Zulks geldt evenwel niet voor de positieve verplichtingen om ze *effectief te verwezenlijken* en te *beschermen*. Hier rijst immers het probleem dat niet een optreden van de overheid, doch veeleer een verzuim dient te worden beoordeeld (verzuim om wetgevend op te treden met het oog op effectieve verwezenlijking dan wel de bescherming van een welbepaald recht).

⁵⁴ Voy. J. Velaers, «De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten», *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 331.

⁵⁴ Zie J. Velaers, «De antidiscriminatiewet en de botsing van de grondrechten», *Vrijheid en Gelijkheid, De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, blz. 331.

27. L'on affirme souvent que les obligations positives imposées par une disposition constitutionnelle ou internationale sont dépourvues d'effet direct, en ce sens que l'individu ne saurait se prévaloir directement de ce droit aux fins qu'un juge en ordonne la réalisation ou la protection, en se substituant à l'autorité publique normalement compétente pour ce faire, ou en lui adressant des injonctions. Le droit constitutionnel belge 'vivant' des droits et libertés est assez profondément imprégné de cette affirmation. Tout d'abord, les instruments internationaux protecteurs des droits économiques, sociaux et culturels liant la Belgique (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁵; Charte sociale européenne des droits de l'Homme⁵⁶; volet 'social' de la Convention internationale sur les droits de l'enfant⁵⁷) se voient généralement dénier toute applicabilité directe par nos juridictions, sous réserve de quelques exceptions ponctuelles. Ensuite, une certaine jurisprudence de la Cour de cassation enseigne que les obligations positives issues de la Convention européenne des droits de l'Homme se voient également privées d'effet direct⁵⁸. Enfin, l'inscription par le constituant lui-même d'obligations positives au sein du titre II de la Constitution – article 22, alinéa 2; article 22bis, alinéa 2; article 11bis, alinéa 1^{er}, article 23, alinéa 2 – s'est généralement accompagnée, dans le chef du constituant, de l'affirmation selon laquelle lesdites obligations sont dépourvues d'effet direct. La jurisprudence belge relative à la portée des droits économiques, sociaux et culturels consacrés par l'article 23 de la Constitution va majoritairement en ce sens⁵⁹, sous la réserve de quelques décisions isolées dans l'analyse desquelles nous n'entrerons pas ici.

27. Vaak wordt gesteld dat de door een grondwettelijke of internationale bepaling opgelegde positieve verplichtingen elke rechtstreekse werking missen, aangezien het individu dat recht niet rechtstreeks kan invoeren voor de rechter teneinde deze de effectieve verwezenlijking of de bescherming ervan te horen bevelen, en aldus in de plaats te treden van de *normaliter* daartoe bevoegde overheid, of die aan te manen zulks te doen. Het Belgisch constitutioneel recht inzake rechten en vrijheden, is sterk doordrongen van die stelling. Eerst en vooral wordt in het algemeen, op enkele punctuele uitzonderingen na, elke rechtstreekse toepasselijkheid ontzegd aan de internationale instrumenten tot bescherming van de economische, sociale en culturele rechten waardoor België gebonden is (Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten⁵⁵; het Europees Sociaal Handvest⁵⁶, het «sociaal» onderdeel van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind⁵⁷). Vervolgens blijkt uit rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de uit het Europees Verdrag voor de rechten van de mens voortvloeiende positieve verplichtingen evenmin rechtstreekse werking hebben⁵⁸. Ten slotte doet de Grondwetgever zelf de positieve verplichtingen, die hij in titel II van de Grondwet heeft opgenomen – artikel 22, tweede lid, van de Grondwet; artikel 22bis, tweede lid, van de Grondwet; artikel 11bis, eerste lid, van de Grondwet; artikel 23, tweede lid, van de Grondwet – doorgaans gepaard gaan met de bevestiging dat de voormelde verplichtingen geen rechtstreekse werking hebben. Het merendeel van de Belgische rechtspraak over de draagwijdte van de economische, sociale en culturele rechten die in artikel 23 van de Grondwet worden gewaarborgd, gaat die richting uit⁵⁹, enkele alleenstaande beslissingen, waarop we hier niet nader ingaan, niet te na gesproken.

⁵⁵ Voy. O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la Constitution belge», 1999, pp. 49, 113 et suiv., 313 et suiv., 389 et suiv., 394-397, 436 note 17, 486, et 517 et suiv.

⁵⁶ Voy. O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la Constitution belge», 1999, pp. 394-397, 407 et suiv., 436 note 17, et 517 et suiv.

⁵⁷ Voy. S. Van Drooghenbroeck, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant: le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme», *Les enfants et l'aide sociale*, éd. ASBL Jeunesse et droit, 2004, pp. 79 et suiv.

⁵⁸ Voy. O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la Constitution belge», 1999, pp. 61-77 et réf. citées.

⁵⁹ Voy. notamm. C.E., n°54.196, 3 juillet 1995, *Beerts*; C.T. Liège, 4 mai 1999, R.G., 27.900/99; Bruxelles, 24 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 332. Adde, G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antvers, Intersentia, 2003, pp. 444 et suiv.

⁵⁵ Zie O. De Schutter en S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, verz. «Les grands arrêts de la Constitution belge», 1999, blz. 49, 113 en volgende, 313 en volgende, 389 en volgende, 394-397, 436 nota 17, 486, en 517 en volgende.

⁵⁶ Zie O. De Schutter en S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, verz. «Les grands arrêts de la Constitution belge», 1999, blz. 394-397, 407 en volgende, 436 nota 17, en 517 en volgende.

⁵⁷ Zie S. Van Drooghenbroeck, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant: le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme», *Les enfants et l'aide sociale*, éd. ASBL Jeunesse et droit, 2004, blz. 79 en volgende.

⁵⁸ Zie O. De Schutter en S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, verz. «Les grands arrêts de la Constitution belge», 1999, blz. 61-77 en voormelde verwijzingen.

⁵⁹ Zie met name Raad van State, nr. 54.196, 3 juli 1995, *Beerts*; Arbh. Luik, 4 mei 1999, A.R., 27.900/99; Brussel, 24 januari 1997, *J.L.M.B.*, 1997, blz. 332. Adde, G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, blz. 444 en volgende.

28. L'affirmation selon laquelle les 'obligations positives' déduites du texte constitutionnel ou d'instrument internationaux sont dépourvues d'effet direct mérite néanmoins d'être nuancée – ne fut-ce parce que la distinction à opérer entre obligations négatives et obligations positives est parfois, *in concreto*, beaucoup plus difficile à opérer qu'il n'y paraît. À notre estime en effet, la question de l'effet direct *vel non* d'une obligation constitutionnelle ou internationale ne peut être tranchée une fois pour toute et *in abstracto*, mais doit être appréciée de manière contextualisée. La bonne question à se poser en la matière est la suivante: dans quelle mesure un juge sortirait-il du rôle que lui assigne la séparation des pouvoirs en donnant lui-même efficacité à la norme internationale ou constitutionnelle invoquée devant lui? La réponse à cette question est fonction de l'objet de la prétention formée devant le juge, et de la plus ou moins grande aptitude de la législation interne à honorer cette prétention sans devoir au préalable être totalement bouleversée⁶⁰. Par ailleurs, l'on ne perdra pas de vue que le principe d'égalité et de non-discrimination est en mesure de conférer, à une obligation qui s'en trouverait intrinsèquement dépourvue, une *justiciabilité* (*afdwingbaarheid*) supplémentaire. Si l'autorité publique n'exécute ses obligations constitutionnelles ou internationales que d'une manière partielle et favorise de la sorte une catégorie de personnes par rapport à une autre, la catégorie 'désavantagée' se voit investie, par les articles 10 et 11 de la Constitution, d'un droit directement applicable de réclamer l'alignement de sa situation sur celle des personnes de la catégorie la plus favorisée – sous réserve qu'il n'existe pas de justifications objectives et raisonnables en sens contraire.⁶¹

B. L'effet de *standstill*?

29. À défaut de présenter l'effet direct qui permettrait d'en réclamer directement l'exécution en justice, les obligations de *réaliser* et de *protéger* les droits fondamentaux pourraient-elles au moins avoir un effet de *standstill*, en ce sens que leur consécration dans le texte constitutionnel ferait obstacle à ce que les autorités publiques remettent en cause, à l'avenir, le niveau de mise en œuvre des obligations susdites qui existait déjà au jour où cette consécration constitutionnelle a eu lieu?

⁶⁰ Sur ceci, voy., plus en détail, S. Van Drooghenbroeck, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux...», *op. cit.*, n^{os} 50 et suiv. Adde O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme...*, *op. cit.*, pp. 357 et suiv.!

⁶¹ Voy., pour une illustration paradigmatique de ce qui précède, Cour d'arbitrage, n^o 106/2003, 22 juillet 2003, considérant B.4.2.

28. De stelling dat de 'positieve verplichtingen' die voortvloeien uit de Grondwet of de internationale instrumenten geen rechtstreekse werking hebben, moet desalniettemin worden genuanceerd – al was het maar omdat het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen *in concreto* soms veel moeilijker te maken valt dan het lijkt. Naar onze mening kan de vraag of een grondwettelijke of een internationale verplichting al dan niet een rechtstreekse werking heeft, niet definitief en *in abstracto* worden beantwoord, maar moet ze in haar context worden beoordeeld. De hamvraag die daarbij rijst is de volgende: in hoeverre gaat een rechter zijn rol, die hem in het kader van de scheiding der machten is toegekend, te buiten door zelf uitvoering te geven aan de voor hem aangevoerde internationale of grondwettelijke norm? Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de aanspraak die voor de rechter wordt gebracht, alsook van de mate waarin de interne wetgeving in staat is om aan deze aanspraak tegemoet te komen, zonder eerst helemaal overhoop te moeten worden gehaald.⁶⁰ Voorts mag men niet uit het oog verliezen dat het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in staat is afdwingbaarheid te verlenen aan een intrinsiek niet-afdwingbare verplichting. Indien de overheid immers haar grondwettelijke of internationale verplichtingen slechts gedeeltelijk in acht neemt, en aldus een categorie van individuen bevoordeelt ten aanzien van een andere, krijgt de 'benadeelde' categorie op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet het rechtstreeks toepasselijk recht om te eisen dat haar situatie wordt afgestemd op die van de meest bevoordeelde categorie, onder voorbehoud dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor de ongelijke behandeling.⁶¹

B. *Standstill*-effect?

29. De verplichtingen om bij te dragen tot de «effectieve verwezenlijking» en de «bescherming» van grondrechten, mogen dan al geen rechtstreekse werking hebben waardoor ze juridische afdwingbaar zijn, de vraag rijst of ze dan niet minstens toch een *standstill*-effect kunnen hebben? Dat zou betekenen dat de bevestiging van die verplichtingen in de Grondwet zou verhinderen dat de openbare overheden in de toekomst het niveau waarop aan die verplichtingen is voldaan op het ogenblik van hun grondwettelijke verankering, nog zouden kunnen afbouwen.

⁶⁰ Zie in dat verband, voor nadere gegevens, S. Van Drooghenbroeck, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux...», *op. cit.*, nr. 50 en volgende. Adde O. De Schutter en S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme...*, *op. cit.*, blz. 357 en volgende.

⁶¹ Zie, voor een paradigmatische verduidelijking van het voorgaande, Arbitragehof, nr. 106/2003, 22 juli 2003, punt B.4.2.

Il s'agit là d'une question à laquelle il peut être répondu par l'affirmative, eu égard aux données d'ores et déjà disponibles du droit constitutionnel vivant de la Belgique.

30. Déniant en effet aux droits garantis par l'article 23 de la Constitution la possibilité de se voir conférer un effet direct, le constituant n'en a pas moins concédé, sans ambiguïté, que cette disposition constitutionnelle puisse au moins se voir associer un effet de *standstill*. Ainsi lit-on, dans les travaux préparatoires de cette disposition, que «*la reconnaissance des droits socio-économiques aura pour conséquence de donner à ceux-ci ce que l'on pourrait appeler un ancrage constitutionnel. Il ne pourra plus être porté atteinte aux droits reconnus dans la législation interne sans enfreindre la Constitution*».

31. À l'époque, cette affirmation pouvait s'autoriser d'une analogie avec la jurisprudence plus ou moins convergente du Conseil d'État⁶², de la Cour de cassation⁶³ et de la Cour d'arbitrage⁶⁴ relative à la portée du droit à la gratuité de l'enseignement consacré par l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. L'idée selon laquelle une disposition constitutionnelle ou internationale puisse au moins 'consolider' l'acquis à défaut de garantir des droits immédiatement exigibles, a depuis lors cheminé et s'est affirmée, à tout le moins sur le plan théorique, au sein de la communauté juridique. Certes l'effet de *standstill* ne peut prétendre au statut de 'principe général de droit', ainsi que l'affirmait à bon droit la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2004.⁶⁵ L'on observe cependant que cette variante d'effectivité est mobilisée de plus en plus souvent lorsqu'il s'agit d'assigner une portée juridique à des dispositions dont l'applicabilité directe ne peut être sérieusement plaidée: l'on peut ici se référer à une certaine jurisprudence des juridictions du travail relative à la portée de la Convention internationale relative aux

Op grond van de thans reeds beschikbare gegevens over het Belgisch grondwettelijk recht, kan die vraag bevestigend worden beantwoord.

30. Hoewel de grondwetgever de bij artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde rechten niet heeft voorzien van een rechtstreekse werking, heeft hij immers toch ondubbelzinnig erkend dat die grondwettelijke bepaling ten minste een *standstill*-effect kan hebben. Zo kan men in de parlementaire voorbereiding van die bepaling lezen dat de erkenning van de sociaal-economische rechten zal leiden tot wat men een grondwettelijke verankering van die rechten zou kunnen noemen, alsook dat aan de in de interne wetgeving erkende rechten niet langer afbreuk kan worden gedaan zonder de Grondwet te schenden.

31. Voor die stelling kon men zich destijds baseren op een analogie met de min of meer gelijklopende rechtspraak van de Raad van State⁶², het Hof van Cassatie⁶³ en het Arbitragehof⁶⁴ inzake de draagwijdte van het in artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten gewaarborgde recht op kosteloos onderwijs. De stelling dat een grondwettelijke of internationale bepaling, die geen afdwingbare rechten waarborgt, wel in staat is ten minste het *acquis* te 'consolideren', heeft sindsdien zijn weg gemaakt en is, zeker op theoretisch vlak, in de rechtsgemeenschap aanvaard. Weliswaar is het zo dat het *standstill*-effect niet als een 'algemeen rechtsbeginsel' mag worden beschouwd. Zulks werd door het Hof van Cassatie terecht bevestigd in een arrest van 14 januari 2004.⁶⁵ Dat neemt echter niet weg dat deze variante van een «effectieve verwezenlijking» steeds vaker wordt ingeroepen om een juridische draagwijdte toe te kennen aan bepalingen waarvan de rechtstreekse werking niet op ernstige wijze kan worden bepleit. In dat verband kan worden verwezen naar bepaalde rechtspraak van de

⁶² CE, 6 septembre 1989, *M'Feddal*, n°32989, *R.A.C.E.*

⁶³ Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 392.

⁶⁴ Cour d'arbitrage, n°33/92, 7 mai 1992, *Mon. b.*, 4 juin 1992. Voy. également, de manière beaucoup plus implicite, Cour d'arbitrage, 11/2005, 22 juin 2005, considérant B.3.2.

⁶⁵ Cass., 14 janvier 2004, *C.D.S.*, 2004, p. 506 avec les conclusions de l'avocat général J. Spreutels et les observations de H. Mormont.

⁶² Raad van State, 6 september 1989, *M'Feddal*, nr. 32989, *R.A.C.E.*

⁶³ Cassatie, 20 december 1990, *Pas.*, 1991, I, blz. 392.

⁶⁴ Arbitragehof, nr. 33/92, 7 mei 1992, *Belgisch Staatsblad*, 4 juni 1992. Zie tevens, veel impliciet, Arbitragehof, 11/2005, 22 juni 2005, punt B.3.2.

⁶⁵ Cassatie, 14 januari 2004, gepubliceerd in *C.D.S.*, 2004, blz. 506, met de conclusies van advocaat-generaal J. Spreutels en de opmerkingen van H. Mormont.

droits de l'enfant⁶⁶, aux travaux préparatoires du nouvel article 11bis de la Constitution⁶⁷, et même aux premières analyses doctrinales de la portée juridique assignée aux 'principes' visés par l'article II-112, § 5, du traité établissant une Constitution pour l'Europe.⁶⁸

32. Recevable et au demeurant reçue en théorie, l'affirmation d'un effet de 'standstill' attaché aux obligations constitutionnelles de réalisation ou de protection n'en a pas moins suscité un certain scepticisme auprès des auteurs qui se sont attachés à en évaluer les conséquences pratiques. Il n'est que de citer sur ce point J. Vande Lanotte et G. Goedertier⁶⁹, s'exprimant à propos des droits garantis par l'article 23 de la Constitution: «*On peut sérieusement se demander si on ne considère pas trop facilement que le principe de standstill est applicable à l'article 23 de la Constitution. Il n'est pas simple, pour bon nombre de droits socio-économiques, de déterminer quand on peut parler de 'démantèlement du niveau de protection existant'. Il est en outre contestable*

arbeidsrechtbanken over de draagwijdte van het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind⁶⁶, naar de parlementaire voorbereiding van het nieuwe artikel 11bis van de Grondwet⁶⁷, en zelfs naar de eerste analyses in de rechtsleer van de juridische draagwijdte toegekend aan de 'beginselen' bedoeld in artikel II-112, § 5, van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.⁶⁸

32. Dat de grondwettelijke verplichtingen tot «effectieve verwezenlijking» en «bescherming» een *standstill*-effect hebben, is een aanvaardbare, en in theorie reeds aanvaarde stelling. Zulks neemt niet weg dat deze stelling een zeker scepticisme oproept bij bepaalde auteurs, die zijn ingegaan op de praktische gevolgen ervan. In dat verband volstaat het te verwijzen naar J. Vande Lanotte en G. Goedertier⁶⁹, wanneer ze het hebben over de bij artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde rechten: «*Het is zeer de vraag of het standstill-beginsel niet al te gemakkelijk toepasselijk wordt geacht op art. 23 G.W. Het is voor heel wat sociaal-economische rechten niet eenvoudig af te lijnen wanneer er gesproken kan worden van 'het afbouwen van het bestaande*

⁶⁶ Voy. S. Van Drooghenbroeck, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant: le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme», *Les enfants et l'aide sociale*, Actes de la journée d'études du 18 septembre 2003, éd. Jeunesse et droit, 2004, pp. 98 à 103. Adde, Trav. Liège, 24 août 2004, C.D.S., 2005, pp. 129 et suiv.; Trav. Bruxelles, 9 décembre 2004, C.D.S., 2005, pp. 135 et suiv.; Trav. Liège, 10 septembre 2004, consultable sur www.sdj.be; Trav. Huy, 19 janvier 2005, C.D.S., 2005, pp. 141 et suiv.; Trav. Bruxelles, 25 octobre 2004, C.D.S., 2005, pp. 163 et suiv. Plus ambigu, voy. Trav. Anvers, 5 juin 2005, pp. 177 et suiv.; franchement dubitatif, voy. Trav. Bruxelles, 9 février 2005, C.D.S., 2005, pp. 178 et suiv.

⁶⁷ Voy., s'agissant des droits non directement applicables consacrés par l'article 11bis de la Constitution, I. Hachez et S. Van Drooghenbroeck, «L'introduction de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la Constitution», *R.B.D.C.*, 2002, p. 165 et références aux travaux préparatoires cités à la note 59. Adde, G. Goedertier, «De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid tussen vrouwen en mannen is gewaarborgd», *R.W.*, 2003-2004, p. 250.

⁶⁸ «*Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes*». Les 'principes' auxquels il est fait référence recouvrent essentiellement les droits sociaux garantis par la Charte. Une certaine doctrine a soutenu que l'article II-112, § 5, avait au moins pour portée d'assortir les 'principes' ainsi compris d'une obligation de 'standstill': voy. L. Burgogues-Larsen, «Article II-112», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la dir. de L. Burgogues-Larsen, A. Levade et F. Picod, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 687; O. De Schutter, «Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux», *Une Constitution pour l'Europe*, sous la dir. de P. Nihoul et O. De Schutter, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 112-113.

⁶⁹ J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht...*, op. cit., p. 571.

⁶⁶ Zie S. Van Drooghenbroeck, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant: le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme», *Les enfants et l'aide sociale*, Handelingen van de studiedagen van 18 september 2003, éd. Jeunesse et droit, 2004, blz. 98 tot 103. Adde, Arbeidsrechtb. Luik, 24 augustus 2004, C.D.S., 2005, blz. 129 en volgende; Arbeidsrechtb. Brussel, 9 december 2004, C.D.S., 2005, blz. 135 en volgende; Arbeidsrechtb. Luik, 10 september 2004, te raadplegen op www.sdj.be; Arbeidsrechtb. Hoei, 19 januari 2005, C.D.S., 2005, blz. 141 en volgende; Arbeidsrechtb. Brussel, 25 oktober 2004, C.D.S., 2005, blz. 163 en volgende. Dubbelzinniger, zie Arbeidsrechtb. Antwerpen, 5 juni 2005, blz. 177 en volgende. Met de grootste terughoudendheid, zie Arbeidsrechtb. Brussel, 9 februari 2005, C.D.S., 2005, blz. 178 en volgende.

⁶⁷ Aangezien het handelt over niet-direct toepasselijke rechten die zijn verankerd in artikel 11bis van de Grondwet, zie I. Hachez en S. Van Drooghenbroeck, «L'introduction de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la Constitution», *R.B.D.C.*, 2002, blz. 165 en verwijzingen naar de in nota 59 vermelde voorbereidende werkzaamheden. Adde, G. Goedertier, «De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid tussen vrouwen en mannen is gewaarborgd», *R.W.*, 2003-2004, blz. 250.

⁶⁸ «*Aan de bepalingen van dit Handvest die beginselen bevatten, kan uitvoering worden gegeven door wetgevings- en uitvoerings-handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie en door handelingen van de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden. De rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van die bepalingen blijft beperkt tot de uitlegging van genoemde handelingen en de toetsing van de wettigheid ervan*». De 'beginselen' waarnaar wordt verwezen, hebben in wezen betrekking op de door het Handvest gewaarborgde sociale rechten. Volgens een bepaalde rechtsleer kende artikel II-112, § 5, de aldus opgenomen 'beginselen' een *standstill*-verplichting toe: zie L. Burgogues-Larsen, «Artikel II-112», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, deel II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, onder leiding van L. Burgogues-Larsen, A. Levade en F. Picod, Brussel, Bruylant, 2005, blz. 687; O. De Schutter, «Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux», *Une Constitution pour l'Europe*, onder leiding van P. Nihoul en O. De Schutter, Brussel, Larcier, 2004, blz. 112-113.

⁶⁹ J. Vandelanotte en G. Goedertier, *Overzicht...*, op. cit., blz. 571.

que l'article 23 de la Constitution implique que les futurs législateurs ne pourraient plus faire de choix sur le plan socio-économique, par lesquels, par exemple, certains droits de sécurité sociale seraient 'réduits' au profit d'autres droits de sécurité sociale qui, en raison des priorités fixées par les entités compétentes (...), se verraient attribuer un niveau de protection plus élevé».

33. Jusqu'à un certain point, la jurisprudence d'ores et déjà existante est en mesure d'atténuer ce scepticisme. Le Conseil d'État et, quoique de manière nettement plus prudente et non sans ambiguïté, la Cour d'arbitrage, ont à présent reconnu qu'un effet de *standstill* s'attache au 'droit à l'environnement sain' consacré par l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution.⁷⁰ Selon cette dernière juridiction, et cette fois-ci de manière beaucoup plus univoque, un même effet s'attache au 'droit à l'aide sociale', garanti par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution.⁷¹

34. Malgré les consécutions dont il a fait l'objet, l'effet de *standstill* se voit cependant encore affecté d'une série d'incertitudes quant à sa portée concrète, incertitudes que

beschermingsniveau'. Het kan overigens betwist worden dat art. 23 G.W. zou inhouden dat de toekomstige wetgevers geen keuzes meer zouden kunnen maken op sociaal-economisch vlak, waarbij bv. bepaalde sociale-zekerheidsrechten worden 'verminderd' ten voordele van andere socialezekerheidsrechten, die, omwille van door de bevoegde entiteiten (...) gestelde prioriteiten, een hoger beschermingsniveau worden toebedeeld.»

33. Tot op zekere hoogte kunnen de tot dusver gevelde rechterlijke beslissingen dat scepticisme milderen. Net als de Raad van State heeft ook het Arbitragehof – zij het veel omzichtiger en niet geheel ondubbelzinnig – erkend dat het in artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet gewaarborgde recht op een gezond leefmilieu een *standstill*-effect heeft⁷⁰. Het Arbitragehof kent, en in dit geval veel eenduidiger, hetzelfde effect toe aan het bij artikel 23, derde lid, 2°, van de Grondwet gewaarborgde 'recht op sociale bijstand'⁷¹.

34. Ofschoon het *standstill*-effect reeds werd bevestigd, heerst er toch nog veel onzekerheid over de concrete draagwijdte ervan. Het parlementaire debat over

⁷⁰ Pour une synthèse de la matière, voy. I. Hachez, «La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution. 'Cachez ce Standstill que je saurais voir' !», obs. sous Cour d'arbitrage, n° 150/2004, 15 septembre 2004, à paraître in *Aménagement-Environnement*.

⁷¹ Cour d'arbitrage, n°169/2002, 27 novembre 2002, considérant B.6.4.-B.6.6: «Il ressort des travaux préparatoires de l'article 23, d'une part, qu'en garantissant le droit à l'aide sociale, le constituant avait en vue le droit garanti par la loi organique des C.P.A.S. (...), d'autre part, que l'adoption de l'article 23 entraînerait l'obligation, sans pour autant conférer des droits subjectifs précis, de maintenir le bénéfice des normes en vigueur en interdisant d'aller à l'encontre des objectifs poursuivis (obligation dite de *standstill*) (...). Il s'ensuit, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la portée normative de l'article 23 dans son ensemble, qu'en matière d'aide sociale, cette disposition constitutionnelle impose aux législateurs de ne pas porter atteinte au droit garanti par la législation qui était applicable le jour où l'article 23 est entré en vigueur. Cette obligation ne peut toutefois s'entendre comme imposant à chaque législateur, dans le cadre de ses compétences, de ne pas toucher aux modalités de l'aide sociale prévues par la loi. Elle leur interdit d'adopter des mesures qui marqueraient un recul significatif du droit garanti par l'article 23, al. 1° et alinéa 3, 2°, de la Constitution, mais elle ne les prive pas du pouvoir d'apprécier de quelle manière ce droit sera le plus adéquatement assuré». Dans un arrêt 5/2004 du 10 janvier 2004, la Cour d'arbitrage avait ajouté ce qui suit (considérant B. 25.3.): «[L'effet de *standstill*] interdit (...), en ce qui concerne le droit à l'aide sociale, de régresser de manière significative dans la protection que les législations offraient, dans cette matière, au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23. Il en découle logiquement que, pour juger de la violation éventuelle, par une norme législative, de l'effet de '*standstill*' attaché à l'article 23 de la Constitution en ce qu'il garantit le droit à l'aide sociale, la Cour doit procéder à la comparaison de la situation des destinataires de cette norme avec la situation qui était la leur sous l'empire de la législation ancienne.»

⁷⁰ Voor een samenvatting dienaangaande, zie I. Hachez, «La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution. 'Cachez ce Standstill que je ne saurais voir' !», opm. sub Arbitragehof, nr. 150/2004, 15 september 2004, zal verschijnen in *Aménagement-Environnement*.

⁷¹ Arbitragehof, nr. 169/2002, 27 novembre 2002, punt B.6.4.-B.6.6.: «Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 23 blijkt, enerzijds, dat door het recht op sociale bijstand te waarborgen, de Grondwetgever het in de organieke wet betreffende de O.C.M.W.'s gewaarborgde recht op het oog had (...), en, anderzijds, dat de aanneming van artikel 23 de verplichting zou teweegbrengen om, zonder daarom precieze subjectieve rechten te verlenen, de voordelen van de van kracht zijnde normen te handhaven door het verbod in te stellen om tegen de nagestreefde doelstellingen in te gaan (de zogenaamde '*standstill*-verplichting') (...). Daaruit volgt, zonder dat het nodig is de normatieve draagwijdte van artikel 23 in zijn geheel te onderzoeken, dat inzake het recht op sociale bijstand, die grondwetsbepaling de wetgevers de verplichting oplegt om geen afbreuk te doen aan het recht dat wordt gewaarborgd in de wetgeving die van toepassing was op de dag dat artikel 23 in werking is getreden. Die verplichting kan echter niet zo worden begrepen dat ze elke wetgever, in het raam van zijn bevoegdheden, de verplichting oplegt om niet te raken aan de modaliteiten van de maatschappelijke dienstverlening bedoeld in de wet. Zij verbiedt hun om maatregelen aan te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen van het in artikel 23, eerste lid en derde lid, 2°, van de Grondwet gewaarborgde recht, maar zij onts zegt hun niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze zou worden gewaarborgd.» In zijn arrest nr. 5/2004 van 10 januari 2004 had het Arbitragehof daaraan het volgende toegevoegd (punt B.25.3.): «(Het *standstill*-effect) verbiedt (...), wat het recht op maatschappelijke dienstverlening betreft, de bescherming die de wetgevingen op dat gebied boden op het ogenblik van de inwerkingtreding van artikel 23, aanzienlijk te verminderen. Hieruit vloeit logischerwijze voort dat, om over de eventuele schending door een wettelijke norm van het *standstill*-effect van artikel 23 van de Grondwet te oordelen, in zoverre het het recht op sociale bijstand waarborgt, het Hof de situatie van de adressaten van die norm moet vergelijken met hun situatie onder de gelding van de vroegere wetgeving.»

les discussions parlementaires afférentes à la clause transversale proposée pourraient s'employer à dissiper.

35. Une première incertitude concerne la portée *absolute* ou au contraire, simplement *relative* de l'obligation de *standstill*. Doit-on en d'autre terme conclure que l'autorité publique se verrait inconditionnellement interdire tout recul par rapport au niveau de protection en vigueur, ou faut-il admettre qu'il existerait des circonstances impérieuses qui pourraient malgré tout justifier un recul? S'exprimant à propos de l'effet de *standstill* attaché aux droits garantis par l'article 23 de la Constitution, la doctrine opte en général pour la seconde solution, et il en va de même pour la seule décision de justice qui, jusqu'à présent, s'est prononcée sur la question de manière univoque: le Conseil d'État admet en l'occurrence que des "raisons impérieuses" puissent justifier une rétrogradation par rapport à un niveau de protection déjà acquis. Des indices de «relativité» peuvent également être trouvés dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, lorsque celle-ci laisse entendre que l'obligation de *standstill* ne prohibe que des «reculs sensibles» ou, encore, «significatifs» dans le niveau de protection accordé à un droit.^{73bis} Les signataires de la présente note estiment pour leur part que la thèse du caractère relatif est la plus réaliste: si l'on consolide *en aval* de manière inconditionnelle tous les progrès réalisés, l'on risque, *en amont*, de dissuader les autorités publiques de réaliser le moindre progrès dans la mise en oeuvre et la protection des droits fondamentaux il faut par conséquent garder une certaine flexibilité, ce qui explique que la clause transversale de restriction trouverait également à s'appliquer aux obligations positives de protection ou de réalisation des droits fondamentaux.

⁷² E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht», *T.B.P.*, 1995, p. 632; S. Wyckaert, «Het 'standstill'-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State», *A.J.T.*, 1999, p. 415; H. Funck, «Le droit à l'aide sociale dans la Constitution: quelle incidence sur le droit à l'aide sociale?», *Rev. dr. com.*, 1996, p. 276 à 278; B. Jadot, «Le droit à la conservation de l'environnement», *Amén.*, numéro spécial, 1996, p. 232, point 2.2.2.; M. Verdussen et A. Noël, «Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993», *A.P.T.*, 1994, p. 132.

⁷³ C.E., n° 80.018, 29 avril 1999, pt. 5.1.4.1: «*Considérant que l'article 23 de la Constitution implique pour chacun le droit à la protection d'un environnement sain; que ce droit fondamental semble impliquer, entre autres, que l'assouplissement des normes environnementales existantes ne peut être considéré comme compatible avec la Constitution que si des raisons impérieuses le justifient; (...)*» (traduction) (notre accent). Encore que la formulation employée par celle-ci soit extrêmement prudente, il semble que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à l'effet de *standstill* du droit à la protection de l'environnement sain consacré par l'article 23 de la Constitution affirme également la 'relativité' de celui-ci. Voy. I. Hachez, «La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution. 'Cachez ce Standstill que je saurais voir' !», obs. sous Cour d'arbitrage, n° 150/2004, 15 septembre 2004, à paraître in *Aménagement-Environnement*.

^{73bis} Voir p. ex. C.A., n°150/2004, 15 septembre 2004, pt. B. 12. De manière plus approfondie, I. Hachez, «La Cour d'Arbitrage et l'article 23 de la Constitution,...» *op.cit.*, et références citées.

de voorgestelde transversale bepaling zou die onzekerheden kunnen wegwerken.

35. Eerst en vooral heerst onzekerheid over de *absolute* dan wel louter *relatieve* draagwijdte van de *standstill*-verplichting. Moet men, met andere woorden, daaruit besluiten dat aan de overheid een onvoorwaardelijk verbod tot achteruitgang met betrekking tot het vigerende beschermingsniveau wordt opgelegd, of moet worden aangenomen dat er dwingende omstandigheden zijn, die ondanks alles een achteruitgang kunnen rechtvaardigen? In haar beschouwingen over het *standstill*-effect van de bij artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde rechten opteert de rechtsleer in het algemeen voor de tweede oplossing.⁷² Zulks geldt ook voor de enige rechterlijke beslissing tot dusver eenduidig was over dat knelpunt: de Raad van State aanvaardt in dit geval dat 'dwingende redenen' een achteruitgang ten aanzien van een reeds bestaand beschermingsniveau kunnen rechtvaardigen.⁷³ De rechtspraak van het Arbitragehof bevat eveneens aanwijzingen van die «relativiteit», want het Hof laat verstaan dat de *Standstill*-verplichting alleen een duidelijke of betekenisvolle achteruitgang verhindert van de aan een recht verbonden bescherming.^{73bis} De auteurs van deze nota zijn van mening dat de stelling van de relatieve aard de meest realistische is: als men in de latere fase elke geboekte vooruitgang onvoorwaardelijk consolideert, dreigt men de overheid in de eerdere fase te ontmoedigen om ook maar enige vooruitgang te boeken inzake de effectieve verwezenlijking en de bescherming van de grondrechten. Men moet derhalve een zekere flexibiliteit behouden. Dat is mogelijk door de transversale bepaling inzake de beperkingen tevens toe te passen op de positieve verplichtingen tot effectieve verwezenlijking en bescherming van de grondrechten.

⁷² E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht», *T.B.P.*, 1995, blz. 632; S. Wyckaert, «Het 'standstill'-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State», *A.J.T.*, 1999, blz. 415; H. Funck, «Le droit à l'aide sociale dans la Constitution: quelle incidence sur le droit à l'aide sociale?», *Rev. dr. com.*, 1996, blz. 276 tot 278; B. Jadot, «Le droit à la conservation de l'environnement», *Amén.*, spécial nummer, 1996, blz. 232, point 2.2.2.; M. Verdussen et A. Noël, «Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993», *A.P.T.*, 1994, blz. 132.

⁷³ Raad van State, nr. 80.018, 29 april 1999, punt 5.1.4.1.: «*Overwegende dat artikel 23 van de Grondwet voor eenieder het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu inhoudt; dat dit grondrecht onder meer lijkt in te houden dat de versoepeling van de bestaande milieunormen slechts als verenigbaar met de Grondwet kan worden geacht indien daarvoor dwingende redenen voorhanden zijn; (...)*» (eigen onderstreping). Hoewel in de rechtspraak van het Arbitragehof over het *standstill*-effect van het recht op de bescherming van een gezond milieu, dat in artikel 23 van de Grondwet is bekrachtigd, uiterst omzichtige bewoordingen worden gebruikt, lijkt ook het Hof te bevestigen dat het betrokken artikel 'relatief' is. Zie I. Hachez, «La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution. 'Cachez ce Standstill que je ne saurais voir' !», opm. sub Arbitragehof, nr. 150/2004, 15 september 2004, *zal verschijnen in Aménagement-Environnement*.

^{73bis} Zie bijvoorbeeld arrest Arbitragehof nr. 150/2004 van 15 september 2004, punt B12. Voor een grondiger benadering, zie I. Hachez, *La Cour d'Arbitrage et l'article 23 de la Constitution, ... op.cit.*, alsmede de aangehaalde verwijzingen.

36. Une seconde incertitude concerne la question de la date – fixe ou mobile? – qui constitue le «pivot» de la comparaison sur base de laquelle doit être recherchée l'éventuelle «rétrogression». L'effet de «consolidation de l'acquis» qui s'attache à la consécration d'obligations positives de protection ou de réalisation des droits fondamentaux, opère-t-il à l'égard du seul niveau de protection atteint à la date de l'entrée en vigueur de la disposition qui réalise cette consécration (date fixe), ou s'étend-t-il, à la manière du cliquet d'un volet mécanique, à toutes les «élévations» de ce niveau réalisées après cette date (date mobile)? Les experts avouent ne pas avoir de réponse définitive sur cette question, à propos de laquelle la doctrine et la jurisprudence^{75bis} n'offrent au demeurant pas de solution assurée.

C. La mise en cause de la responsabilité de l'autorité publique du fait de carence dans l'obligation de réaliser ou de protéger les droits fondamentaux?

37. Comme succédané à l'absence d'effet direct, l'effet de *standstill* n'est pas un remède miraculeux. Il ne sanctionnera que les reculs opérés dans l'exécution, par l'autorité publique de ses obligations constitutionnelles. Il demeurera cependant impuissant par rapport au 'surplace' normatif, et n'offrira *a fortiori* aucun titre pour contraindre l'autorité publique à accorder une protection aux droits auxquels il s'attache, dans l'hypothèse où cette autorité s'en serait par le passé totalement abstenu. Le droit commun de la responsabilité civile offre cependant les outils pour sanctionner cette inaction, ou, à tout le moins, pour indemniser les préjudices qui en seraient résultés.

38. La mise en cause de la responsabilité (sur fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil) de la collectivité concernée (État, Communauté ou Région) en cas d'abstention fautive, par une *autorité administrative*, dans l'exécution de son obligation constitutionnelle de réaliser ou de protéger les droits fondamentaux, est parfaitement envisageable sur le plan des principes.⁷⁴ La circonstance que la Constitution n'astreindrait pas l'exécution de pareilles obligations à un délai particulier ne ferait nullement

⁷⁴ Pour une synthèse récente de la matière, voy. H. Vandenberghe, «Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht», *Overheidsaansprakelijkheid*, sous la dir. de H. Vandenberghe, Bruges, La Charte, 2005, pp. 1 et suiv.

⁷⁵ Voy., par analogie, Cass., 23 avril 1971, *R.W.*, 1970-1971, p. 1793, et conclusions F. Dumon; *J.T.*, 1972, pp. 689 et suiv. et note Ph. Maystadt; *R.C.J.B.*, 1975, pp. 5 et suiv. et note F. Delpérée.

^{75bis} S'exprimant à propos de l'effet de *Standstill* attaché au droit à l'aide sociale garanti par l'article 23 de la Constitution, les arrêts 169/2002 (pt. B.6.5.) et 5/2004 (pt. B.25.3) semblent retenir la thèse du «point fixe» ci-avant définie. D'autres arrêts de cette même Cour, intervenant quant à eux dans la problématique du droit à l'environnement sain garanti par la même disposition constitutionnelle, semblent cependant retenir la thèse du «point mobile». Sur ces derniers arrêts, voy. l'analyse réalisée par I. Hachez, «La Cour d'arbitrage...», *op. cit.*

36. Voorts heerst onzekerheid over de datum – een vaste of een veranderlijke datum – die als uitgangspunt dient voor de vergelijking op grond waarvan moet worden nagegaan of er al dan niet sprake is van een 'achteruitgang'. Heeft de consolidering van het «acquis» slechts betrekking op het beschermingsniveau dat is bereikt op de datum waarop de bepaling in werking treedt die deze consolidering bewerkstelligt (vaste datum) of strekt ze zich ook uit tot alle na deze datum doorgevoerde verbeteringen aan dit niveau (veranderlijke datum)? De deskundigen geven toe dat zij geen definitief antwoord op die vraag kunnen geven. De rechtsleer en de rechtspraak^{75bis} geven terzake overigens evenmin een bevredigende oplossing.

C. Kan de overheid aansprakelijk worden gesteld omdat zij de verplichting tot «effectieve verwezenlijking» of «bescherming» van de grondrechten niet in acht neemt?

37. Als alternatief voor het ontbreken van rechtstreekse werking is het *standstill*-effect geen mirakeloplossing. Het keert zich immers alleen tegen de overheid die de klok terugdraait bij de uitvoering van zijn grondwettelijke verplichtingen. Het blijft echter machteloos wanneer die overheid geen enkele vooruitgang boekt, en kan *a fortiori* de overheid niet verplichten om de desbetreffende rechten te beschermen, in de veronderstelling dat deze zulks in het verleden helemaal zou hebben nagelaten. Het gemeen recht inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid voorziet evenwel in een middel om dit immobilisme te sanctioneren, of althans de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.

38. In beginsel is het zeker niet ondenkbaar dat de betrokken overheid (Staat, gemeenschap of gewest) op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, in geval van schuldig verzuim van een administratieve overheid, aansprakelijk wordt gesteld voor de niet-inachtneming van haar grondwettelijke verplichting om bij te dragen tot de «effectieve verwezenlijking» of de «bescherming» van de grondrechten.⁷⁴ Het feit dat de Grondwet de uitvoering van dergelijke verplichtingen bin-

⁷⁴ Voor een recente samenvatting terzake, zie H. Vandenberghe, «Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht», *Overheidsaansprakelijkheid*, onder leiding van H. Vandenberghe, Brugge, die Keure, 2005, blz. 1 en volgende.

⁷⁵ Zie, naar analogie, Cass., 23 april 1971, *R.W.*, 1970-1971, blz. 1793, en conclusies F. Dumon; *J.T.*, 1972, blz. 689 en volgende, en nota Ph. Maystadt; *R.C.J.B.*, 1975, blz. 5 en volgende, en nota F. Delpérée.

^{75bis} In de arresten nrs. 169/2002 van 27 november 2002 (punt B.6.5) en 5/2004 van 24 januari 2004 (punt B.25.3) wordt ingegaan op het *standstill*-effect dat is verbonden aan het bij artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde recht op «sociale bijstand». In die arresten wordt kennelijk uitgegaan van de stelling van de hierboven gedefinieerde «vaste datum». In andere arresten van hetzelfde Arbitragehof, in verband met het vraagstuk van het door datzelfde artikel van de Grondwet gewaarborgde recht op «een gezond leefmilieu», wordt daarentegen kennelijk uitgegaan van de stelling van de «veranderlijke datum». Wat die laatste arresten betreft, zie ook de analyse van I. Hachez, *La Cour d'arbitrage...*, *op. cit.*

obstacle, sur le plan des principes, à l'engagement de cette responsabilité⁷⁵; tout juste serait-elle source d'une difficulté dans l'établissement de la faute.

39. *Quid* par contre lorsque l'inaction prétendument fautive est celle d'un législateur? Selon une doctrine aujourd'hui majoritaire⁷⁶, et à suivre les développements jurisprudentiels les plus récents en la matière, cette 'inaction' pourrait être théoriquement sanctionnée par la mise en cause, devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, de la responsabilité de l'État (ou de la Communauté ou de la Région, selon le domaine de compétence) du fait d'abstention fautive de légiférer.⁷⁷ De notables précédents sont au demeurant d'ores et déjà intervenus en cette matière. Songeons par exemple à ce jugement du tribunal de Première instance de Bruxelles du 6 novembre 2001⁷⁸, qui déclare 'fautif' l'arriéré judiciaire bruxellois. Confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 juillet 2002⁷⁹, cette condamnation fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation. Songeons également à ce jugement du Tribunal de Première instance de Bruxelles du 3 mars 2005, lequel estime en substance que la responsabilité de l'État belge se trouve engagée à raison des 'carences' législatives et budgétaires qui ont abouti à priver de financement propre et distinct l'organisation, par les barreaux, de l'aide juridique de seconde ligne.⁸⁰ Selon la juridiction bruxelloise en effet, «*s'il est exact que le pouvoir judiciaire ne peut contraindre le pouvoir législatif à adopter une loi ou à voter un budget, il peut cependant tirer les conséquences des carences, notamment budgétaires, du législateur, et ordonner, le cas échéant, la réparation des préjudices causés par ces carences, en allouant des dommages et intérêts*». Non sans intérêt, l'on constatera qu'en l'occurrence, la 'faute' de l'État belge fut établie, notamment, au regard du prescrit de l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution, et de l'obligation faite au législateur par cette disposition de garantir 'le droit à l'aide juridique'.

⁷⁶ L'on notera avec intérêt que l'engagement de la responsabilité de l'État pour abstention fautive de légiférer fut évoquée, dans les travaux préparatoires de l'article 11bis de la Constitution et à l'occasion des premiers commentaires doctrinaux de celle-ci, au titre de remède en cas d'inexécution, par le législateur compétent, des obligations positives que lui imposent cette disposition (promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes). Sur cette question, voy. I. Hachez et S. Van Drooghenbroeck, «L'introduction de l'égalité...», *op. cit.*, pp. 165-166; G. Goederter, «De wijzigingen...», *op. cit.*, p. 251.

⁷⁷ Voy., parmi les écrits les plus récents, R. Ergé, «La responsabilité du fait de la carence législative», *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 286 et suiv.; G. Maes, *De afdwingbaarheid...*, *op. cit.*, pp. 335 et suiv.; H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?», *Overheidsaansprakelijkheid*, sous la dir. de H. Vandenberghe, Bruges, La Charte, 2005, pp. 122 et suiv.

⁷⁸ Civ. Bruxelles, 6 novembre 2001, *J.T.*, 2001, p. 865

⁷⁹ Bruxelles, 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1184

⁸⁰ Civ. Bruxelles, 3 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 733 et suiv.

nen een welbepaalde termijn niet oplegt, staat in principe de aansprakelijkheidsstelling geenszins in de weg⁷⁵; in dat geval zou alleen de vaststelling van de schuld een probleem doen rijzen.

39. Wat gebeurt daarentegen als een wetgever zich bezondigt aan vermeend schuldig verzuim? Volgens een momenteel door een meerderheid gedragen rechtsleer⁷⁶, alsook volgens de meest recente ontwikkelingen in de rechtspraak terzake, zou dat verzuim theoretisch kunnen worden gesanctioneerd, doordat de Staat (dan wel de gemeenschap of het gewest, naar gelang van het bevoegdheidsgebied) voor de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde aansprakelijk wordt gesteld wegens schuldig verzuim inzake wetgeving.⁷⁷ Terzake hebben zich overigens reeds een aantal opmerkelijke precedents voorgedaan. Denken we bijvoorbeeld aan het vonnis van 6 november 2001 van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel⁷⁸, waarin de Brusselse gerechtelijke achterstand 'schuldig' werd bevonden. Dat vonnis werd bekrachtigd door een arrest van het hof van beroep te Brussel van 4 juli 2002⁷⁹, waartegen een voorziening in cassatie werd ingesteld. Een ander voorbeeld is het vonnis van 3 maart 2005 van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, waarin de rechtbank in hoofdzaak oordeelde dat de Belgische Staat had nagelaten wetgevend en budgettair op te treden, en aldus aansprakelijk was voor het feit dat de balies over geen eigen en afzonderlijke financiering beschikten om tweedelijnsrechtsbijstand te organiseren.⁸⁰ Volgens het Brusselse rechtscollège kan de rechterlijke macht de wetgevende macht weliswaar niet dwingen een wet aan te nemen of een begroting goed te keuren, maar kan zij wel de gevolgen trekken uit de (meer bepaald budgettaire) nalatigheden van de wetgever, en eventueel bevelen de door die nalatigheden toegebrachte schade te herstellen, door een schadevergoeding toe te kennen. In dit geval is het niet onbelangrijk dat «fout» van de Belgische Staat werd vastgesteld, met name gelet op de bepalingen van artikel 23, derde lid, 2° van de Grondwet, en op de bij die bepaling aan de wetgever opgelegde verplichting om het 'recht op juridische bijstand' te waarborgen.

⁷⁶ Er zij op gewezen dat de mogelijkheid tot aansprakelijkheidsstelling van de Staat wegens schuldig verzuim van wetgevend optreden werd geopperd tijdens de werkzaamheden ter voorbereiding van artikel 11bis van de Grondwet, alsook naar aanleiding van de eerste rechtsgeleerde commentaren terzake, wanneer de bevoegde wetgever de hem bij die bepaling (bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen) opgelegde positieve verplichtingen niet in acht neemt. Zie dienaangaande I. Hachez en S. Van Drooghenbroeck, «L'introduction de l'égalité...», *op. cit.*, blz. 165-166; G. Goederter, «De wijzigingen...», *op. cit.*, blz. 251.

⁷⁷ Zie bij de meest recente werken R. Ergé, «La responsabilité du fait de la carence législative», *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, blz. 286 en volgende; G. Maes, «De afdwingbaarheid...», *op. cit.*, blz. 335 en volgende; H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?», *Overheidsaansprakelijkheid*, onder leiding van H. Vandenberghe, Brugge, die Keure, 2005, blz. 122 en volgende.

⁷⁸ Burg. Brussel, 6 november 2001, *J.T.*, 2001, blz. 865.

⁷⁹ Brussel, 4 juli 2002, *J.L.M.B.*, 2002, blz. 1184.

⁸⁰ Burg. Brussel, 3 maart 2005, *J.L.M.B.*, 2005, blz. 733 en volgende.

Sauf à imaginer que la Cour de cassation imprime un spectaculaire coup d'arrêt dans l'évolution actuellement en cours, on aperçoit donc que, sur le plan des principes, rien ne s'opposerait à ce que la responsabilité de l'État (ou de la Communauté ou de la Région) puisse être engagée du fait d'une carence législative dans l'exécution d'obligations constitutionnelles positives de réalisation ou de protection des droits fondamentaux.

L'on doit cependant signaler, avec la majorité des auteurs qui se sont exprimés sur le sujet⁸¹, que par-delà l'affirmation purement théorique de sa validité, l'hypothèse d'un tel engagement de responsabilité soulèvera en pratique des difficultés très importantes. Les plus délicates d'entre elles résident sans conteste au niveau de l'établissement de la faute.⁸²

D. Les dispositions constitutionnelles prescrivant des obligations positives de réalisation et de protection des droits fondamentaux comme 'arrière-fond interprétatif' dans la résolution des litiges.

40. À supposer même que l'on refuse d'y attacher l'un quelconque des effets ci-avant décrits, la 'constitutionnalisation' d'une obligation positive de réalisation et de protection des droits fondamentaux n'en aura pas moins une influence sur la résolution des litiges portés devant le juge.

⁸¹ Voy. e.a., R. Ergec, «La responsabilité du fait de la carence législative», *op. cit.*, spéc. p. 295; G. Maes, *De afdwingbaarheid...*, *op. cit.*, spéc. pp. 357 et suiv.

⁸² L'une des difficultés qui se posent à cet égard, mais dans le détail de laquelle nous ne rentrerons pas ici, est celle de la compétence du juge de la responsabilité pour statuer lui-même, et sans détour par la Cour d'arbitrage, sur la compatibilité d'une lacune législative avec la Constitution. En principe, il devrait être répondu à cette question par l'affirmative, dès lors que la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour censurer les omissions législatives (Cour d'arbitrage, n°2/91, 7 février 1991). Toutefois, et par exception, cette Cour s'est occasionnellement estimée compétente pour censurer, au regard du principe d'égalité, ce qu'il est convenu d'appeler les 'omissions législatives relatives' (sur ceci, voy. G. Maes, *De afdwingbaarheid...*, *op. cit.*, pp. 339 et suiv; P. Popelier, «De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving», *T.B.P.*, 2005 4/5, *Twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof*, pp. 284 et suiv.). Dans pareilles hypothèses, un détour préjudiciel par la Cour d'arbitrage s'imposerait au juge de la responsabilité. Dans d'autres cas par contre, celui-ci devrait être considéré comme compétent pour statuer de lui-même sur la compatibilité avec la Constitution d'une lacune législative, aux fins d'engagement de la responsabilité de l'État-législateur (comp. cependant P. Popelier, «De rechtspraak...», *op. cit.*, p. 295).

Tenzij het Hof van Cassatie de aan de gang zijnde ontwikkeling drastisch een halt toeroept, stelt men derhalve vast dat er in beginsel niets op tegen zou zijn de Staat (of de gemeenschap dan wel het gewest) aansprakelijk te stellen wegens nalatig wetgevend optreden bij de uitvoering van de positieve grondwettelijke verplichtingen tot effectieve verwezenlijking of bescherming van de grondrechten.

Net zoals als de meeste auteurs die zich over het onderwerp hebben gebogen⁸¹, wijzen wij erop dat de louter theoretische stellingname over een mogelijke aansprakelijkheid, niet wegneemt dat er in de praktijk aanzienlijke problemen zullen rijzen. Het vaststellen van de fout zal ongetwijfeld één van de neteligste knelpunten zijn.⁸²

D. De grondwettelijke bepalingen die een positieve verplichting inhouden tot effectieve verwezenlijking en bescherming van de grondrechten als 'interpretatieve achtergrond' bij de beslechting van geschillen

40. Zelfs al weigert men aan de positieve verplichting tot effectieve verwezenlijking en bescherming van de grondrechten een van de effecten toe te schrijven, die hiervoor zijn beschreven, dan nog heeft de «constitutionalisering» ervan een weerslag op de beslechting van de bij de rechter aangebrachte geschillen.

⁸¹ Zie o.a. R. Ergec, «La responsabilité du fait de la carence législative», *op. cit.*, spéc. blz. 295; G. Maes, «De afdwingbaarheid...», *op. cit.*, spéc., blz. 357 en volgende.

⁸² Eén van de problemen die in dit verband rijzen (maar waarover we niet in detail zullen treden), is de vraag of de rechter bevoegd is om zelf, zonder het Arbitragehof te raadplegen, een uitspraak te doen over de vraag of een leemte in de wetgeving verenigbaar is met de Grondwet. In beginsel zou die vraag positief moeten worden beantwoord, aangezien het Arbitragehof niet bevoegd is om een verzuim van de wetgever te toetsen (Arbitragehof, nr. 2/91, 7 februari 1991). Het Hof heeft zich evenwel, bij wijze van uitzondering, af en toe bevoegd geacht om, gelet op het gelijkheidsbeginsel, het zogenaamde 'relatieve verzuim van de wetgever' te toetsen (zie dienaangaande G. Maes, «De afdwingbaarheid...», *op. cit.*, blz. 339 en volgende; P. Popelier, «De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving», *T.B.P.*, 2005 4/5, *Twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof*, blz. 284 en volgende). In gelijkaardige omstandigheden zou de rechter die oordeelt over de aansprakelijkheidsvordering zich met een prejudiciële vraag tot het Arbitragehof moeten wenden. In andere gevallen zou die rechter evenwel als bevoegd moeten worden beschouwd om zich zelf uit te spreken over de vraag of de Grondwet verenigbaar is met een lacune in de wetgeving, teneinde de Staat-wetgever aansprakelijk te kunnen stellen (vergelijk evenwel met P. Popelier, «De rechtspraak...», *op. cit.*, blz. 295).

41. L'on peut ainsi imaginer, tout d'abord, que la Cour d'arbitrage, saisie de la question de la constitutionnalité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance portant limitation à tel droit ou à telle liberté, prenne argument, aux fins de valider cette limitation, du fait que celle-ci poursuit l'objectif de réaliser ou de protéger tel ou tel autre droit ou liberté. Un exemple significatif est fourni par l'arrêt 202/2004 du 21 décembre 2004, où la Cour d'arbitrage prend le parti, au nom des obligations constitutionnelles de protection de la liberté individuelle (article 12) et de la propriété (article 16), de 'relativiser' la portée de l'inviolabilité de la correspondance, garantie par l'article 29 de la Constitution.

42. Une certaine jurisprudence du Conseil d'État⁸³ laisse par ailleurs entendre que, même s'ils se trouvent dépourvus d'effets directs, la 'constitutionalisation' de certains droits – il s'agissait en l'occurrence du droit à l'environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution – fait naître une présomption⁸⁴ que l'atteinte auxdits droits crée un préjudice 'grave et difficilement réparable', au sens de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

43. Enfin, la jurisprudence des cours et tribunaux offre certains exemples significatifs (voy. *supra*, n° 22) où, déduisant l'existence d'une obligation constitutionnelle ou internationale de protection de certains droits fondamentaux, les juges prennent le parti d'interpréter les règles qui régissent les rapports entre particuliers de manière 'conforme' à ce que requiert cette obligation. L'on notera avec intérêt que cette 'interprétation conforme',

41. Zo is het ten eerste denkbaar dat het Arbitragehof, wanneer het zich moet uitspreken over de grondwettigheid van een wet, een decreet of een ordonnantie waarbij een recht of een vrijheid wordt beperkt, bij de evaluatie van die beperking rekening houdt met het feit dat zij tot doel heeft een ander recht of een andere vrijheid effectief te verwezenlijken of te beschermen. Een treffend wat dat betreft, is het arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004, waarin het Arbitragehof in het licht van de grondwettelijke verplichtingen tot bescherming van de individuele vrijheid (art. 12) en de eigendom (art. 16) de draagwijdte 'relatieveert' van de door artikel 29 van de Grondwet gewaarborgde onschendbaarheid van het briefgeheim.

42. Voorts blijkt uit bepaalde arresten van de Raad van State⁸³ (inzonderheid met betrekking tot het bij artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde recht op een gezond leefmilieu) dat de grondwettelijke verankering van bepaalde rechten – ook al zijn daar geen rechtstreekse effecten aan gekoppeld – een vermoeden⁸⁴ doet ontstaan dat de aantasting van die rechten een 'moeilijk te herstellen ernstig nadeel' berokkent in de zin van artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

43. Tot slot biedt ook de rechtspraak van de hoven en rechtbanken een aantal veelzeggende voorbeelden (*cf. supra*, nr. 22), waarin het bestaan van een grondwettelijke of internationale verplichting tot bescherming van bepaalde grondrechten door de rechter wordt aangegrepen om de regels inzake de verhoudingen tussen privépersonen uit te leggen in overeenstemming met die verplichting. Interessant terzake is dat die 'eensluitende

⁸³ C.E., 5 octobre 1994, Grégoire, n° 49.440; C.E., 10 juillet 1998, s.a. Royal Building, n° 75.048; C.E., 1er avril 1999, Salesse et Bonmassar, n° 79.736; C.E., 16 juin 1999, Halleux et Lejeune, n° 81.001; C.E., 20 août 1999, Venter, n° 82.130, *Amén.*, 2000, p. 32 à 37, obs. N. de Sadeleer, «Les droits constitutionnels à la protection de la santé et à un environnement sain emportent la reconnaissance du principe de précaution»; C.E., 6 mars 2000, Baeten et Moreale, n° 85.836.

⁸⁴ J.F. Neuray, avis sous C.E., 6 mars 2000, Baeten et Moreale, n° 85.836, *J.L.M.B.*, 2000, p. 678. Le Conseil d'État emprunte le même raisonnement en se fondant sur l'article 23, alinéa 3, 2°, consacrant notamment le droit à la santé (voir également: C.E., 1er avril 1999, Salesse et Bonmassar, n° 79.736; C.E., 20 août 1999, Venter, n° 82.130). Rien n'empêche de penser que le juge administratif pourrait ainsi utiliser comme 'grille de lecture' du risque de préjudice grave difficilement réparable n'importe quelle autre disposition de l'article 23, alinéa 3 (voir, à titre d'exemple: C.E., 14 janvier 1999, Constant et al., n° 78.120, modifié par l'arrêt du 19 janvier 1999, n° 78.225, où le Conseil d'État invoque notamment en ce sens le droit au travail, sans néanmoins se référer expressément à l'article 23 de la Constitution).

⁸³ Raad van State, 5 oktober 1994, Grégoire, nr. 49.440; Raad van State, 10 juli 1998, s.a. Royal Building, nr. 75.048; Raad van State, 1 april 1999, Salesse en Bonmassar, nr. 79.736; Raad van State, 16 juni 1999, Halleux en Lejeune, nr. 81.001; Raad van State, 20 augustus 1999, Venter, nr. 82.130, *Amén.*, 2000, blz. 32 tot 37, com. N. de Sadeleer, «Les droits constitutionnels à la protection de la santé et à un environnement sain emportent la reconnaissance du principe de précaution»; Raad van State, 6 maart 2000, Baeten en Moreale, nr. 85.836.

⁸⁴ J.F. Neuray, nota bij Raad van State, 6 maart 2000, Baeten en Moreale, nr. 85.836, *J.L.M.B.*, 2000, blz. 678. De Raad van State volgt dezelfde redenering op grond van artikel 23, derde lid, 2°, waarin met name het 'recht op bescherming van de gezondheid' is opgenomen (zie eveneens: Raad van State, 1 april 1999, Salesse en Bonmassar, nr. 79.736; Raad van State, 20 augustus 1999, Venter, nr. 82.130). Niets belet derhalve de administratieve rechter om eender welke andere bepaling van artikel 23, derde lid, te gebruiken als toetssteen voor een moeilijk te herstellen ernstig nadeel (zie, bij wijze van voorbeeld: Raad van State, 14 januari 1999, Constant et al., nr. 78.120, gewijzigd bij het arrest van 19 januari 1999, nr. 78.225, waarin de Raad van State zich met dezelfde bedoeling op het recht op arbeid beroept, zonder evenwel expliciet te refereren aan artikel 23 van de Grondwet).

est, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'Homme, un impératif qui découle directement de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme.⁸⁵

B. ECHANGE DE VUES

M. Alfons Borginon (VLD) s'interroge sur la notion retenue d' «autorité publique». Vu qu'actuellement, de nombreuses tâches publiques sont financées par le privé, peut-on simplement écarter les personnes privées? Comment déterminer le rôle de tout ce secteur parapublic. Par ailleurs, la loi doit assurer le respect des droits pour les particuliers plutôt que de laisser une cascade d'insécurité entre particuliers.

M. Van Drooghenbroeck précise que la note a repris une notion classique: seules les autorités publiques sont visées. On se trouve dès lors devant la difficulté de définir cette notion d' «autorité publique». Ainsi, une école libre subventionnée est-elle une autorité publique? L'idée de la note est de retenir une notion classique de l'autorité publique.

M. Alfons Borginon (VLD) pose ensuite une question relative à la formulation du troisième tiret. Il se demande s'il ne serait pas préférable de contraindre l'autorité à veiller au respect des droits et ensuite, par une autre phrase, de prévoir que l'autorité veille au respect des droits fondamentaux entre particuliers.

M. Van Drooghenbroeck relève que la formulation est celle qui a été retenue lors d'autres révisions de la Constitution. La suggestion évoquée ne concerne que le législateur. On en arrive de la sorte à se demander si le législateur doit tout prévoir ou uniquement le principe, laissant au juge la compétence d'interpréter.

Le président attire l'attention sur le fait que lors de la rédaction du troisième tiret, il ne faut pas oublier que seule l'autorité publique a un pouvoir de police. Les par-

interprétation» volgens de meest recente rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens een verplicht en rechtstreeks gevolg is van artikel 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens⁸⁵.

B. GEDACHTEWISSELING

De heer Alfons Borginon (VLD) heeft vragen over het gehanteerde begrip «openbare overheid». Aangezien thans tal van overheidstaken door de privé-sector worden gefinancierd, kan men gewoonweg de privé-persoon opzij zetten? Hoe kan men de rol van die hele para-overheidssector bepalen? Voorts moet de wet ervoor zorgen dat de rechten voor de particulieren in acht worden genomen in plaats van tussen particulieren een hele reeks van onzekerheden te laten bestaan.

De heer Van Drooghenbroeck preciseert dat in de nota een traditioneel begrip is overgenomen: een en ander heeft alleen op de overheid betrekking. Het is dus moeilijk dat begrip «openbare overheid» te omschrijven. Is een vrije gesubsidieerde school een openbare overheid? Het is de opzet van de nota een traditionele opvatting van openbare overheid te hanteren.

De heer Alfons Borginon (VLD) stelt vervolgens een vraag in verband met de formulering van het derde gedachtestreepje. Hij vraagt of het niet de voorkeur zou verdienen de overheid ertoe te verplichten te zorgen voor de eerbiediging van de rechten en vervolgens in een andere zin te bepalen dat de overheid toeziet op de inachtneming van de grondrechten tussen particulieren.

De heer Van Drooghenbroeck geeft aan dat hij gebruik maakt van de formulering die ter gelegenheid van andere grondwetsherzieningen in aanmerking werd genomen. De suggestie betreft alleen de wetgever. Zodoende komt men ertoe zich af te vragen of de wetgever in alles moet voorzien dan wel alleen in het principe, daarbij de rechter de uitleggingsbevoegdheid latend.

De voorzitter wijst erop dat bij de redactie van het derde gedachtestreepje niet uit het oog mag worden verloren dat alleen de overheid politiebevoegdheid heeft.

⁸⁵ Voy. en effet Cour eur. D.H., arrêt *Van Kuck c. Allemagne* du 12 juin 2003; Cour eur. D.H., arrêt *Pla et Pongernau c. Andorre* du 13 juillet 2004; Cour eur. D.H., arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005.

⁸⁵ Zie EHRM, arrest *Van Kuck t. Duitsland* van 12 juni 2003; EHRM, arrest *Pla en Pongernau t. Andorra* van 13 juli 2004; EHRM, arrest *Storck t. Duitsland* van 16 juni 2005.

ticuliers ne disposent en effet d'aucun pouvoir de police pour imposer des droits.

VI. — L'INSERTION D'UNE CLAUSE CONSTITUTIONNELLE TRANSVERSALE SUR LES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE GARANTIE ET DE RESTRICTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE CADRE DU RÉGIME FÉDÉRAL BELGE

A. NOTE DES EXPERTS

1. La réforme de l'État soulève certaines questions quant aux compétences en matière de protection et de restriction des droits fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution. Pour répondre à ces questions, il y a lieu de se baser sur la répartition matérielle et territoriale des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions, d'une part (I.), et sur les indications fournies à ce propos par le titre II de la Constitution lui-même, d'autre part (II.). À la lumière de cette double approche, nous formulerons ci-après une proposition de texte pour la clause transversale traduisant le mieux possible la répartition actuelle de compétences en matière de protection et de restriction des droits fondamentaux (III.).

I. Les droits fondamentaux ne sont pas en soi une matière relevant des compétences du législateur fédéral

2. Le premier principe est que les compétences en matière de droits fondamentaux ne sont pas en soi une matière relevant du pouvoir fédéral, mais qu'il appartient, en principe, à chaque autorité publique de respecter les droits fondamentaux dans sa propre sphère de compétences matérielle et territoriale.

3. Pendant longtemps, on a pensé le contraire. Dans les années quatre-vingt et nonante, en effet, le Conseil d'État, section de législation, a affirmé dans un certain nombre d'avis¹ qu'il «*ne se conçoit pas*» que les libertés et droits fondamentaux «*puissent, au sein d'un même État, être tantôt reconnues, tantôt ne pas l'être*». ² En

De particulieren beschikken immers over geen enkele politiebevoegdheid om rechten op te leggen.

VI. — INVOEGING VAN EEN TRANSVERSALE BEPALING OVER DE BEVOEGDHEID INZAKE HET WAARBORGEN EN BEPERKEN VAN GRONDRECHTEN IN HET BELGISCH FEDERAAL BESTEL

A. NOTA VAN DE DESKUNDIGEN

1. De staatshervorming doet vragen rijzen over de bevoegdheid om de in titel II van de Grondwet gewaarborgde grondrechten te beschermen en te beperken. Voor het beantwoorden van die vraag dienen we uit te gaan van de materiële en territoriale verdeling van de bevoegdheden tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten enerzijds (I.) en van de aanwijzingen die titel II van de Grondwet zelf ter zake inhoudt anderzijds. (II.) In het licht van deze dubbele benadering zullen we hierna een voorstel voor een transversale bepaling doen dat zo goed als mogelijk de huidige bevoegdheidsverdeling inzake de bescherming en de beperking van de grondrechten weergeeft. (III.)

I. Grondrechten zijn geen aangelegenheid *an sich* die tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoort

2. Het eerste uitgangspunt is dat de bevoegdheid inzake grondrechten geen aangelegenheid *an sich* is, die tot de federale bevoegdheid behoort, doch dat het in beginsel aan elke overheid toekomt om de grondrechten te eerbiedigen binnen de eigen materiële en territoriale bevoegdheidssfeer.

3. Lange tijd heeft men daar anders over gedacht. In de jaren tachtig en negentig stelde met name de Raad van State, afdeling Wetgeving in een aantal adviezen¹ dat het «*ondenkbaar*» is dat de fundamentele rechten en vrijheden «*in eenzelfde staat nu eens worden erkend en dan weer niet*». ² De rechten van de mens dienen

¹ Voir pour un aperçu J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving. Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Anvers, Maklu, 1999, p. 224-225.

² Voir notamment l'avis du Conseil d'État, section de législation, du 21 octobre 1987, concernant une proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, doc. parl. Sénat, SE 88, 215/2.

¹ Zie voor een overzicht J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving. Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 224-225.

² Zie o.m. advies R.v.St., afd. Wetg., 21 oktober 1987, over een voorstel van wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *Parl. St., Senaat*, BZ 88, 215/2.

d'autres termes, les droits de l'homme doivent profiter à chacun et il est inconcevable de conférer à ces droits une teneur différente selon que le Belge est wallon, flamand, bruxellois ou germanophone. Selon le Conseil d'État, il ressort de «*l'économie générale et l'esprit de la Constitution (...) que les libertés individuelles profitent indistinctement à tous les Belges, fassent l'objet d'une interprétation et d'une mise en œuvre uniformes et, pour ce motif, soient placées sous la protection du législateur national.*»³ Il a donc été considéré qu'en principe, le législateur fédéral était compétent pour régler la publicité de l'administration et la motivation des documents publics, pour protéger la vie privée et arrêter une réglementation relative à la liberté de collecter des informations, y compris dans le domaine de la radio et de la télévision. Sans préjudice des compétences de principe de l'autorité fédérale, le Conseil d'État a toutefois admis qu'il appartenait aux régions et aux communautés de compléter la réglementation fédérale, qui constitue un minimum, en arrêtant elles-mêmes une réglementation s'inscrivant dans le droit fil de la législation fédérale existante ou affinant celle-ci.

Initialement, la Cour d'arbitrage semblait également souscrire à cette vision des choses. Dans son arrêt n° 14/91 du 28 mai 1991, la Cour a en effet estimé que le droit de réponse doit être considéré en sa connexité avec la liberté d'expression et la liberté de la presse. La Cour en a immédiatement inféré que cette matière relève des compétences résiduelles du législateur fédéral, même s'il s'agit du droit de réponse à la radio ou à la télévision, qui relèvent des compétences des communautés.⁴

4. Quelques années plus tard, il s'est toutefois avéré que la Cour d'arbitrage ne considérait pas *a priori* la protection des droits fondamentaux comme une matière fédérale, mais comme une matière que tout législateur doit respecter dans son aire de compétence. Dans son arrêt n° 54/96 du 3 octobre 1996, la Cour a estimé, en ce qui concerne le droit à la protection des minorités linguistiques: «*Il appartient à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, d'assurer la protection des*

m.a.w. aan eenieder toe te komen en het is ondenkbaar dat aan die rechten een andere invulling zou worden gegeven naar gelang men Vlaming, Waal, Brusselaar of Duitstalige Belg is. Volgens de Raad van State volgt het uit «*de algemene economie en de geest van de Grondwet (...) dat de individuele vrijheden zonder onderscheid aan alle Belgen ten goede komen, op eenvormige wijze worden uitgelegd en toegepast en om die reden onder de bescherming van de nationale wetgever worden geplaatst.*»³ De federale wetgever werd dan ook in beginsel bevoegd geacht over de openbaarheid van bestuur en de motivering van overheidsdocumenten te regelen, om de persoonlijke levenssfeer te beschermen en om te voorzien in regelgeving over de vrije nieuwsgaring, inclusief op het vlak van radio en televisie. Onverminderd de principiële bevoegdheid van de federale overheid, aanvaardde de Raad van State wel dat het aan de gemeenschappen en de gewesten toekomt de federale regeling, die als een minimum geldt, aan te vullen, door zelf een regeling uit te vaardigen die in de lijn ligt van de bestaande federale wetgeving of deze verder verfijnt.

Aanvankelijk leek ook het Arbitragehof deze zienswijze bij te treden. In zijn arrest nr. 14/91 van 28 mei 1991 oordeelde het Hof immers dat het recht van antwoord in verband moet worden gebracht met de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid. Het Hof leidde hier meteen uit af dat het dan ook tot de residuaire bevoegdheid van de federale wetgever behoort, zelfs al gaat het om het recht op antwoord op radio en televisie, die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen behoren.⁴

4. Enkele jaren later bleek echter dat het Arbitragehof de bescherming van grondrechten niet *a priori* als een federale aangelegenheid beschouwt, doch wel als een aangelegenheid die iedere wetgever, binnen zijn bevoegdheidsgebied behoort te eerbiedigen. In het arrest nr. 54/96 van 3 oktober 1996 oordeelde het Hof i.v.m. het recht op bescherming van taalminderheden: «*Het komt elke wetgever toe, binnen de eigen bevoegdheids-sfeer, de bescherming van minderheden te verzekeren*

³ Avis du Conseil d'État, section de législation, 28 novembre 1990, concernant un projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, doc. parl. Chambre, 1990-91, 1610/1.

⁴ Cour d'arbitrage n° 14/91, 28 mai 1991, considérant B.3.2.: «*Le droit de réponse est une institution de protection de la personne, rendue indispensable par la liberté de la presse et la liberté d'expression.*» ; voir P. Peeters, «De bevoegdheidsverdeling en het recht van antwoord - Kanttekeningen bij het arrest van 28 mei 1991 van het Arbitragehof», *R.W.*, 1991-92, (481), 483-484. M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de la réforme de l'Etat», *A.P.T.*, 1993, (96), p. 103, n° 5.

³ Advies R.v.St., afd. Wetg., 28 november 1990 over een, wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *Parl. St., Kamer*, 1990-91, 1610/1.

⁴ Arbitragehof nr. 14/91, 28 mei 1991, overw. B.3.2.: «het recht op antwoord (...) een rechtsinstituut (is) ter bescherming van de persoon, dat een noodzakelijk gevolg (is) van de persvrijheid en de vrije meningsuiting». Zie P. Peeters, «De bevoegdheidsverdeling en het recht van antwoord - Kanttekeningen bij het arrest van 28 mei 1991 van het Arbitragehof», *R.W.*, 1991-92, (481), 483-484. M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de la réforme de l'Etat», *A.P.T.*, 1993, (96), p. 103, nr. 5.

*minorités, garantie entre autres par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques».*⁵ L'arrêt ne mentionne pas que ce droit relève de la 'matière' distincte des droits fondamentaux, qui ressortirait dans ce cas à la compétence de l'autorité fédérale. La vision du Conseil d'État en la matière a également évolué par la suite. Dans leurs avis des 18 novembre 1996 et 13 mai 1997, les chambres réunies du Conseil d'État⁶ ont adopté une thèse déjà défendue dans la doctrine⁷, à savoir que l'on ne peut inférer de la Constitution que les droits fondamentaux ont toujours été placés sous la protection du législateur fédéral, dès lors que diverses compétences ayant un lien direct ou indirect avec un droit fondamental ont été attribuées aux communautés et aux régions. Les chambres réunies ont indiqué:

«Dès avant la dernière réforme de l'État, le constituant avait confié aux Communautés des compétences indiscutablement liées aux droits fondamentaux, plus particulièrement aux droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques (actuellement l'article 11), au droit à l'instruction et à la liberté d'enseignement (actuellement l'article 24) et à la liberté relative à l'emploi des langues (actuellement l'article 129). Ces compétences pouvaient encore, il est vrai, être considérées à l'époque comme des dérogations à une règle générale.

De nouvelles dispositions constitutionnelles ont toutefois été insérées dans la Constitution lors des révisions constitutionnelles de 1994, accordant non seulement à la loi mais aussi au décret et à l'ordonnance la possibilité de développer ou de limiter les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Il s'agit en l'occurrence du droit au respect de la vie privée et familiale (actuellement l'article 22), des droits économiques, sociaux et culturels (actuellement l'article 23) et du droit d'accès aux documents administratifs (actuellement l'article 32).

Cette nouvelle évolution témoigne de la conception du constituant selon laquelle les droits fondamentaux ne relèvent pas de la compétence de l'autorité fédérale en raison de leur nature. Si tel est le cas pour les droits

*onder meer ter naleving van artikel 27 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.»*⁵ Van de stelling dat dit recht tot de afzonderlijke 'aangelegenheid' van de grondrechten behoort, waarvoor de federale overheid dan bevoegd zou zijn, is in het arrest geen sprake. Ook de Raad van State wijzigde vervolgens zijn visie ter zake. In adviezen van 18 november 1996 en 13 mei 1997 traden de Verenigde Kamers van de Raad van State⁶ de stelling bij die eerder ook reeds in de rechtsleer was verdedigd⁷, nl. dat uit de Grondwet geenszins blijkt dat de grondrechten steeds onder de bescherming van de federale wetgever zijn gesteld, aangezien aan de Gemeenschappen en de Gewesten verschillende bevoegdheden zijn toegekend die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met een grondrecht. De Verenigde Kamers stelden:

«Reeds voor de laatste staatshervorming had de grondwetgever aan de gemeenschappen bepaalde bevoegdheden gegeven welke onmiskenbaar met grondrechten te maken hadden, meer bepaald met de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden (thans artikel 11), met het recht op en de vrijheid van onderwijs (thans artikel 24), en met de vrijheid inzake het gebruik der talen (thans artikel 129). Die bevoegdheden konden toen weliswaar nog beschouwd worden als afwijkingen van een algemene regel.

Bij de grondwetsherzieningen van 1994 zijn echter andermaal nieuwe bepalingen in de Grondwet ingevoegd, waarbij niet enkel aan de wet, maar ook aan het decreet en de ordonnantie de mogelijkheid is geboden om de grondwettelijk erkende grondrechten verder uit te werken of te beperken. Het gaat met name om het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven (thans artikel 22), de economische, sociale en culturele rechten (thans artikel 23) en het recht van toegang tot bestuursdocumenten (thans artikel 32).

Deze nieuwe ontwikkeling geeft blijk van de opvatting van de grondwetgever dat grondrechten niet wegens hun aard tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren. Zo dit reeds het geval is met de in de Grondwet zelf

⁵ Cour d'arbitrage, n° 54/96, 3 octobre 1996, considérant B.9.

⁶ Avis du Conseil d'État, 18 novembre 1996 et 13 mai 1997, relatif à une proposition de décret réglant la libre collecte d'information, Doc. VI. R., S.E. 1995, 118/2; voir aussi avis du 3 février 1998 sur une proposition de décret réglant le droit à la liberté d'information et la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs, Doc. VI. R., S.E. 1995, 82/9.

⁷ Voir R. Thielemans, «Grondrechten en de bevoegdheden van Staat, Gemeenschappen en Gewesten. Openbaarheid van bestuur, motivering van bestuurshandelingen en ombudsman», T.B.P. 1990, 838-853; M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de la réforme de l'Etat», A.P.T., 1993, 96-105.

⁵ Arbitragehof, nr. 54/96, 3 oktober 1996, overw. B.9.

⁶ Advies R.v.St., 18 november 1996 en 13 mei 1997, over een voorstel van decreet houdende regeling van de vrije nieuwsgaring, St. VI. R., B.Z. 1995, 118/2; zie ook advies 3 februari 1998, over een voorstel van decreet «houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichtgeving door de omroepen, St. VI. R., B.Z. 1995, 82/9.

⁷ Zie R. Thielemans, «Grondrechten en de bevoegdheden van Staat, Gemeenschappen en Gewesten. Openbaarheid van bestuur, motivering van bestuurshandelingen en ombudsman», T.B.P. 1990, 838-853; M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de la réforme de l'Etat», A.P.T., 1993, 96-105.

reconnus dans la Constitution proprement dite, il doit a fortiori en être également ainsi pour les droits fondamentaux qui ne sont pas reconnus par la Constitution.» (traduction)

Le Conseil d'État estimait dès lors *«qu'il n'est plus justifié de partir d'une matière en soi, qui comprendrait l'ensemble des droits fondamentaux»*. Ce n'est pas la qualification de 'droit fondamental' qui est déterminante pour désigner le pouvoir compétent, mais bien la matière à laquelle ce droit fondamental se rapporte. L'avis du 13 mai 1997 est libellé comme suit:

«Pour désigner l'autorité compétente pour reconnaître et régler un droit déterminé, il y aura dès lors lieu d'appliquer purement et simplement les règles concernant la matière dans laquelle ce droit se situe. S'il s'agit d'une matière attribuée par la constitution ou par une loi spéciale à une autorité déterminée, c'est celle-ci qui peut régler toutes les relations juridiques à l'exclusion en principe des autres autorités. S'il s'agit d'une matière pour laquelle aucune règle attributive de compétence ne figure dans la Constitution ou la loi spéciale, c'est l'autorité fédérale, en vertu de sa compétence résiduelle, qui peut régler toutes les relations juridiques, à l'exception en principe des autres autorités.

Les communautés et les régions peuvent donc reconnaître et régler des droits dans les matières relevant de leur compétence. Moyennant le respect des conditions prévues à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, elles peuvent même prendre des mesures concernant les matières qui, en principe, ne relèvent pas de leur compétence.

«Cette compétence des communautés n'est en rien diminuée par le fait qu'un droit créé serait susceptible d'être qualifié de 'droit fondamental'.»⁸

⁸ Voir l'avis du Conseil d'État, section de législation, 13 mai 1997, Doc. parl., Parlement flamand, SE 1985, 82/2; Doc. parl., Parlement flamand, SE 1985, 118/2. Le Conseil d'État déclarait déjà, dans son avis du 31 octobre 1984: *«Dans la mesure où la garantie d'un droit fondamental et les limitations qui peuvent y être apportées, intéressent des matières dans lesquelles les Communautés et les Régions sont compétentes, la loi ordinaire ne peut, même en affirmant le caractère fondamental d'un droit et en prétendant en assurer le respect, édicter des règles qui conditionneraient l'exercice par les Communautés et les Régions, des compétences qui leur appartiennent en vertu de la Constitution elle-même ou en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Le législateur ne peut, en effet, s'immiscer dans l'exercice de ces compétences pour quelque motif que ce soit»* (Doc. Chambre 83-84, 733/2, NA).

erkende rechten, moet zulks a fortiori ook gelden voor de grondrechten die niet in de Grondwet erkend zijn.»

De Raad van State was dan ook van oordeel *«dat het niet langer verantwoord is uit te gaan van een aangelegenheid op zich, welke het geheel van de grondrechten zou omvatten»*. Niet de kwalificatie 'grondrecht' is bepalend op bevoegdheidsrechtelijk vlak, doch wel de aangelegenheid waarop het grondrecht betrekking heeft. In het advies van 13 mei 1997 luidt het als volgt:

«Om uit te maken welke overheid bevoegd is om een bepaald recht te erkennen en te regelen, zal dan ook zonder meer toepassing gemaakt moeten worden van de regels die betrekking hebben op de aangelegenheid waarin dat recht gesitueerd wordt. Gaat het om een aangelegenheid welke de Grondwet of de bijzondere wet aan een bepaalde overheid toewijst, dan is het die overheid die alle rechtsverhoudingen kan regelen, in beginsel met uitsluiting van de andere overheden. Gaat het om een aangelegenheid waaromtrent noch de Grondwet, noch de bijzondere wet een bevoegdheidsbepalende regel bevat, dan is het de federale overheid, krachtens haar residuaire bevoegdheid, die alle rechtsverhoudingen kan regelen, in beginsel met uitsluiting van de andere overheden.

De gemeenschappen en de gewesten kunnen dus rechten erkennen en regelen in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren. Mits voldaan is aan de voorwaarden vervat in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kunnen zij daarbij zelfs maatregelen nemen met betrekking tot aangelegenheden waarvoor zij in beginsel niet bevoegd zijn.

«Aan die bevoegdheid van de gemeenschappen wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat een in het leven geroepen recht in aanmerking zou kunnen komen voor de kwalificatie als 'grondrecht'.»⁸

⁸ Zie advies R.v.St., afd. wetgeving, 13 mei 1997, St. VI. Parl., BZ 1985, 82/2; St. VI. Parl., BZ 1985, 118/2. De Raad stelde reeds in zijn advies van 31 oktober 1984: *«In de mate evenwel dat het bij het waarborgen van een grondrecht en het eventueel stellen van beperkingen daarop, om aangelegenheden gaat waarover de Gemeenschappen en de Gewesten bevoegd zijn, kan de gewone wet, zelfs al bevestigt zij daarbij het fundamentele van een bepaald recht en al pretendeert zij voor de eerbiediging van dat recht te zorgen, geen regels uitvaardigen waardoor aan de Gemeenschappen en de Gewesten voorwaarden zouden worden gesteld voor het uitoefenen van bevoegdheden die zij bezitten krachtens de Grondwet zelf of krachtens de bijzondere wet tot hervorming der instellingen. De wetgever mag zich immers om geen enkele reden met de uitoefening van die bevoegdheden bemoeien.»* (K 83-84, 733/2, NA).

Ce point de vue n'est désormais plus contesté. Il a depuis été confirmé dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage⁹ et dans les avis du Conseil d'État¹⁰. La doctrine s'y rallie également à l'unanimité.¹¹

En matière de droits fondamentaux, il y a donc lieu de parler, en principe du moins, de 'compétences exclusives partagées': en vertu de sa compétence exclusive, chaque autorité est tenue de respecter et de faire respecter les droits fondamentaux dans les matières qui relèvent de son champ de compétence.

II. Les articles du titre II de la Constitution contiennent souvent des dispositions particulières en matière de garantie et de limitation des droits fondamentaux

5. Le principe susmentionné ne s'applique cependant que dans la mesure où la Constitution ne contient pas de dispositions spécifiques qui règlent autrement la compétence en matière de protection et/ou de limitation du droit fondamental. À cet égard, il y a lieu de mettre en exergue la problématique des 'matières réservées'. Plusieurs articles de la Constitution – notamment en son titre II – requièrent expressément un règlement 'par ou en vertu de' 'une loi ou un décret ou une règle visée à

Deze zienswijze wordt thans niet meer betwist. Ze is later nog bevestigd in de rechtspraak van het Arbitragehof⁹ en in de adviezen van de Raad van State.¹⁰ Ook de rechtsleer treedt ze unaniem bij.¹¹

Inzake grondrechten kan men dus, in beginsel althans, spreken van 'gedeelde exclusieve bevoegdheden': het behoort tot de exclusieve bevoegdheid van iedere overheid om binnen het eigen bevoegdheidsgebied de grondrechten te eerbiedigen en te doen eerbiedigen.

II. De artikelen van titel II van de Grondwet houden soms bijzondere bepalingen in inzake het waarborgen en het beperken van grondrechten

5. Het hiervoor vermelde beginsel geldt evenwel slechts in de mate er in de Grondwet geen specifieke bepalingen zijn opgenomen die de bevoegdheid inzake het waarborgen en/of de beperking van het grondrecht op een andere wijze regelen. In dit verband dient gewezen op de problematiek van de zgn. 'voorbehouden aan gelegenheden'. In een aantal artikelen van de Grondwet, ook van titel II van de Grondwet, wordt uitdrukkelijk een regeling 'bij, door of krachtens' een 'wet en/of een

⁹ Voir par exemple Cour d'arbitrage, n°124/99, 25 novembre 1999, considérant B.4.4. relatif au droit de collecter des informations et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs; Cour d'arbitrage, n° 124/2000, 29 novembre 2000, considérant B.4.2. relatif à la création d'un Conseil flamand de la radio et de la télévision: «La consécration de droits et libertés fondamentaux par la Constitution et les traités internationaux ne signifie en aucune manière qu'en tant que telle, la réglementation de ces droits et libertés n'appartiendrait qu'à l'autorité fédérale. C'est à chaque autorité qu'il appartient d'en assurer le respect en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes». Voir toutefois aussi Cour d'arbitrage, n° 55/2001, 8 mai 2001, concernant la compétence fédérale d'imposer un devoir de motivation à toutes les administrations pour les actes administratifs.

¹⁰ Voir J. Velaers, De Grondwet en de Raad van State, o.c., p. 227.

¹¹ Voir également M. Elst, «Bevoegdheidsverdeling inzake grondrechten in het algemeen en het recht van antwoord in het bijzonder», *Doc. Parl. Fl.* 2000-2001, 641/1, p. 11 et suiv.; P. Popelier, «Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden», in X. *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie-wet*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 266-267; M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de l'Etat», *A.P.T.*, 1993, 104-105; J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht van publiek recht*, Die Keure, 2001, p. 1124-1126; J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 223 et suiv.; J. Velaers, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen» in X. *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie-wet*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 298-305; L.M. Veny, «De wet bestrijding discriminatie in de ambtenarij», in M. De Vos et E. Brems (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 108-118.

⁹ Zie bv. Arbitragehof, nr. 124/99, 25 november 1999, overw. B.4.4. i.v.m. he recht op nieuwsgaring en de uitzending van korte berichtgeving door de omroepen; Arbitragehof, nr. 124/2000, 29 november 2000, overw. B.4.2. i.v.m. de oprichting van een Vlaamse Kijk- en Luisteraad: «Het feit dat de Grondwet en de internationale verdragen fundamentele rechten en vrijheden erkennen, betekent geenszins dat de regeling ervan als dusdanig enkel de federale overheid zou toekomen. Het staat aan elke overheid de inachtneming ervan te waarborgen door ze te concretiseren wanneer zij haar bevoegdheid uitoefent». Zie echter nog Arbitragehof, nr. 55/2001, 8 mei 2001, i.v.m. federale bevoegdheid om aan alle besturen een motivatieplicht t.a.v. bestuurshandelingen op te leggen.

¹⁰ Zie J. Velaers, De Grondwet en de Raad van State, o.c., p. 227.

¹¹ Zie ook M. Elst, «Bevoegdheidsverdeling inzake grondrechten in het algemeen en het recht van antwoord in het bijzonder», *St. Vl. Parl.*, 2000-2001, 641/1, p. 11 en v.; P. Popelier, «Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden», in X. *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie-wet*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 266-267; M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de l'Etat», *A.P.T.*, 1993, 104-105; J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht van publiek recht*, Die Keure, 2001, p. 1124-1126. J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 223 en v.; J. Velaers, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen» in X. *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie-wet*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 298-305; L.M. Veny, «De wet bestrijding discriminatie in de ambtenarij», in M. De Vos et E. Brems (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 108-118.

l'article 134 de la Constitution'. Le but de la présente contribution n'est pas de traiter de manière exhaustive la problématique complexe des 'matières réservées'.¹² Il ressort cependant de l'article 19, § 1^{er}, première phrase, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980¹³, qu'il convient, en la matière, d'opérer une distinction entre, d'une part, les dispositions qui ont été insérées dans la Constitution avant «*l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 8 août 1980*» – à savoir avant le 1^{er} octobre 1980 – et celles qui ont été insérées dans la Constitution après cette date.¹⁴ L'idée de base étant que ce n'est qu'à la suite de la réforme de l'État qu'a été créée la possibilité de prendre, dans un premier temps, des décrets communautaires et, par la suite, aussi des décrets régionaux et des ordonnances régionales ayant force de loi. C'est pourquoi on ne peut donner de dimension communautaire à l'emploi de la notion '*par la loi*' dans les articles initiaux du titre II de la Constitution. En revanche, l'emploi de la notion '*par la loi*' dans les articles qui ont été insérés dans la Constitution alors que les 'décrets communautaires' et les 'décrets régionaux' et 'ordonnances régionales' existaient déjà, ont, en principe, bel et bien cette signification communautaire.

decreet en/of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel' vereist. Het is niet de bedoeling in deze bijdrage de complexe problematiek van de 'voorbehouden aangelegenheden' exhaustief te behandelen.¹² Uit artikel 19, § 1, eerste zin, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen¹³ blijkt dat we terzake een onderscheid moeten maken tussen enerzijds de bepalingen die in de Grondwet werden opgenomen voor de «*inwerkingtreding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980*» – meer bepaald voor 1 oktober 1980 – en deze die na deze datum in de Grondwet werden opgenomen.¹⁴ Het basisinzicht daarbij is dat slechts ingevolge de staatshervorming de mogelijkheid is gecreëerd om eerst gemeenschapsdecreten en later ook gewestdecreten en -ordonnanties, met kracht van wet uit te vaardigen. Het gebruik van het begrip '*bij wet*' in de oorspronkelijke artikels van titel II van de Grondwet kan om die reden geen communautaire dimensie hebben gehad. Het gebruik van het begrip '*bij wet*' in de artikelen die in titel II van de Grondwet werden opgenomen nadat er reeds 'gemeenschapsdecreten' en 'gewestdecreten en -ordonnanties' bestonden, heeft in beginsel die communautaire betekenis wel.

¹² Voir W. Pas et B. Steen, «Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever», deel 1, *T.v.W.*, 2004/10, p. 362-384; deel 2 *T.v.W.*, 2005/3, 34-54. Voir aussi P. Boucquey, P.O. De Broux, X. Delgrange, L. Detroux, H. Dumont, I. Hachez, B. Lombaert, F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, «La Cour d'Arbitrage et Saint-Polycarpe: un brevet de constitutionnalité mal motivé», *J.T.*, 2003, 527; X. Delgrange, «Les matières réservées. Faut-il choisir entre rationalité et constitutionnalité?» in *Les lois spéciales et ordinaires du 13 juillet 2001*, F. Delpérée (éd.), Bruxelles, Bruylant, 62; J.C. Scholsem, «Les matières réservées par la Constitution à la loi: éléments pour un débat», *Adm.Publ. (T)*, 2002, 166-167; M. Uyttendaele, «Les matières réservées ou l'agonie bienvenue d'une fiction», *A.P.T.*, 2002, 158; H. Vuye, C. Desmecht et K. Stangherlin, «La cinquième réforme de l'État devant ses juges», *J.L.M.B.*, 2003, 730-736.

¹³ L'art. 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, est applicable par analogie à la Communauté germanophone en vertu de l'article 6 de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone et à la Région de Bruxelles-Capitale et à la Commission communautaire commune en vertu respectivement de l'art 8, alinéa 1^{er}, et de l'art. 69 de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises.

¹⁴ Il semble que le choix du 1^{er} octobre 1980 – date d'entrée en vigueur de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 – s'explique de deux manières: d'une part, par l'existence d'une disposition découlant de ladite loi spéciale – l'article 19 – qui a donné lieu à une 'communautarisation' des matières réservées et, d'autre part, du fait qu'une série de compétences avaient été transférées dès 1970 aux communautés. Ces compétences étaient toutefois indiquées aux articles 59bis et 59ter (ancien) de la Constitution. Le transfert de compétences aux régions afin de prendre des règles ayant force de loi ne sera toutefois effectif qu'avec la loi spéciale du 8 août 1980.

¹² Zie W. Pas en B. Steen, «Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever», deel 1, *T.v.W.*, 2004/10, p. 362-384; deel 2 *T.v.W.*, 2005/3, 34-54. Zie ook P. Boucquey, P.O. De Broux, X. Delgrange, L. Detroux, H. Dumont, I. Hachez, B. Lombaert, F. Tulkens en S. Van Drooghenbroeck, «La Cour d'Arbitrage et Saint-Polycarpe: un brevet de constitutionnalité mal motivé», *J.T.*, 2003, 527; X. Delgrange, «Les matières réservées. Faut-il choisir entre rationalité et constitutionnalité?» in *Les lois spéciales et ordinaires du 13 juillet 2001*, F. Delpérée (éd.), Brussel, Bruylant, 62; J.C. Scholsem, «Les matières réservées par la Constitution à la loi: éléments pour un débat», *A.P.T.*, 2002, 166-167. M. Uyttendaele, «Les matières réservées ou l'agonie bienvenue d'une fiction», *A.P.T.*, 2002, 158; H. Vuye, C. Desmecht et K. Stangherlin, «La cinquième réforme de l'Etat devant ses juges», *J.L.M.B.*, 2003, 730-736.

¹³ Art. 19, § 1, eerste lid, is van overeenkomstige toepassing op de Duitstalige Gemeenschap krachtens art. 6 W. D. Ge, en op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest resp. de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie krachtens art. 8, eerste lid, resp. art. 69 Bijz. W. Brussel.

¹⁴ De keuze van 1 oktober 1980 - de datum van inwerkingtreding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen - lijkt op twee wijzen te moeten worden verklaard: enerzijds was het een bepaling uit deze bijzondere wet - het artikel 19 - die voor een 'communautarisering' van de voorbehouden aangelegenheden heeft gezorgd, anderzijds werden er weliswaar reeds sinds 1970 bevoegdheden overgeheveld aan de gemeenschappen. Deze bevoegdheden waren evenwel in de artikel 59bis en 59ter (oud) G.W. aangeduid. De overheveling naar de gewesten van bevoegdheden om regels met kracht van wet uit te vaardigen werd slechts door de bijzondere wet van 8 augustus 1980 verwezenlijkt.

A. 'Les matières réservées' dans les articles originels du titre II de la Constitution

a. Les droits fondamentaux réglés 'par ou en vertu de la loi'

6. Déjà dans la Constitution de 1831, différents articles du titre II de la Constitution disposaient expressément que le droit fondamental ne peut être réglé ou limité que 'par la loi'. Il s'agit notamment des articles suivants¹⁵:

– article 10: *«Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.»*

L'égalité des femmes et des hommes est garantie.»¹⁶;

– article 12: *«La liberté individuelle est garantie.»*

Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures.»;

– article 13: *«Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne.»;*

– article 14: *«Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi.»;*

– article 15: *«Le domicile est inviolable; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit.»;*

– article 16: *«Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité.»;*

¹⁵ Nous faisons abstraction, en l'occurrence, des articles 8 et 9 de la Constitution, qui concernent l'acquisition de la nationalité belge, pour nous limiter aux dispositions relatives aux droits fondamentaux.

¹⁶ Ce dernier alinéa a été inséré en 2002.

A. 'Voorbehouden aangelegenheden' in de oorspronkelijke artikels uit titel II van de Grondwet

a. De regeling van grondrechten 'bij, door of krachtens de wet'

6. Reeds in de Grondwet van 1831 werd in verschillende artikels uit titel II van de Grondwet uitdrukkelijk bepaald dat het grondrecht slechts 'bij wet' kan worden geregeld of beperkt. Het gaat met name om volgende artikels¹⁵:

– artikel 10: *«Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.»*

De gelijkheid van mannen en vrouwen is gewaarborgd.»¹⁶;

– artikel 12: *«De vrijheid van de persoon is gewaarborgd.»*

Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Behalve bij ontdekking op heterdaad, kan niemand worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren.»;

– artikel 13: *«Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent.»;*

– artikel 14: *«Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet.»;*

– artikel 15: *«De woning is onschendbaar; geen huiszoeking kan plaats hebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.»;*

– artikel 16: *«Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling.»;*

¹⁵ We laten de artikelen 8 en 9 G.W. betreffende de verwerving van de Belgische nationaliteit hier buiten beschouwing en beperken ons tot de bepalingen i.v.m. grondrechten.

¹⁶ Deze laatste zin is toegevoegd in 2002.

– article 26: «*Les Belges ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable. Cette disposition ne s'applique point aux rassemblements en plein air, qui restent entièrement soumis aux lois de police.*»;

– article 29: «*Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste.*»;

– article 30: «*L'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires.*»;

– article 191 (extérieur au titre II, mais étroitement associé à celui-ci sur le fond): «*Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi.*».

b. La portée des compétences réservées avant la réforme de l'État

7. Les dix articles précités figuraient déjà dans la Constitution du 7 février 1831 et n'ont jamais été modifiés depuis. Lorsqu'en 1831, le Congrès national a imposé qu'une matière soit réglée 'par la loi', et a ainsi, en d'autres termes, réservé cette matière au législateur, il entendait empêcher un règlement par voie d'arrêté royal. On sait que le Congrès national était inspiré par la confiance qu'il témoignait au législateur alors qu'il se montrait plutôt méfiant vis-à-vis du pouvoir exécutif.¹⁷ En 1831, 'par la loi' revenait donc à dire 'pas par arrêté royal' et ne pouvait, de toute évidence, pas encore signifier 'pas par décret' ou 'pas par ordonnance'. Toute tentative visant à conférer malgré tout une dimension communautaire à cette matière réservée de la Constitution de 1831 constitue un *hineininterpretieren* anachronique. L'unique objectif poursuivi par le Congrès national était de confier au pouvoir législatif, et non à l'exécutif, le soin de régler la matière réservée. D'où la thèse selon laquelle, depuis la réforme de l'État, les termes 'par la loi' peuvent également signifier 'par décret ou par la règle visée à l'article 134 de la Constitution', du moins pour autant que la Constitution et la loi spéciale, pour ce qui concerne les

– artikel 26: «*De Belgen hebben het recht vreedzaam en ongewapend te vergaderen mits zij zich gedragen naar de wetten die het uitoefenen van dit recht kunnen regelen zonder het echter aan een voorafgaand overleg te onderwerpen. Deze bepaling is niet van toepassing op bijeenkomsten in open lucht die ten volle aan de politiewetten onderworpen blijven.*»;

– artikel 29: «*Het briefgeheim is onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven.*»;

– artikel 30: «*Het gebruik van de in België gesproken talen is vrij; het kan niet worden geregeld dan door de wet en alleen voor de handelingen van het openbaar gezag en voor gerechtszaken.*»;

– artikel 191 (dat geen deel uitmaakt van titel II maar dat er inhoudelijk in nauw verband mee staat): «*Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.*».

b. De draagwijdte van de voor de staatshervorming voorbehouden bevoegdheden

7. De tien hiervoor genoemde artikels waren reeds opgenomen in de Grondwet van 7 februari 1831. Ze werden sindsdien nooit gewijzigd. Toen het Nationaal Congres in 1831 een regeling 'bij' of 'door de wet' oplegde, en er m.a.w. een aan de wetgever voorbehouden aangelegenheid van maakte, deed hij dat om een regeling bij koninklijk besluit te verhinderen. Het is bekend dat het Nationaal Congres werd geïnspireerd door vertrouwen in de wetgevende macht en eerder wantrouwen t.a.v. de uitvoerende macht.¹⁷ 'Bij wet' betekende in 1831 dan ook 'niet bij K.B.' en kon uiteraard nog niet betekenen 'niet bij decreet' of 'niet bij ordonnantie'. Elke poging om aan deze voorbehouden aangelegenheid uit de Grondwet van 1831 toch een communautaire dimensie te geven is een anachronistisch *hineininterpretieren*. Het ging er het Nationaal Congres alleen om dat de wetgevende en niet de uitvoerende macht de voorbehouden aangelegenheid zou regelen. Vandaar de stelling dat na de staatshervorming 'bij wet' ook kan betekenen 'bij decreet of bij in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel', op voorwaarde althans dat de Grondwet en de bijzondere wet, wat de Gemeenschappen betreft, of de

¹⁷ Voir G. Cerexhe, «Les matières réservées: une notion de droit constitutionnel?», A.P.T., 1983, p. 57-58

¹⁷ Zie G. Cerexhe, «'Les matières réservées': une notion de droit constitutionnel?», A.P.T., 1983, p. 57-58

communautés, ou la loi spéciale¹⁸, pour ce qui concerne les régions, aient transféré la matière concernée respectivement aux communautés ou aux régions. La Cour d'arbitrage s'est ralliée à cette vision dans son arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003. À propos de l'article 162, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la Cour a estimé que: «*L'utilisation des termes «par la loi» dans cette disposition ne permet pas de déduire que le Constituant ait voulu ainsi réserver une matière au législateur fédéral puisque ce n'est que par la modification constitutionnelle du 24 décembre 1970 qu'il a procédé à la création des communautés et des régions, qu'il a, à cette date, attribué aux communautés une compétence de nature législative et a, ultérieurement - lors de la modification constitutionnelle du 17 juillet 1980 apportée à l'article 134 (l'ancien article 26bis) -, créé la possibilité explicite pour les régions d'exercer une telle compétence. En utilisant les termes «par la loi», le Constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif, de sorte que le législateur spécial peut confier aux régions la compétence de régler cette matière, à condition que cette attribution soit expresse et précise.*»¹⁹

Il nous paraît qu'il convient d'ajouter, en l'occurrence, qu'il ressort de l'article 19, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles²⁰ que l'application de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles relatif aux 'compétences implicites' peut, elle aussi, avoir comme conséquence que les communautés et les régions sont compétentes dans le domaine des droits fondamentaux précités, pour autant du moins que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la Communauté, que cette matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale.²¹

bijzondere wet¹⁸, wat de Gewesten betreft, de desbetreffende aangelegenheid aan de Gemeenschappen resp. de Gewesten heeft toegewezen. Het Arbitragehof is deze stelling bijgetreden in arrest nr. 35/2003 van 25 maart 2003. Het Hof stelde, i.v.m. artikel 162, eerste lid van de Grondwet: «*Uit het gebruik van de woorden 'bij wet' in die bepaling, kan niet worden afgeleid dat de Grondwetgever aldus aan de federale wetgever een aangelegenheid heeft willen voorbehouden, nu hij pas met de grondwetswijziging van 24 december 1970 is overgegaan tot de oprichting van gemeenschappen en gewesten, hij op die datum aan de gemeenschappen een bevoegdheid van wetgevende aard heeft toegekend en hij op latere datum - bij de grondwetswijziging van 17 juli 1980 in artikel 134 (het vroegere artikel 26bis) - de uitdrukkelijk mogelijkheid heeft gecreëerd voor de gewesten om dergelijke bevoegdheid uit te oefenen. Met het gebruik van de woorden 'bij de wet' heeft de Grondwet alleen die aangelegenheid willen uitsluiten uit de bevoegdheid van de uitvoerende macht zodat de bijzondere wetgever de gewesten de regeling van die aangelegenheid kan toekennen, mits zulks uitdrukkelijk en nauwkeurig gebeurt.*»¹⁹

Men dient hier o.i. nog aan toevoegen dat uit artikel 19, § 1, B.W.H.I.²⁰ blijkt dat ook de toepassing van artikel 10 B.W.H.I. over de zgn. 'impliciete bevoegdheden' tot gevolg kan hebben dat de Gemeenschappen en de Gewesten het domein van de hiervoor genoemde grondrechten kunnen betreden, althans voorzover de aangenomen reglementering noodzakelijk is voor de uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheden, dat die aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.²¹

¹⁸ Pour ce qui concerne les régions.

¹⁹ Cour d'arbitrage, n° 35/2003, 25 mars 2003, cons. B.12.6.

²⁰ Depuis 1993, l'article 19, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles offre aux communautés et aux régions de possibilité d'exercer également, en application de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, des compétences dans des matières que la Constitution réserve au législateur fédéral. (Voir A. Alen et K. Muylle, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, deel 1B, Kluwer, 2003, p. 346-348). Actuellement, l'article 19, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles est libellé comme suit: «*Sauf application de l'article 10, le décret règle les matières visées aux articles 4 à 9, sans préjudice des compétences que la Constitution a réservées à la loi après l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.*»

²¹ Jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage.

¹⁸ Wat de gewesten betreft.

¹⁹ Arbitragehof, nr. 35/2003, 25 maart 2003, overw. B.12.6.

²⁰ Vanaf 1993 werd in artikel 19, § 1, B.W.H.I. de mogelijkheid gecreëerd voor de gemeenschappen en de gewesten om, met toepassing van artikel 10 B.W.H.I., ook de door de Grondwet aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheden te betreden. (Zie A. Alen en K. Muylle, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, deel 1B, Kluwer, 2003, p. 346-348). Thans luidt artikel 19, § 1, eerste lid, B.W.H.I.: «*Behoudens toepassing van artikel 10, regelt het decreet de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 4 tot 9, onverminderd de bevoegdheden die na de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden.*»

²¹ Vaste rechtspraak van het Arbitragehof.

c. Les communautés et les régions et la réglementation des droits fondamentaux relevant de leur compétence

8. Force est de constater, à la lumière du point de vue adopté par la Cour d'arbitrage relativement aux 'matières réservées', que la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles a clairement accordé entre-temps aux communautés et aux régions une habilitation spéciale et expresse en ce qui concerne les droits fondamentaux contenus dans cinq des articles précités du titre II de la Constitution:

- il s'agit notamment du principe de légalité en matière pénale et de procédure pénale issu des articles 12 et 14 de la Constitution. En effet, l'article 11, alinéas 1^{er} et 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles²² fixe les limites dans lesquelles les communautés et les régions peuvent adopter des dispositions pénales.²³ L'article 11, alinéa 3, de cette loi cite par ailleurs plusieurs aspects de la procédure pénale que les communautés et les régions sont habilitées à régler²⁴;

- il s'agit également de l'inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution). L'article 11, alinéa 3, 3^o, dispose en effet que, dans les limites des compétences qui leur sont attribuées, les communautés et les régions peuvent fixer par décret *«les cas pouvant donner lieu à une perquisition»*;

- il s'agit aussi des garanties entourant l'expropriation (article 16 de la Constitution). En effet, l'article 79 de la loi spéciale de réformes institutionnelles dispose que les

²² En vertu des articles 4 et 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles s'applique par analogie respectivement à la Région de Bruxelles-Capitale et à la Commission communautaire commune. Conformément à l'article 5, §1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983, cette disposition est également applicable par analogie à la Communauté germanophone.

²³ *«Dans les limites des compétences des communautés et des régions, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements; les dispositions du livre I^{er} du Code pénal s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières. L'avis conforme du Conseil des ministres est requis pour toute délibération au sein du Gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre I^{er} du Code pénal.»*

²⁴ *«Dans les limites visées à l'alinéa 1^{er}, les décrets peuvent: 1^o accorder la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire aux agents assermentés du Gouvernement de Communauté ou de Région ou d'organismes ressortissant à l'autorité ou au contrôle du Gouvernement de Communauté ou de Région; 2^o régler la force probante des procès-verbaux.»*; voy. F. Meerschaut, *De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten*, Bruges, Die Keure, 1999.

c. De gemeenschappen en de gewesten en de regeling van de desbetreffende grondrechten

8. In het licht van deze visie van het Arbitragehof op de 'voorbehouden aangelegenheden' is het duidelijk dat er t.a.v. grondrechten in vijf van de hiervoor genoemde artikels uit titel II van de Grondwet inmiddels in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervormingen der instellingen, een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging is verleend aan de Gemeenschappen en de Gewesten:

- dat geldt m.n. voor het legaliteitsbeginsel in strafzaken en inzake de strafvordering uit de artikelen 12 en 14 van de grondwet. Artikel 11, eerste lid en tweede lid, B.W.H.I.²² bepaalt immers binnen welke grenzen de Gemeenschappen en de Gewesten strafbepalingen kunnen uitvaardigen.²³ Artikel 11, derde lid, B.W.H.I. bepaalt daarenboven enkele aspecten van de strafvordering die zij kunnen regelen²⁴;

- dat geldt ook voor de onschendbaarheid van de woning (art. 15 G.W.) Artikel 11, derde lid, 3^o, bepaalt immers dat de Gemeenschappen en de Gewesten, binnen de grenzen van hun bevoegdheden bij decreet *«de gevallen kunnen bepalen waarin een huiszoeking kan plaats hebben.»*;

- het geldt daarenboven ook voor de waarborgen bij onteigening (art. 16 G.W.) Artikel 79 B.W.H.I. bepaalt immers dat de gemeenschaps- en gewestregeringen

²² Op grond van de artikelen 4 en 63, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, is artikel 11 B.W.H.I. van overeenkomstige toepassing resp. op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie. Op grond van artikel 5, §1 van de wet van 31 december 1983 is het tevens van overeenkomstige toepassing op de Duitstalige Gemeenschap.

²³ *«Binnen de grenzen van de bevoegdheden van de Gemeenschappen en de Gewesten kunnen de decreten de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar stellen en de straffen wegens de niet-naleving bepalen; de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek zijn hierop van toepassing, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken door een decreet kunnen worden gesteld. Het eensluidend advies van de Ministerraad is vereist voor iedere beraadslaging in de Gemeenschaps- of Gewestregering over een voorontwerp van decreet waarin een straf of een strafbaarstelling is opgenomen waarin Boek I van het Strafwetboek niet voorziet.»*

²⁴ *«Binnen de grenzen vermeld in het eerste lid, kunnen de decreten: 1^o de hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie toekennen aan de beëdigde ambtenaren van de Gemeenschaps- of Gewestregering of van de instellingen die onder het gezag of het toezicht van de Gemeenschaps- of Gewestregering ressorteren; 2^o de bewijskracht regelen van processen-verbaal»*; Zie F. Meerschaut, *De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten*, Brugge, Die Keure, 1999.

gouvernements des communautés et des régions peuvent poursuivre des expropriations pour cause d'utilité publique dans les cas et selon les modalités fixés par décret, dans le respect des procédures judiciaires fixées par la loi et du principe de la juste et préalable indemnité visé à l'article 11 (16) de la Constitution.²⁵

La Cour d'arbitrage a estimé, en l'espèce, qu'«*en utilisant les termes «par la loi» dans l'article 16 de la Constitution, article dont le contenu est demeuré inchangé depuis 1831, le Constituant a uniquement voulu exclure la compétence du pouvoir exécutif, en réservant aux assemblées délibérantes démocratiquement élues la compétence d'établir les cas et modalités d'expropriation*». Sur la base de l'article 79, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, il est dès lors également possible de régler par décret «les cas et modalités» selon lesquels les gouvernements des communautés et des régions peuvent procéder à l'expropriation.²⁶ Sur la base des articles 38 et 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, l'article 79, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles, est applicable par analogie, respectivement, à la Région Bruxelles-Capitale et à la Commission communautaire commune. Sur la base de l'article 51 de la loi du 31 décembre 1983, il s'applique également par analogie à la Communauté germanophone;

- enfin, il en va de même de l'emploi des langues (article 30 de la Constitution). À cet égard, l'article 129 lui-même attribue à la Communauté française et à la Communauté flamande la compétence de régler l'emploi des langues «*pour: 1° les matières administratives; 2° l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics; 3° les relations sociales entre les employeurs et leur personnel, ainsi que les actes et documents des entreprises imposés par la loi et les règlements.*»²⁷

kunnen overgaan tot onteigeningen ten algemeen nut in de gevallen en volgens de modaliteiten bepaald bij decreet, met inachtneming van de bij de wet vastgestelde gerechtelijke procedure en van het principe van de billijke en voorafgaande schadeloosstelling bepaald bij artikel 11 (16) van de Grondwet.²⁵

Het Arbitragehof stelde hierover: «*Met het gebruik van de woorden 'bij wet' in artikel 16 van de Grondwet, dat naar inhoud ongewijzigd is gebleven sedert 1831, heeft de Grondwetgever alleen de bevoegdheid van de uitvoerende macht willen uitsluiten door de bevoegdheid om de gevallen en de nadere regels van onteigening te bepalen, voor te behouden aan de democratisch verkozen beraadslagende vergaderingen.*» Op grond van artikel 79, §1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is het dan ook mogelijk om bij decreet «de gevallen en de modaliteiten» te regelen volgens dewelke de gemeenschaps- en gewestregeringen tot onteigening kunnen overgaan.²⁶ Op grond van de artikelen 38 en 63, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, is artikel 79, §1, B.W.H.I. van overeenkomstige toepassing resp. op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie. Op grond van artikel 51 van de wet van 31 december 1983 is het tevens van overeenkomstige toepassing op de Duitstalige Gemeenschap.

- het geldt tenslotte ook voor de taalvrijheid (art. 30 G.W.) Hier kent artikel 129 van de Grondwet zelf aan de Vlaamse en de Franse Gemeenschap de bevoegdheid toe om het gebruik van de talen te regelen «*voor 1° de bestuurszaken, 2° het onderwijs in de door de overheid opgerichte, gesubsidieerde of erkende inrichtingen; 3° de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en hun personeel, alsmede de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen.*»²⁷

²⁵ Voy. C.A., n° 115/2004, 30 juin 2004, considérant B.3.4.: «*En habillant, sans précisions suffisantes, le Gouvernement flamand à déterminer les conditions d'acquisition de l'habitation louée par le locataire occupant, la disposition décrétable attaquée méconnaît le principe de légalité que contient l'article 16 de la Constitution.*»

²⁶ Cour d'arbitrage, n° 115/2004, 30 juin 2004, considérant B.3.1. Voir également Cour d'arbitrage n° 44, 23 décembre 1987, n°s 50 et 51, 17 mars 1988; n° 11/89, 11 mai 1989; n° 18/89, 29 juin 1989; n° 5/90, 17 janvier 1990; n° 38/92, 7 mai 1992; n° 48/93, 17 juin 1993.

²⁷ Voir également l'art. 130, § 1^{er}, 5°, de la Constitution qui attribue au Parlement de la Communauté germanophone la compétence de régler par décret «*l'emploi des langues pour l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics*». L'article 39 de la Constitution énonce du reste explicitement qu'on ne peut attribuer de compétence aux organes régionaux pour régler l'emploi des langues.

²⁵ Zie Arbitragehof, nr. 115/2004, 30 juni 2004, overw. B.3.4.: «*Door de Vlaamse Regering zonder voldoende nauwkeurige aanwijzingen te machtigen om de voorwaarden te bepalen voor het verwerven van de door de zittende huurder gehuurde woning, miskent de bestreden decretale bepaling het wettigheidsbeginsel neergelegd in artikel 16 van de Grondwet.*»

²⁶ Arbitragehof, nr. 115/2004, 30 juni 2004, overw. B.3.1. Zie ook Arbitragehof nr. 44, 23 december 1987, nr. 50 en 51, 17 maart 1988; nr. 11/89, 11 mei 1989; nr. 18/89, 29 juni 1989; nr. 5/90, 17 januari 1990; nr. 38/92, 7 mei 1992; nr. 48/93, 17 juni 1993.

²⁷ Zie ook art. 130, §1, 5°, G.W. dat het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap de bevoegdheid toekent om bij decreet het gebruik van de talen voor het onderwijs in de door de overheid opgerichte, gesubsidieerde of erkende instellingen te regelen. Voorts stelt artikel 39 G.W. uitdrukkelijk dat aan de gewestelijke organen geen bevoegdheid kan worden toegekend om het gebruik van de talen regelen.

9. Vis-à-vis des cinq autres articles – les articles 10, 13, 26, 29 et 191 –, la répartition des compétences est moins claire. Cela vaut notamment pour l'article 10 de la Constitution. L'article 10, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose que les Belges sont égaux devant la loi. Bien que ce ne soit prévu expressément ni dans la Constitution, ni dans la loi spéciale, il va sans dire que les Belges sont également égaux devant le décret et devant la règle visée à l'article 134 de la Constitution. En d'autres termes, chaque autorité est tenue de respecter l'interdiction de discrimination au sein de sa propre sphère de compétence fixée matériellement et territorialement. Étant donné la signification de l'interdiction de discrimination, telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, il en résulte qu'il incombe aux pouvoirs fédéraux, communautaires et régionaux, d'une part, une obligation négative de ne pas prendre de mesures entraînant un traitement inégal dans des cas identiques, sauf s'il « existe une justification objective et raisonnable », et, d'autre part, une obligation positive de prendre des mesures entraînant un traitement inégal des cas différents. Ce principe n'est pas mis en doute. Se pose cependant la question de savoir si la compétence des communautés et des régions pour garantir l'interdiction de discrimination dans les matières communautaires et régionales implique que le législateur fédéral ne peut plus prendre de mesures anti-discriminatoires générales qui soient également applicables aux matières communautaires et régionales. Les avis sont partagés sur cette question. Dans son avis n° 28.197/1, du 16 février 1999²⁸ sur le projet de loi dont est issue la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale²⁹, la première chambre du Con-

9. T.a.v. de overige vijf artikels – de artikelen 10, 13, 26, 29, en 191 – is de bevoegdheidsrechtelijke verdeling minder duidelijk. Dat geldt met name voor artikel 10 van de Grondwet. Artikel 10, eerste lid, G.W. stelt dat de Belgen gelijk zijn voor de wet. Alhoewel het noch in de Grondwet, noch in de bijzondere wet uitdrukkelijk is bepaald, is het vanzelfsprekend dat de Belgen ook gelijk zijn voor het decreet en voor de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel. Elke overheid dient m.a.w. het discriminatieverbod te eerbiedigen binnen de eigen materieel en territoriaal bepaalde bevoegdheidssfeer. Gelet op de betekenis van het discriminatieverbod zoals die uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt, impliceert dit dat op de federale, de gemeenschaps- en de gewestoverheden, enerzijds de negatieve verplichting rust om geen maatregelen te nemen waardoor gelijke geval ongelijk worden behandeld, tenzij er daarvoor een « objectieve en redelijke verantwoording bestaat », en dat anderzijds op hen ook de positieve verplichting rust om wel maatregelen te nemen waardoor ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Over dit beginsel is er geen discussie. Wel rijst de vraag of de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten om het discriminatieverbod te waarborgen in de gemeenschaps- en de gewestaangelegenheden, impliceert dat de federale wetgever geen algemene anti-discriminatoire maatregelen meer kan nemen die ook toepasselijk zijn in de gemeenschaps- en gewestaangelegenheden. Over deze vraag zijn de meningen verdeeld. In advies 28.197/1, van de Raad van State van 16 februari 1999²⁸ over het wetsontwerp dat heeft geleid tot de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid²⁹, stelde de eerste kamer van de Raad

²⁸ Doc. parl., Chambre, 1998-99, n° 2057-1, pp. 34-36.

²⁹ Avis du Conseil d'État, section de législation, 16 février 1999, 28.197/1, Doc. parl., Chambre, 1998-99, n° 2057-1, pp. 34-36. Dans cet avis, le Conseil a considéré que « les droits fondamentaux définis par des normes juridiques supérieures (par exemple, le principe de non-discrimination) ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. » Le Conseil d'État a par ailleurs ajouté: « Lorsque la mise en œuvre d'un droit fondamental de l'espèce requiert une réglementation complémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient. Il s'ensuit que, dans la mesure où la garantie d'un droit fondamental concerne des matières relevant de la compétence des communautés et des régions, la loi ordinaire, même si elle confirme ainsi le caractère fondamental d'un droit déterminé et prétend veiller au respect de ce droit, ne peut pas édicter des règles qui imposeraient des conditions aux communautés et aux régions pour l'exercice de compétences qui leur sont conférées en vertu de la Constitution ou de lois spéciales de réformes institutionnelles ou au regard desquelles les normes édictées par les entités fédérées pourraient être vérifiées. Le fait

²⁸ Parl. St., Kamer, 1998-99, nr. 2057-1, blz. 34-36.

²⁹ Advies R.v.st., afdeling Wetgeving, 16 februari 1999, 28.197/1, Parl. St., Kamer, 1998-99, nr. 2057-1, blz. 34-36. In dit advies stelde de Raad: « Door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten (bijv. het non-discriminatiebeginsel) zijn geen aangelegenheden op zich, maar zijn beginselen die door de onderscheiden overheden bij de regeling van de hun toegewezen aangelegenheden moeten worden in acht genomen. » De Raad van State voegde daar verder aan toe: « Wanneer de effectivering van zulk een grondrecht bijkomende regelgeving vereist, of wanneer het noodzakelijk wordt geacht de draagwijdte van zulk een grondrecht met betrekking tot een bepaalde aangelegenheid te concretiseren, is het de voor die aangelegenheid bevoegde overheid die de hiertoe nodige regels dient aan te nemen. Hieruit volgt dat, in de mate dat het bij het waarborgen van een grondrecht om aangelegenheden gaat waarvoor de gemeenschappen en gewesten bevoegd zijn, de gewone wet, zelfs al bevestigt zij daarbij de fundamentele aard van een bepaald recht en al pretendeert zij voor de eerbiediging van dat recht te zorgen, geen regels kan uitvaardigen waardoor aan de gemeenschappen en de gewesten voorwaarden zouden worden gesteld voor het uitoefenen van bevoegdheden die zij bezitten krachtens de Grondwet of de bijzondere wetten tot hervorming der instellingen of waaraan de door

seil d'État a considéré que «Les droits fondamentaux définis par des normes juridiques supérieures ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. Lorsque la mise en œuvre d'un droit fondamental de l'espèce requiert une réglementation complémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient d'édicter les règles nécessaires. Il s'ensuit que, dans la mesure où la garantie d'un droit fondamental concerne des matières relevant de la compétence des communautés et des régions, la loi ordinaire, même si elle confirme ainsi le caractère fondamental d'un droit déterminé et prétend veiller au respect de ce droit, ne peut pas édicter des règles qui imposeraient des conditions aux communautés et aux régions pour l'exercice de compétences qui leur sont conférées en vertu de la Constitution ou de lois spéciales de réformes institutionnelles ou au regard desquelles les normes édictées par les entités fédérées pourraient être vérifiées.»

Dans son avis du 16 novembre 2000 sur la proposition de loi ayant donné naissance à la loi anti-discrimination du 25 février 2003³⁰, la deuxième chambre du Conseil d'État a également confirmé le principe selon lequel le législateur fédéral ne jouit pas d'une compétence exclusive en matière de droits fondamentaux. La deuxième chambre a néanmoins estimé que la proposition de loi n'était pas entachée d'excès de compétence,

que ces conditions résultent directement de normes juridiques supérieures ou ne sont qu'une simple concrétisation de celles-ci, n'infirme en rien cette constatation. En effet, les autorités communautaires ou régionales compétentes sont directement liées par ces normes juridiques supérieures, de sorte que la limitation de leur marge d'action résulte de ces normes juridiques supérieures mêmes. Il n'appartient pas au législateur fédéral de même rappeler aux communautés et aux régions qu'elles sont liées à ces normes juridiques supérieures.»

³⁰ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

van State: «Door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten zijn geen aangelegenheden op zich, maar zijn beginselen die door de onderscheiden overheden bij de regeling van de hun toegewezen aangelegenheden moeten worden in acht genomen. Wanneer de effectivering van zulk een grondrecht bijkomende regelgeving vereist, of wanneer het noodzakelijk wordt geacht de draagwijdte van zulk een grondrecht met betrekking tot een bepaalde aangelegenheid te concretiseren, is het de voor die aangelegenheid bevoegde overheid die de hiertoe nodige regels dient aan te nemen. Hieruit volgt dat, in de mate dat het bij het waarborgen van een grondrecht om aangelegenheden gaat waarvoor de gemeenschappen en de gewesten bevoegd zijn, de gewone wet, zelfs al bevestigt zij daarbij de fundamentele aard van een bepaald recht en al pretendeert zij voor de eerbiediging van dat recht te zorgen, geen regels kan uitvaardigen waardoor aan de gemeenschappen en de gewesten voorwaarden zouden worden gesteld voor het uitoefenen van bevoegdheden die zij bezitten krachtens de Grondwet of de bijzondere wetten tot hervorming der instellingen of waaraan de door de deelgebieden uitgevaardigde normen zouden kunnen worden getoetst.»

In zijn advies van 16 november 2000 over het wetsvoorstel dat tot de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003³⁰ heeft geleid, bevestigde ook de tweede kamer van de Raad van State het beginsel dat de federale wetgever niet uitsluitend bevoegd is inzake grondrechten. Desalniettemin oordeelde de tweede kamer dat het wetsvoorstel niet door een bevoegdheidsoverschrijding was aangetast, in de mate dat het kan worden gegrond op

de deelgebieden uitgevaardigde normen zouden kunnen worden getoetst. Het gegeven dat die voorwaarden rechtstreeks voortvloeien uit hogere rechtsnormen of niet meer dan een concretisering daarvan zijn, doet aan die vaststelling niets af. De bevoegde gemeenschaps- en gewestoverheden zijn immers op rechtstreekse wijze gebonden door die hogere rechtsnormen, zodat de beperking van hun beleidsvrijheid uit die hogere rechtsnormen zelf voortvloeit. Het staat niet aan de federale wetgever de gebondenheid van de gemeenschappen en gewesten aan die hogere rechtsnormen zelfs maar in herinnering te brengen.»

³⁰ Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

dans la mesure où elle peut être fondée sur la compétence confiée à l'autorité fédérale en matière de droit du travail, de droit civil, de droit commercial et de droit pénal.³¹

Ces avis partiellement contradictoires du Conseil d'État démontrent qu'il s'impose de clarifier la question de savoir si le pouvoir de garantir le principe de non-discrimination est une 'compétence exclusive partagée', chaque législateur pouvant garantir le droit à une égalité de traitement dans la limite de ses propres compéten-

de federale bevoegdheid inzake arbeidsrecht, burgerlijk recht, handelsrecht en strafrecht.³¹

Deze deels tegenstrijdige adviezen van de Raad van State tonen aan dat er behoefte bestaat aan meer duidelijkheid over de vraag of de bevoegdheid om het discriminatieverbod te waarborgen een 'gedeelde exclusieve' bevoegdheid is, waarbij iedere wetgever het recht op gelijke behandeling uitsluitend in de eigen

³¹ Avis du Conseil d'État, section de législation, 16 novembre 2000, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, 2-12/5, 1-3. Le Conseil d'Etat indique que: «Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions, une telle interdiction peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail. Ainsi, l'interdiction des clauses contractuelles contenant une discrimination, prévue à l'article 9 de la proposition, s'applique également aux contrats conclus dans des matières relevant de la compétence des communautés et des régions, à tout le moins jusqu'à ce que ces dernières prennent des dispositions spécifiques sur le fondement de leurs compétences implicites, lorsque les conditions pour ce faire sont réunies. Un raisonnement similaire peut être tenu en matière pénale. L'article 4 de la proposition érige en infraction le fait d'inciter à la discrimination ou de donner une publicité à son intention de recourir à la discrimination ainsi que le fait, pour un fonctionnaire, de commettre une discrimination dans l'exercice de ses fonctions. La circonstance que ces infractions puissent être commises dans une matière relevant de la compétence des communautés ou des régions ou par un fonctionnaire d'un gouvernement communautaire ou régional n'enlève rien à la compétence du législateur fédéral d'édicter des interdictions de portée générale. Il faut donc comprendre que le champ d'application de la proposition est nécessairement limité aux matières qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale et que la référence faite, dans les articles 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 8, alinéa 1^{er}, deuxième tiret, aux domaines économiques, sociaux et culturels ne peut s'interpréter comme édictant une interdiction de discrimination dans les matières communautaires et régionales au-delà de ce qui a été précisé ci-dessus». L'enseignement de cet avis fut par la suite confirmé dans d'autres avis, datés du 11 février 2004 et 25 mars 2004, qui tirèrent de cet enseignement la conséquence qu'il n'appartient pas aux communautés et aux régions de régler la question de l'antidiscrimination dans leurs «fonctions publiques» respectives, et qu'il n'appartient pas aux communautés de régler cette même question dans le cadre des rapports d'emplois noués dans l'enseignement. Cette question relèverait, à l'estime de ces avis, de la compétence du législateur fédéral, et serait en l'occurrence réglée par la législation fédérale (loi du 25 février 2003) luttant contre la discrimination (avis 36415/2 du 11 février 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone relatif à l'égalité de traitement sur le marché du travail; avis 36797/2 du 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle, *Doc. CRW*, sess. 2003-2004, n°708/1; avis 36788/2 du 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté française relatif à la mise en œuvre de l'égalité de traitement, *Doc. C.C.F.*, sess. 2003-2004, n°543-1).

³¹ Advies R.v.St., afd. Wetg., 16 november 2000, Parl. St., Senaat, 2000-2001, 2-12/5, 1-3. De Raad stelde: «Hoewel de federale overheid discriminaties in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteren niet rechtstreeks kan verbieden, kan zulk een verbod evenwel voortvloeien uit de uitoefening door de federale overheid van haar bevoegdheden inzake onder meer burgerlijk recht, handelsrecht of arbeidsrecht. Zo zou het in artikel 9 van het voorstel vervatte verbod om in een overeenkomst bedingen die een discriminatie bevatten op te nemen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die worden gesloten in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteren, althans totdat deze zelf specifieke bepalingen aannemen op grond van hun impliciete bevoegdheden wanneer de voorwaarden om zulks te kunnen doen vervuld zijn. Voor strafzaken kan een soortgelijke redenering worden gevolgd. In artikel 4 van het voorstel worden als strafbare feiten beschouwd het aanzetten tot discriminatie, het openlijk te kennen geven van het voor-nemen tot discriminatie en de omstandigheid dat een ambtenaar zich in de uitoefening van zijn ambt aan discriminatie schuldig maakt. De omstandigheid dat die strafbare feiten kunnen worden begaan in een aangelegenheid die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteert of dat een ambtenaar van een gemeenschaps- of gewestregering zich daaraan schuldig maakt doet niets af aan de bevoegdheid van de federale wetgever om verbodsbepalingen van algemene strekking uit te vaardigen. Het dient ook duidelijk te zijn dat de werkingssfeer van het voorstel noodzakelijkerwijze beperkt is tot de aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de federale overheid ressorteren en dat de verwijzing in artikel 2, par. 1, eerste lid, en artikel 8, eerste lid, tweede streepje, naar het economische, sociale en culturele domein niet aldus mag worden uitgelegd dat in gewestelijke en gemeenschapsaangelegenheden een discriminatieverbod wordt uitgevaardigd dat verder reikt dan wat hiervoren is uiteengezet». De lering uit dit advies is vervolgens in andere adviezen bevestigd (de dato 11 februari 2004 en 25 maart 2004), waarin werd geconcludeerd dat het niet de gemeenschappen en gewesten toekomt om het vraagstuk van de antidiscriminatie in hun respectieve «openbare diensten» te regelen, en dat het de gemeenschappen niet toekomt datzelfde vraagstuk te regelen in het kader van de in het onderwijs tot stand gekomen arbeidsverhoudingen. Luidens die adviezen zou dit vraagstuk tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoren, en zou het *in casu* door de federale wetgeving worden geregeld (wet van 25 februari 2003) ter bestrijding van discriminatie (advies 36.415/2 van 11 februari 2004 over het voorontwerp van decreet van de Duitstalige Gemeenschap betreffende de garantie van een gelijke behandeling op de arbeidsmarkt; advies 36.797/2 van 25 maart 2004 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest betreffende de gelijke behandeling inzake tewerkstelling en beroepsopleiding, *Doc. CRW*, zittingsperiode 2003-2004, nr. 708/1; advies 36.788/2 van 25 maart 2004 over een voorontwerp van decreet van de Franse Gemeenschap houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, *Doc. C.C.F.*, zittingsperiode 2003-2004, nr. 543-1).

ces³², ou s'il s'agit d'une compétence 'concurrente impropre', le législateur fédéral étant tenu, en vertu de sa compétence résiduaire en matière de droit civil, de droit commercial, de droit du travail et de droit pénal, de promulguer des mesures antidiscriminatoires générales, alors qu'il appartient au pouvoir décentralisé des communautés et des régions de compléter et d'affiner celles-ci par des mesures antidiscriminatoires spéciales. La Cour d'arbitrage n'a pas encore été amenée à se prononcer sur cette question. Quelle que soit la position adoptée, il s'avère que les communautés et les régions peuvent d'ores et déjà prendre des mesures afin de garantir l'égalité de traitement dans des matières qui relèvent de leurs compétences, même si aucune 'habilitation spéciale et expresse' ne leur a été donnée à cette fin.

10. L'article 10, alinéa 2, de la Constitution soulève également une série de questions. Il dispose: «*Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.*». Sur ce point également, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ne prévoit aucune 'habilitation spéciale et expresse' accordée aux communautés et aux régions pour déterminer, sur la base de l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980³³, également pour les 'emplois' qu'elles pourvoient, quels sont les 'cas particuliers' dans lesquels il est possible de nommer des étrangers à titre exceptionnel. Étant donné qu'il va de soi que seules les communautés et les régions peuvent prévoir de telles exceptions dans le cadre de l'accès à leur fonction publique, le Conseil d'État, section de législation, admet dans ses avis que la notion de 'loi' énoncée à l'article 10, alinéa 2, recouvre également le décret et l'ordonnance.³⁴ Dans un avis, les chambres réunies du

bevoegdheidssfeer kan waarborgen³², dan wel of het om een 'oneigenlijk concurrerende' bevoegdheid gaat waarbij het aan de federale wetgever toekomt om op grond van zijn residuaire bevoegdheid inzake burgerlijk recht, handelsrecht, arbeidsrecht en strafrecht, algemene discriminatieverboden uit te vaardigen, terwijl het aan de gemeenschaps- en gewestwetgevers toekomt deze door bijzondere discriminatieverboden aan te vullen en te verfijnen. Het Arbitragehof diende zich nog niet uit te spreken over deze vraag. Welk ook het standpunt is dat men inneemt, het blijkt dat de Gemeenschappen en Gewesten thans reeds maatregelen kunnen nemen om het recht op gelijke behandeling te waarborgen in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn, ook al werd hen daartoe geen 'bijzondere en uitdrukkelijke machtiging' verleend.

10. Ook artikel 10, tweede lid, G.W. doet een aantal vragen rijzen. Het bepaalt: «*Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.*» Ook hier is er in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen geen 'bijzondere en uitdrukkelijke machtiging' aan de Gemeenschappen en de Gewesten verleend om ook voor de 'bedieningen' waarin zij voorzien, op grond van artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980³³, te bepalen voor welke 'bijzondere gevallen' uitzonderlijk ook vreemdelingen kunnen worden benoemd. Omdat het van zelf spreekt dat alleen de gemeenschappen en de gewesten dergelijke uitzonderingen in de toegang tot hun openbaar ambt kunnen bepalen, aanvaardt de Raad van State, afdeling Wetgeving in zijn adviezen, dat in het begrip 'wet' in artikel 10, lid 2, ook 'het decreet' en de 'ordonnantie' begrepen zijn.³⁴ De Verenigde Kamers van de Raad stelden in

³² Voir en ce sens J. Velaers, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen», in X., *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 298-305; P. Popelier, «Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden», *ibidem*, p. 266-267; L.M. Veny, «De wet bestrijding discriminatie in de ambtenarij», in M. De Vos en E. Brems (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 108-118.

³³ Art. 87, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles: «*Sans préjudice de l'article 88, chaque Gouvernement dispose en propre d'une administration, d'institutions et d'un personnel.*»

³⁴ Voy. J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving. Vijftig jaar adviezen aan de wetgevende vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Anvers, Maklu, 1999, p. 79.

³² Zie in die zin J. Velaers, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen» in X. *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 298-305; P. Popelier, «Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden», *ibidem*, p. 266-267; L.M. Veny, «De wet bestrijding discriminatie in de ambtenarij», in M. De Vos en E. Brems (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 108-118.

³³ Art. 87, § 1, B.W.H.I.: «*Onverminderd artikel 88 beschikt iedere Regering over een eigen administratie, eigen instellingen en eigen personeel.*»

³⁴ Zie J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving. Vijftig jaar adviezen aan de wetgevende vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 79.

Conseil d'Etat estimaient: «*La disposition constitutionnelle précitée consacre le principe selon lequel la nationalité belge est requise pour accéder à des emplois publics. Il est possible de prévoir des exceptions à ce principe «par une loi». Depuis la transformation de notre État unitaire en État fédéral, il y a toutefois lieu d'entendre par «loi» également le «décret» ou «l'ordonnance», suivant le cas. Il est essentiel que seule une décision du pouvoir législatif³⁵ puisse introduire des exceptions.*». La Cour d'arbitrage n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question. La pratique d'avis du Conseil d'État montre cependant que l'on considère manifestement l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles comme une habilitation suffisante donnée aux parlements communautaires et régionaux.

Enfin, soulignons qu'il y a lieu de modifier l'article 10, alinéa 2, de la Constitution pour le mettre en conformité avec l'article 39 du traité CE, tel qu'interprété par la Cour de Justice des Communautés européennes.³⁶

11. L'article 13 de la Constitution dispose que «*nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne.*» Pour interpréter la notion de 'loi' contenue dans cet article, il convient bien entendu de partir de la compétence exclusive du législateur fédéral de créer des juridictions dans le cadre du titre III, chapitre VI, de la Constitution. Mais il faut également tenir compte de la possibilité dont disposent d'ores et déjà les communautés et les régions, sur la base des conditions strictes mises à l'exercice des compétences implicites (article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles), de modifier les compétences des juridictions de l'ordre ju-

een advies: «*De voornoemde grondwetsbepaling huldigt het beginsel dat voor de toegang tot overheidsbetrekkingen de Belgische nationaliteit vereist is. Uitzonderingen op dat beginsel kunnen 'door een wet' worden gesteld. Sinds de omvorming van de unitaire staat tot een federale staat moet te deze onder 'wet' ook 'decreet' of 'ordonnantie' verstaan worden naargelang het geval. Essentieel is dat uitzonderingen alleen kunnen worden ingevoerd door een beslissing van de wetgevende macht.*»³⁵ Ook over deze kwestie diende het Arbitragehof zich nog niet uit te spreken. Uit de adviespraktijk van de Raad van State blijkt echter dat artikel 87, § 1, B.W.H.I. ter zake blijkbaar als een voldoende machtiging aan de Gemeenschaps- en Gewestparlementen wordt beschouwd.

Tenslotte zij er nog op gewezen dat artikel 10, lid 2, van de Grondwet dient te worden gewijzigd om het in overeenstemming te brengen met artikel 39 van het EG-verdrag, zoals dat door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wordt geïnterpreteerd.³⁶

11. Artikel 13 van de Grondwet bepaalt: «*Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent.*» Bij de interpretatie van het begrip 'wet' in deze bepaling dient men uiteraard uit te gaan van de exclusieve bevoegdheid van de federale wetgever om binnen het kader van titel III, hoofdstuk VI van de Grondwet de rechtscollages op te richten. Toch dient men ook hier rekening te houden met de mogelijkheid die de Gemeenschappen en de Gewesten thans reeds hebben om op grond van de strikte voorwaarden voor de uitoefening van de impliciete bevoegdheden (art. 10 B.W.H.I.) de bevoegdheden van de rechtscollages van

³⁵ Avis 35.857/VR, 9 octobre 2003, sur un avant-projet de décret élargissant la condition de nationalité pour accéder à des emplois fixes dans certains services publics flamands. Voir également l'avis 26.661/1/V du Conseil d'Etat, section de législation du 7 août 1997, sur une proposition de décret instaurant le service de médiation flamand, Doc. Parl. flamand, 1996-97, n° 720/2: «*Compte tenu du caractère même de la compétence accordée en vertu de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, il est souhaitable en revanche que le législateur qui est compétent pour l'emploi concerné et qui porte la responsabilité politique en la matière, puisse apprécier s'il y a lieu ou non d'accorder une dérogation à la condition de nationalité.*»; voir également l'avis 32.861/4 du 25 mars 2002 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région Bruxelles-Capitale du 6 mai 1999 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale et l'avis 34.480/3 du 7 juillet 2003 sur un avant-projet de décret communal.

³⁶ Voy. récemment encore l'avis 37.954/AV - 37/978/AV du Conseil d'Etat, section de législation, du 15 février 2005 sur un avant-projet de loi portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004.

³⁵ Advies 35.857/VR, 9 oktober 2003, over een voorontwerp van decreet tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten. Zie ook advies 26.661/1/V, R.v.St., afd. Wetg. 7 augustus 1997, over een voorstel van decreet houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, *Gedr. St., VI. Parl.*, 1996-97, nr. 720/2: «*Gelet op dit kenmerk van de door artikel 10, tweede lid, van de Grondwet toegekende bevoegdheid, is het daarentegen wenselijk dat de wetgever onder wiens bevoegdheid de betrokken bediening ressorteert en die hieromtrent de beleidsverantwoordelijkheid draagt, kan oordelen of er al dan niet een afwijking op het nationaliteitsvereiste moet worden toegestaan.*» Zie ook advies 32.861/4 van 25 maart 2002 over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 1999 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van het Ministerie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en advies 34.480/3 van 7 juli 2003 over een voorontwerp van gemeentedecreet.

³⁶ Zie recent nog het advies 37.954/AV - 37/978/AV R.v.St., afd. Wetg., van 15 februari 2005 over een voorontwerp van wet houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004.

diciaire³⁷ et de créer des juridictions administratives dans les matières relevant de leurs compétences³⁸. Ces juridictions relèvent, elles aussi, de l'application de l'article 13 de la Constitution.

12. L'article 26 de la Constitution suscite également certaines interrogations en ce qui concerne le partage des compétences. Le maintien de l'ordre public est en principe une compétence réservée au législateur fédéral.

Ce principe a été conservé lors de la régionalisation de la compétence relative aux institutions provinciales et communales. L'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, quatrième tiret, de la loi spéciale du 8 août 1980 exclut en effet «l'organisation de et (...) la politique relative à la police». L'organisation du corps de police proprement dit, mais également les dispositions de la nouvelle loi communale attribuant aux organes communaux des compétences en matière de police administrative et de maintien de l'ordre public, sont maintenues dans la sphère de compétences de l'autorité fédérale.³⁹

³⁷ Voy. C.A. n° 25/97, 30 avril 1997, cons. B.5.5.2 à B.5.5.4. Dans cette affaire, le résultat du contrôle au regard de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles fut négatif. Voir également, en ce qui concerne le pouvoir des communautés de réglementer la compétence matérielle des tribunaux de la jeunesse sur la base de l'article 5, § 1^{er}, II, 6, de la loi spéciale de réformes institutionnelles: Cour d'arbitrage, n° 40/91, 19 décembre 1991 et 4/93, 21 janvier 1993.

³⁸ Voy. en ce sens: Cour d'arbitrage n° 49/2003, 30 avril 2003, considérant B.6 à B.8.6.; Conseil d'Etat, section de législation, 34.480, du 7 juillet 2003, sur un avant-projet de décret communal; avis 35.979/1 du 30 octobre 2003 sur un avant-projet de décret relatif au statut de l'étudiant, à la participation dans l'enseignement supérieur, l'intégration de certaines sections de l'enseignement supérieur de promotion sociale dans les instituts supérieurs et l'accompagnement de la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre, St. VI. Parl., 2003-2004, 1960/1, 169-200. Voy. également C. Berckx, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Anvers, Intersentia, 2000, 211, n° 929.

³⁹ Voy. M. Quintin, «La police administrative générale et les sanctions administratives», *Adm. Pub. (T)*, 2003, 111-116; J. Velaers, «De regionalisering van de Gemeentewet: constitutionele aspecten», in *De Brusselse negentien gemeenten en het Brussels model - Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, E. Witte e.a. (ed.) Larcier, 2003, p. 526-527; voir également l'avis 35.779/1/V du Conseil d'Etat, section de législation, du 21 août 2003 concernant un arrêté du gouvernement flamand modifiant l'arrêté du gouvernement flamand du 23 février 1995 relatif à l'exploitation des terrains destinés aux résidences de loisirs de plein air et modifiant l'arrêté du gouvernement flamand du 8 mars 1995 fixant les normes spécifiques en matière de protection contre l'incendie auxquelles doivent satisfaire les terrains des résidences de loisirs de plein air: «Il ressort des exemples cités (dans l'exposé des motifs) que la matière réservée à l'autorité fédérale couvre un vaste domaine. On peut en outre déduire de l'emploi des mots «onder meer» que cette énumération n'est pas exhaustive. L'article 3, 19°, en projet (article 12 du projet) concerne le maintien de l'ordre. Cette disposition a donc trait à l'organisation et la politique relative à la police, qui ne relèvent pas de la compétence des régions.» (traduction).

de rechterlijke macht te wijzigen³⁷ en administratieve rechtscolleges op te richten in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn.³⁸ Ook t.a.v. deze rechtscolleges geldt artikel 13 van de Grondwet.

12. Ook artikel 26 van de Grondwet doet t.a.v. van de bevoegdheidsverdeling enkele vragen rijzen. De bevoegdheid om de openbare orde te handhaven komt in beginsel aan de federale wetgever toe.

Ook bij de regionalisering van de bevoegdheid inzake de provinciale en gemeentelijke instellingen, is dit beginsel gehandhaafd. Artikel 6, par. 1, VIII, 1^o, vierde streepje, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 sluit immers de «organisatie en het beleid inzake de politie». Niet alleen de organisatie van het politiekorps als zodanig, doch ook de bepalingen in de Nieuwe Gemeentewet die aan de gemeentelijke organen bevoegdheden toewijzen inzake de bestuurlijke politie en inzake de handhaving van de openbare orde, blijven behoren tot de federale bevoegdheid.³⁹

³⁷ Zie Arbitragehof nr. 25/97, 30 april 1997, overw. B.5.5.2 tot B.5.5.4. In deze zaak viel de toetsing aan artikel 10 B.W.H.I. negatief uit. Zie ook i.v.m. de bevoegdheid van de gemeenschappen om op grond van artikel 5, §1, II, 6, B.W.H.I. de materiële bevoegdheid van de jeugdrechtsbanken te regelen. Arbitragehof, nr. 40/91, 19 december 1991, en 4/93, 21 januari 1993.

³⁸ Zie in die zin Arbitragehof nr. 49/2003, 30 april 2003, overw. B.6 tot B.8.6. R.v.St., afd. Wetg., 34.480, 7 juli 2003 over een voorontwerp van Gemeentedecreet; advies 35.979/1, van 30 oktober 2003 over een voorontwerp van decreet betreffende de rechtspositie regeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen, St. VI. Parl., 2003-2004, 1960/1, 169-200. Zie ook C. Berckx, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 211, vn. 929.

³⁹ Zie M. Quintin, «La police administrative générale et les sanctions administratives», *A.P.T.*, 2003, 111-116; J. Velaers, «De regionalisering van de Gemeentewet: constitutionele aspecten», in *De Brusselse negentien gemeenten en het Brussels model - Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, E. Witte e.a. (ed.) Larcier, 2003, p. 526-527; zie ook advies 35.779/1/V, R.v.St., afd. Wetg., 21 augustus 2003 over een besluit van de Vlaamse regering tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 23 februari 1995 betreffende de exploitatie van de terreinen voor openlucht recreatieve verblijven en het besluit van de Vlaamse regering van 8 maart 1995 tot vaststelling van de specifieke brandveiligheidsnormen waaraan terreinen voor openlucht recreatieve verblijven moeten voldoen: «Uit de gegeven voorbeelden (in de memorie van toelichting) blijkt dat de aan de federale overheid voorbehouden aangelegenheid een ruim domein bestrijkt. Bovendien blijkt uit het gebruik van de woorden 'onder meer' dat deze opsomming niet als exhaustief bedoeld is. Het ontworpen artikel 3, 19° (artikel 12 van het ontwerp), heeft betrekking op de ordehandhaving. Die bepaling betreft bijgevolg de organisatie van en het beleid inzake de politie, waarvoor de gewesten niet bevoegd zijn.»

L'exposé des motifs⁴⁰ précise toutefois que ce principe ne s'oppose pas à ce que les régions prennent des mesures de police spécifiques concernant leurs compétences. On peut difficilement soutenir que cette autorisation inclut celle de régler le droit de réunion. Nous estimons dès lors qu'il convient de considérer que les communautés et les régions ne sont pas compétentes en la matière.

13. Il y a encore l'article 29 de la Constitution, qui garantit le secret des lettres. Cet article est apparemment libellé en des termes très absolus: «*Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste.*». Dans la pratique, toutefois, l'inviolabilité de la correspondance n'est pas absolue.⁴¹ Cela fait longtemps que le législateur permet que les services postaux ouvrent les envois tombés en rebut ou les envois présumés contenir des valeurs ou objets prohibés⁴², que le curateur ouvre les envois adressés à un failli, que le directeur d'un établissement pénitentiaire ou son délégué contrôle la correspondance d'un détenu⁴³ et que le juge d'instruction saisisse et consulte des lettres.⁴⁴ Dans son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, la Cour d'arbitrage était invitée à se prononcer sur la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête.⁴⁵ En vertu de cette loi, la correspondance de suspects peut être interceptée et ouverte et il peut en être pris connaissance. La Cour d'arbitrage justifie comme suit cette infraction à l'inviolabilité de la correspondance: «*Si l'article 29 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au droit fondamental qu'il consacre, une telle restriction peut néanmoins se justifier si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment la liberté individuelle (article 12, alinéa 1^{er}, de la Constitution), le droit à la vie (article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme) et le droit de propriété (article 16 de la Constitution et article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme), le législateur se doit d'organiser une répression efficace des atteintes qui sont portées à ces droits fondamentaux par*

Volgens de memorie van toelichting⁴⁰ sluit dit weliswaar niet dat de gewesten specifieke politiemaatregelen zouden kunnen nemen met betrekking tot de eigen bevoegdheden. Omdat dit echter bezwaarlijk kan beschouwd worden als een machtiging, om daarbij ook het recht van vergadering te regelen, dient men er o.i. van uit te gaan de Gemeenschappen en de Gewesten ter zake onbevoegd zijn.

13. Dan is er nog artikel 29 van de Grondwet dat de onschendbaarheid van de briefwisseling waarborgt. Het doet dat in ogenschijnlijk zeer absolute bewoordingen: «*Het briefgeheim is onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven.*» Van een absolute onschendbaarheid van de briefwisseling is er in de praktijk nochtans geen sprake.⁴¹ Reeds lang laat de wetgever toe dat niet-bestelbare brieven of brieven waarvan vermoed wordt dat ze verboden waarden of voorwerpen bevatten door de postdiensten worden geopend⁴², dat de curator de brieven aan een gefailleerde opent, dat de directeur van een penitenciaire instelling of zijn gevolmachtigde de briefwisseling van een gedetineerde controleert⁴³ en dat de onderzoeksrechter brieven in beslag neemt en leest.⁴⁴ In arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 diende het Arbitragehof te oordelen over de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden.⁴⁵ Die wet laat toe briefwisseling van verdachten te onderscheppen, te openen en er kennis van te nemen. Ter verantwoording van deze inbreuk op de onschendbaarheid van de briefwisseling, stelde het Arbitragehof: «*Ofschoon artikel 29 van de Grondwet expliciet in geen enkele beperking van het erin verankerde grondrechten voorziet, kan een dergelijke beperking echter worden verantwoord indien ze noodzakelijk is om de inachtneming van andere grondrechten te waarborgen. De wetgever, die ertoe gehouden is onder meer de vrijheid van de persoon (artikel 12, eerste lid, van de Grondwet), het recht op leven (artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en het eigendomsrecht (artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het eerste Aanvullende Protocol bij het Europees*

⁴⁰ Doc. parl., Sénat, 2000-2001, n° 2-709/1, p. 17: «*Le fait que l'article 135, § 2 de la loi communale est réservé à l'autorité fédérale n'empêche pas que les Régions soient compétentes pour prendre des mesures de police concernant leurs compétences.*»

⁴¹ Voir O. Orban, *Le Droit constitutionnel belge*, t. III, Liège, 1911, p. 429-430; K. Rimanque, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 86; J. Vande Lanotte, *Overzicht Publiek recht*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 392-393.

⁴² Articles 2 et 32, alinéa 5, de la loi du 26 décembre 1956 sur le Service des Postes, *Moniteur belge*, 30-31 décembre 1956.

⁴³ Voir Cass. 12 mai 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 936.

⁴⁴ Article 87 du Code d'instruction criminelle.

⁴⁵ *Moniteur belge*, 12 mai 2003

⁴⁰ Parl. St., Senaat, 2000-2001, nr. 2-709/1, p. 17: «*Het feit dat artikel 135, § 2, van de gemeentewet is voorbehouden aan de federale overheid belet niet dat de Gewesten bevoegd zijn om politiemaatregelen te nemen met betrekking tot hun eigen bevoegdheden.*»

⁴¹ Zie O. Orban, *Le Droit constitutionnel belge*, t. III, Luik, 1911, p. 429-430; K. Rimanque, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 86; J. Vande Lanotte, *Overzicht Publiek recht*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 392-393.

⁴² Art. 2 en 32, 5° lid, wet 26 december 1956 op de postdienst, *B.S.*, 30-31 december 1956.

⁴³ Zie Cass. 12 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 936.

⁴⁴ Art. 87 Wetboek van Strafvordering.

⁴⁵ *B.S.* 12 mei 2003

*des activités criminelles, ce qui peut rendre nécessaires des restrictions au secret des lettres, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi.»*⁴⁶. Dès lors qu'aucune responsabilité similaire n'incombe aux communautés et aux régions, celles-ci ne sont pas autorisées à restreindre l'inviolabilité de la correspondance.

14. Enfin, l'article 191 de la Constitution est, *a priori*, une source de difficultés interprétatives, en tant qu'il dispose que les exceptions à l'égale jouissance, par les étrangers, des droits et libertés reconnus aux belges, doivent être établies par la 'loi'. Les lois spéciales de réformes institutionnelles ne comportent en effet pas de disposition qui, de manière 'expresse et précise', autorise les communautés et les régions à opérer des distinctions de traitement entre belges et étrangers. L'on devrait donc conclure *a priori* que, par application de la théorie classique des 'matières réservées', seul le législateur fédéral pourrait opérer de telles distinctions. Telle n'est cependant pas la conclusion ont aboutit les plus hautes instances juridiques. La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État a, dans un premier temps, estimé qu'il appartenait effectivement au législateur fédéral, et à lui seul, de prévoir les exceptions visées par l'article 191 de la Constitution⁴⁷. Dans un avis ultérieur du 28 mai 1998, le Conseil d'État s'est cependant distancié de cet enseignement, en affirmant, sans s'en expliquer davantage, qu'«*il en résulte (de l'article 191 de la Constitution) qu'une différence de traitement qui défavorise un étranger ne peut être établie que par le législateur. On peut supposer que le législateur décrétal peut, lui aussi, introduire une différence de traitement*»⁴⁸. La Cour d'arbitrage assimile quant à elle la 'loi' visée par l'article 191 de la Constitution à la notion de 'norme législative', sans plus amples précisions. Sur le registre de l'implicite, l'on constate l'existence, dans la jurisprudence de cette même Cour, d'au moins une affaire dans laquelle celle-ci n'a pas invalidé, pour cause d'incompé-

*Verdrag voor de Rechten van de Mens) te waarborgen, heeft de verplichting om de criminele activiteiten waarbij die grondrechten worden geschonden doeltreffend te bestraffen, waardoor beperkingen op het briefgeheim noodzakelijk kunnen worden voor zover zij evenredig zijn met het nagestreefde wettige doel.»*⁴⁶ Aangezien geen gelijkaardige verantwoordelijkheden rusten op de Gemeenschappen en de Gewesten zijn zij niet gerechtigd om de onschendbaarheid van de briefwisseling te beperken.

14. Tenslotte, kan artikel 191 van de Grondwet *a priori* tot moeilijkheden leiden wanneer het moet worden uitgelegd. Dat artikel bepaalt immers dat de uitzonderingen op het genot, door de vreemdelingen, van de aan de Belgen toegekende rechten en vrijheden, bij de 'wet' moeten worden bepaald. De bijzondere wetten tot hervorming der instellingen omvatten immers geen bepaling die de gewesten en gemeenschappen 'uitdrukkelijk en eenduidig' machtigt verschillen in behandeling tussen Belgen en vreemdelingen in te stellen. Daaruit zou men *a priori* moeten besluiten, met toepassing van de gebruikelijke theorie van de 'voorbehouden aangelegenheden', dat alleen de federale wetgever een dergelijk onderscheid zou mogen maken. Die conclusie wordt evenwel niet getrokken door de hoogste rechtsinstanties. In een eerste fase was de afdeling wetgeving van de Raad van State van oordeel dat het inderdaad de federale wetgever – en alleen die wetgever – toekwam te voorzien in de in artikel 191 van de Grondwet bedoelde uitzonderingen⁴⁷; in een later advies (de dato 28 mei 1998) heeft de Raad van State echter afstand genomen van die stelling, door (weliswaar zonder verdere toelichting) het volgende aan te geven: «*Uit (artikel 191 van de Grondwet) vloeit voort dat een verschil in behandeling waardoor een vreemdeling benadeeld wordt, enkel door de wetgever kan worden ingesteld. Er mag aangenomen worden dat ook de decreetgever een verschil in behandeling kan invoeren*»⁴⁸. Het Arbitragehof van zijn kant stelt, eveneens zonder nadere precisering, de in artikel 191 van de Grondwet bedoelde 'wet' gelijk met het begrip 'wetgevende norm'. In de rechtspraak van

⁴⁶ Cour d'arbitrage, n° 202/2004, 21 décembre 2004, cons. B.12.2. Voir également J. Velaers, «Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *T.B.P.*, 2005, p. 314-315.

⁴⁷ Avis 24814/9 du 4 mars 1996 sur un avant-projet de décret relatif à l'intégration des personnes étrangères ou d'origine étrangère, *Doc. parl. C.R.W.*, 1995-1996, 148/1.

⁴⁸ Avis 28535/VR/3 du 26 mai 1998, *T.B.P.*, 1999, p. 150.

⁴⁶ Arbitragehof, nr. 202/2004, 21 december 2004, overw. B.12.2. Zie ook J. Velaers, «Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *T.B.P.*, 2005, p. 314-315.

⁴⁷ Advies nr. 24.814/9 van 4 maart 1996 over een voorontwerp van decreet inzake de integratie van vreemdelingen of personen van vreemde afkomst, *Doc. parl. C.R.W.*, 1995-1996, 148/1.

⁴⁸ Advies nr. 28.535/VR/3 van 26 mei 1998, *T.B.P.*, 1999, blz. 150

tence, un décret de la Communauté française opérant une distinction de traitement entre belges et étrangers⁴⁹. Quant à la Cour de cassation, elle assimile la notion de 'loi', visée par l'article 191, à la notion d'acte émanant du pouvoir législatif, sans plus amples précisions quant à l'identité du 'pouvoir législatif' dont il s'agit.⁵⁰

B. Les 'matières réservées' dans des articles du titre II de la Constitution, insérés après la réforme de l'État

15. On peut trouver dans sept articles du titre II de la Constitution postérieurs à la réforme de l'État des indications relatives à la répartition des compétences en ce qui concerne la garantie et/ou la limitation des droits fondamentaux. Il s'agit des dispositions suivantes:

– article 11: «*La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. À cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques.*»;

– article 11bis: «*La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics.*

Le Conseil des ministres et les Gouvernements de communauté et de région comptent des personnes de sexe différent.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent la présence de personnes de sexe différent au sein des députations permanentes des conseils provinciaux, des collèges des bourgmestre et échevins, des conseils de l'aide sociale, des bureaux permanents des centres publics d'aide sociale et dans les exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, intercommunal ou intracommunal.

⁴⁹ Cour d'arbitrage, n°62/98, 4 juillet 1998 (suspension) et Cour d'arbitrage, n°91/98, 15 juillet 1998 (fond).

⁵⁰ Cass., 22 mars 1992, *Pas.*, 2002, p. 786 avec les conclusions de l'avocat général J.-F. Leclercq.

het Arbitragehof is ten minste één zaak terug te vinden waarbij dat Hof niet is overgegaan tot de vernietiging van een decreet van de Franse Gemeenschap dat een verschil in behandeling instelt tussen Belgen en vreemdelingen, op grond van het feit dat die wetgever onbevoegd zou zijn geweest.⁴⁹ Tot slot heeft ook het Hof van Cassatie het begrip 'wet', zoals bedoeld in artikel 191, gelijkgesteld met een handeling van een wetgevende macht, zonder dat nader wordt toegelicht over welke 'wetgevende macht' het precies gaat.⁵⁰

B. 'Voorbehouden aangelegenheden' in artikelen uit titel II van de Grondwet, opgenomen na de staats-hervorming

15. In zeven artikelen uit titel II van de Grondwet die dateren van na de staats-hervorming, kan men aanwijzingen vinden i.v.m. de bevoegdheidsverdeling inzake het waarborgen en/of het beperken van grondrechten. Het betreft volgende bepalingen:

– artikel 11: «*Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.*»;

– artikel 11bis: «*De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden, en bevorderen meer bepaald hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten.*

De Ministerraad en de Gemeenschaps- en Gewestregeringen tellen personen van verschillend geslacht.

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel organiseren de aanwezigheid van personen van verschillend geslacht binnen de bestendige deputaties van de provincieraden, de colleges van burgemeester en schepenen, de raden voor maatschappelijk welzijn, de vaste bureaus van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en in de uitvoerende organen van elk ander interprovinciaal, intercommunaal of binnengemeentelijk territoriaal orgaan.

⁴⁹ Arbitragehof, nr. 62/98, 4 juli 1998 (schorsing) en Arbitragehof, nr. 91/98, 15 juli 1998 (grond van de zaak).

⁵⁰ Cassatie., 22 maart 1992, *Pas.*, 2002, blz. 786 met de conclusies van advocaat-generaal J.-F. Leclercq.

L'alinéa qui précède ne s'applique pas lorsque la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent l'élection directe des députés permanents des conseils provinciaux, des échevins, des membres du conseil de l'aide sociale, des membres du bureau permanent des centres publics d'aide sociale ou des membres des exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, intercommunal ou intracommunal.»;

– article 22: *«Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.»*

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit.»;

– article 22bis: *«Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.»*

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit.»;

– article 23: *«Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.»*

À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment: (...).»;

– article 24: *«§ 1^{er}. L'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est réglée que par la loi ou le décret.»*

La communauté assure le libre choix des parents.

La communauté organise un enseignement qui est neutre. (...).

§ 2. Si une communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés.

§ 3. (...).

Het voorgaand lid is niet van toepassing wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de rechtstreekse verkiezing organiseren van de bestendig afgevaardigden van de provincieraden, van de schepenen, van de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn, van de leden van het vast bureau van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn of van de leden van de uitvoerende organen van elk ander interprovinciaal, intercommunaal of binnengemeentelijk territoriaal orgaan.»;

– artikel 22: *«Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.»*

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht.»;

– artikel 22bis: *«Elk kind heeft recht op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit.»*

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht.»;

– artikel 23: *«Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden.»*

Daartoe waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel, rekening houdend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen.

Die rechten omvatten inzonderheid: (...).»;

– artikel 24: *«§1. Het onderwerp is vrij; elke preventieve maatregel is verboden; de bestraffing van misdrijven wordt alleen door de wet of het decreet geregeld.»*

De gemeenschap waarborgt de keuzevrijheid van de ouders.

De gemeenschap richt neutraal onderwijs in. (...).

§ 2. Zo een gemeenschap als inrichtende macht bevoegdheden wil opdragen aan een of meer autonome organen, kan dit slechts bij decreet, aangenomen met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen. (...).

§ 3. (...).

§ 4. Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié.

§ 5. *L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret.*»;

– article 32: «*Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134.*».

16. Il ressort de ce relevé des articles du titre II de la Constitution qui ont été ajoutés après la réforme de l'État que le constituant a considéré, presque à chaque fois, que toutes les assemblées législatives concernées étaient compétentes pour garantir le nouveau droit fondamental. Il ressort du renvoi à 'la loi', au 'décret' ou à 'la règle visée à l'article 134' dans les articles 11*bis*, 22, alinéa 2, 22*bis*, 23, et 32, de la Constitution, que le constituant a voulu respecter, en ce qui concerne ces droits fondamentaux, la répartition des compétences existante entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions. Il appartient donc tant au législateur fédéral qu'aux législateurs régionaux et communautaires de garantir respectivement, chacun dans la limite de ses compétences⁵¹, l'égalité entre hommes et femmes⁵², le droit au respect de la vie privée et familiale⁵³, le droit au respect de l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle des enfants⁵⁴, le droit à une vie digne⁵⁵ et la publicité de l'administration.⁵⁶ Pour tous ces droits fondamentaux, il est donc question d'une 'compétence exclusive partagée'.

17. Seuls trois articles ne renvoient pas explicitement à 'la loi', au 'décret' ou à 'la règle visée à l'article 134'. Il s'agit d'une part des articles 11, deuxième phrase, et 24, de la Constitution qui renvoient exclusivement à 'la loi' et au 'décret', et, d'autre part, de l'article 22, alinéa

§ 4. Alle leerlingen of studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen zijn gelijk voor de wet of het decreet. De wet en het decreet houden rekening met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden.

§ 5. *De inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de gemeenschappen wordt geregeld door de wet of het decreet.*»;

– artikel 32: «*Ieder heeft het recht elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de regel bedoeld in artikel 134.*».

16. Uit dit overzicht van de artikelen in titel II van de Grondwet die na de staatshervorming zijn toegevoegd, blijkt dat de grondwetgever bijna steeds elk van de betrokken wetgevende vergaderingen bevoegd heeft geacht om het nieuwe grondrecht te waarborgen. Uit de verwijzing naar 'de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel' in de artikelen 11*bis*, 22, tweede lid, 22*bis*, 23, en 32 van de Grondwet, blijkt dat de grondwetgever, m.b.t. deze grondrechten, de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten, wilde eerbiedigen. Het komt dan ook zowel aan de federale, als aan de gemeenschaps- en gewestwetgevers toe om, ieder binnen de eigen bevoegdheidssfeer⁵¹, respectievelijk de gelijkheid van man en vrouw⁵², het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven⁵³, het recht op eerbiediging van de morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit van het kind⁵⁴, het recht op menswaardig leven⁵⁵ en de openbaarheid van bestuur te waarborgen.⁵⁶ Voor al deze grondrechten is er m.a.w. sprake van een 'gedeelde exclusieve bevoegdheid'.

17. Slechts in drie artikelen wordt niet uitdrukkelijk verwezen naar 'de wet, het decreet en de in artikel 134 bedoelde regel'. Het betreft enerzijds de artikelen 11, tweede zin, en 24 van de Grondwet die uitsluitend verwijzen naar 'de wet en het decreet' en anderzijds artikel

⁵¹ Voir W. Pas et B. Steen, «Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever», 2^e partie, o.c., p. 41; M. Elst, «Bevoegdheidsverdeling inzake grondrechten in het algemeen en het recht van antwoord in het bijzonder», Doc., Parl. fl., 2000-2001, 641/1, p. 10.

⁵² Voir notamment Doc. Parl., Sénat, 2000-2001, 2-465/4, p. 26.

⁵³ Voir Doc. Parl., Sénat, S.E., 1991-1992, 100-4/5°, p. 6-8.

⁵⁴ Voir Doc. Parl., Sénat, 1999-200, 2-21/4 (rapport).

⁵⁵ Voir Doc. Parl., Sénat, S.E. 1991-1992, 100-49/2°, p. 3; Doc. Parl. Chambre, 1992-1993, n° 839/1, p. 5.

⁵⁶ Doc. Parl., Sénat, S.E., 1991-92, n° 100-49/2, p. 3 (rapport).

⁵¹ Zie W. Pas en B. Steen, «Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever», deel 2, o.c., p. 41; M. Elst, «Bevoegdheidsverdeling inzake grondrechten in het algemeen en het recht van antwoord in het bijzonder», St., VI. Parl., 2000-2001, 641/1, p. 10.

⁵² Zie o.m. Parl. St., Senaat, 2000-2001, 2-465/4, p. 26.

⁵³ Zie Parl. St., Senaat, B.Z. 1991-1992, 100-4/5°, p. 6-8.

⁵⁴ Zie Parl. St., Senaat, 1999-200, 2-21/4 (verslag).

⁵⁵ Zie Parl. St., Senaat, B.Z. 1991-1992, 100-49/2°, p. 3; Parl. St., Kamer, 1992-1993, nr. 839/1, p. 5.

⁵⁶ Parl. St., Senaat, B.Z., 1991-92, nr. 100-49/2, p. 3 (verslag).

1^{er}, de la Constitution qui renvoie exclusivement à 'la loi'. En ce qui concerne les articles 11 et 24 de la Constitution, il est clair que le renvoi au 'décret' se rapporte exclusivement aux décrets édictés par les communautés, et pas aux décrets ou ordonnances des régions⁵⁷. Eu égard à la portée du droit fondamental garanti aux articles 11 et 24 de la Constitution, il se justifiait de renvoyer exclusivement aux décrets des communautés. L'article 11, deuxième phrase, de la Constitution prévoit en effet la protection par décret des 'minorités idéologiques et philosophiques'. Le constituant a considéré, en 1970, que cette protection s'imposait dans les compétences communautaires. En 1970, il n'était d'ailleurs pas encore question de 'décrets et ordonnances régionaux'. En outre, au regard des articles 127, § 1^{er}, 2^o de la Constitution et de l'article 139, § 1^{er}, 3^o, de la Constitution, les législateurs communautaires et – dans une mesure limitée – le législateur fédéral sont exclusivement compétents en matière d'enseignement. C'est pourquoi il se justifiait également de renvoyer uniquement à 'la loi' et au 'décret', et pas à 'la règle visée à l'article 134 de la Constitution', dans l'article 24 de la Constitution.

18. La première phrase de l'article 22 de la Constitution ne semble habiliter que le législateur fédéral à fixer des limites au droit au respect de la vie privée et familiale. Il prévoit en effet que *«chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.»*. Contrairement à la deuxième phrase de l'article 22, concernant la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, la première phrase de l'article 22 ne renvoie pas explicitement, en ce qui concerne la protection de ce droit, à 'la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134', mais uniquement à 'la loi'. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que l'on ne peut en conclure que seul le législateur fédéral serait autorisé à fixer des limites au droit au respect de la vie privée et familiale. Dans son arrêt n° 50/2003 du 30 avril 2003, la Cour a en effet estimé que:

«Sans doute découle-t-il de l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution que seul le législateur fédéral peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité, mais

22, eerste lid, van de Grondwet dat uitsluitend verwijst naar 'de wet'. Wat de artikelen 11 en 24 van de Grondwet betreft is het duidelijk dat de verwijzing naar 'het decreet' uitsluitend betrekking heeft op de door de gemeenschappen uitgevaardigde decreten en niet op de decreten of ordonnances van de Gewesten.⁵⁷ Gelet op de draagwijdte van het in de artikelen 11 en 24 van de Grondwet gewaarborgde grondrechten was het verantwoord uitsluitend te verwijzen naar de gemeenschapsdecreten. In artikel 11, tweede zin, van de Grondwet gaat het er immers om de 'ideologische en filosofische minderheden' bij decreet te beschermen. De grondwetgever is er in 1970 van uitgegaan dat deze bescherming zich in de gemeenschapsaangelegenheden opdroeg. In 1970 was er overigens nog geen sprake van 'gewestdecreten en – ordonnances'. In het licht van de artikelen 127, § 1, 2^o G.W. en art. 139, § 1, 3^o, G.W. zijn daarenboven uitsluitend de gemeenschapswetgevers en - in beperkte mate - ook de federale wetgever bevoegd inzake onderwijs. Vandaar dat het eveneens verantwoord was in artikel 24 van de Grondwet slechts naar 'de wet' en 'het decreet' te verwijzen en niet naar de 'in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel'.

18. Op grond van artikel 22 eerste zin van de Grondwet lijkt slechts de federale wetgever bevoegd om grenzen te stellen aan het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven. Het bepaalt immers: *«Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.»* Anders dan in artikel 22, tweede zin, over de bescherming van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, wordt in artikel 22, eerste zin, over de beperking van dat recht, duidelijk niet verwezen naar 'de wet, het decreet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel', doch uitsluitend 'naar de wet'. Uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt echter dat men hier niet uit kan afleiden dat uitsluitend de federale wetgever grenzen zou kunnen stellen aan het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven. In arrest nr. 50/2003 van 30 april 2003 stelde het Hof immers:

«Weliswaar vloeit uit artikel 22, eerste lid, van de Grondwet voort dat enkel de federale wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op de eerbiediging van het privé-leven en het

⁵⁷ À propos de la distinction entre 'le décret' et 'la règle visée à l'article 134 de la Constitution', voir la note du service juridique de la Chambre: «Question de terminologie concernant la référence précise à la norme que prend le niveau de pouvoir auquel la compétence est transférée – demande de la commission de Révision de la Constitution et de la réforme des institutions du 9 décembre 2003», Doc. Parl, Chambre, 2003-2004, 468/5, p. 39-49.

⁵⁷ Zie over het onderscheid tussen 'het decreet' en 'de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel', de Nota van de juridische dienst van de Kamer: «Terminologische vraag betreffende de precieze verwijzing naar de norm die wordt uitgevaardigd door het gezagsniveau waaraan de bevoegdheid wordt overgedragen – Vraag van de commissie voor de Herziening van de Grondwet en de Hervorming van de instellingen van 9 december 200», Parl. St., Kamer, 2003-2004, 468/5, p. 39-49.

cette compétence ne peut raisonnablement concerner que les restrictions générales à ce droit, applicables dans n'importe quelle matière. En juger autrement signifierait que certaines compétences des communautés et des régions seraient vidées de leur substance. Une ingérence dans la vie privée et familiale qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée relève, dès lors, du législateur compétent pour régler cette matière.»⁵⁸

III. Proposition de disposition transversale

19. On peut s'interroger sur l'opportunité d'insérer une disposition transversale dans le titre II de la Constitution en vue de préciser la répartition globale des compétences relatives à la garantie et la restriction des droits fondamentaux. Les auteurs de la présente note considèrent qu'une telle initiative n'est pas inconcevable, tout en émettant une double réserve.

D'une part, l'objectif d'une pareille disposition n'est pas de régler tous les aspects de la problématique complexe des 'matières réservées'. L'étude de cette problématique plus générale dépassait le cadre de la mission d'expertise confiée aux auteurs. La disposition transversale qui serait éventuellement insérée ne concernerait clairement que les droits fondamentaux visés au titre II de la Constitution. Une deuxième réserve a trait à l'insécurité qui subsiste au sujet de certains aspects de la répartition actuelle des compétences en matière de droits fondamentaux, et plus précisément en ce qui concerne la répartition des compétences en matière de garantie de l'interdiction de discrimination.⁵⁹ On peut espérer que les avis du Conseil d'État ou les arrêts de la Cour d'arbitrage permettront de pallier cette insécurité. Dans l'intervalle, il appartiendra aux Chambres d'adopter éventuellement elles-mêmes une position claire dans la Constitution.

20. Les auteurs de la présente note estiment qu'il convient d'établir, dans une éventuelle clause transversale, une distinction entre le respect, la réalisation effective, la protection (dans les relations horizontales) et la restriction des droits fondamentaux. Cette clause transversale pourrait être libellée comme suit:

gezinsleven kan worden beperkt, maar die bevoegdheid kan redelijkerwijze slechts betrekking hebben op de algemene beperkingen van dat recht, die van toepassing zijn op gelijk welke aangelegenheid. Daarover anders oordelen zou betekenen dat bepaalde bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten zouden worden uitgehouden. De omstandigheid dat een inmenging in het privé-leven en het gezinsleven het gevolg is van de regeling van een welbepaalde aan de decreetgever toegewezen aangelegenheid, doet geen afbreuk aan diens bevoegdheid.»⁵⁸

III. Voorstel van transversale bepaling

19. De vraag rijst is het wenselijk is om een transversale bepaling in titel II van de Grondwet op te nemen, waarin de bevoegdheidsverdeling in zake het waarborgen en beperken van grondrechten in het algemeen wordt aangegeven. De auteurs van deze nota achten dit denkbaar doch wijzen wel op een dubbel voorbehoud.

Eenzijds is het niet de bedoeling met een dergelijke bepaling alle aspecten van de complexe problematiek van de zgn. 'voorbehouden aangelegenheden' te regelen. Een onderzoek van deze ruimere problematiek viel buiten de verleende expertenopdracht. Een eventueel op te nemen transversale bepaling zou duidelijk uitsluitend de grondrechten in titel II van de Grondwet betreffen. Een tweede voorbehoud betreft de onzekerheid die er m.b.t. een aantal van de aspecten van de huidige bevoegdheidsverdeling inzake grondrechten nog bestaat, en meer bepaald dan inzake de bevoegdheidsverdeling inzake het waarborgen van het discriminatieverbod.⁵⁹ Men mag verhoppen dat deze onzekerheid door adviezen van de Raad van State of arresten van het Arbitragehof zal verdwijnen. In afwachting daarvan zal het aan de Kamers toekomen om eventueel zelf in de Grondwet een duidelijke standpunt in te nemen.

20. De auteurs van deze nota menen dat het aanbeveling verdient in de eventueel op te nemen transversale bepaling een onderscheid te maken tussen het eerbiedigen, het effectief verwezenlijken, het beschermen (in de horizontale relaties) en het beperken van de grondrechten. Die transversale bepaling zou als volgt kunnen luiden:

⁵⁸ Cour d'arbitrage n° 50/2003, 30 avril 2003, considérant B.8.10 et n° 51/2003, 30 avril 2003, considérant B.4.12.; Cour d'arbitrage, n° 162/2004, 20 octobre 2004, considérant B.5.2.

⁵⁹ Voir *supra* n° 10.

⁵⁸ Arbitragehof nr. 50 en 51/2003, 30 april 2003, overw. B.8.10 en Arbitragehof, nr. 51/2003, 30 april 2003, overw. B.4.12.; Arbitragehof, nr. 162/2004, 20 oktober 2004, overw. B.5.2.

⁵⁹ Zie *supra* nr. 10.

« Dans l'exercice de leurs compétences, toutes les autorités respectent les droits fondamentaux garantis dans le présent titre. La réalisation effective et la protection de ces droits fondamentaux sont garanties, dans la sphère de compétences des assemblées législatives concernées, par la loi, par le décret ou par la règle visée à l'article 134. La restriction des droits fondamentaux est en principe réglée par la loi, à moins que la Constitution ou une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, n'autorise cette restriction, pour certaines matières, également ou uniquement par décret ou par une règle visée à l'article 134.»

21. La première phrase de cette proposition exprime l'idée évidente que toutes les autorités – fédérale, communautaires, régionales, provinciales, communales, etc. – sont tenues de respecter les droits fondamentaux garantis au titre II. Cela signifie qu'elles ne peuvent, dans l'exercice de leur compétence, prendre aucune mesure qui viole le droit fondamental.

22. La deuxième phrase concerne 'la réalisation effective et la protection des droits fondamentaux'. Pour la signification de ces notions, nous renvoyons à notre «note sur une clause transversale dans le titre II de la Constitution, relative à la garantie des droits fondamentaux». Il s'agit ici d'arrêter des mesures positives en vue de concrétiser la jouissance du droit fondamental et de la protéger à l'égard de tiers. La compétence pour ce faire appartient, en principe, à chacune des assemblées législatives concernées qui sont, chacune dans sa sphère de compétences, tenues de prendre les mesures appropriées par la loi, le décret ou l'ordonnance. Il s'agit plus particulièrement des mesures visées à l'article 10, alinéa 1^{er} (la garantie de l'égalité de traitement)⁶⁰, à l'article 10, alinéa 2 (l'accès des étrangers à la fonction publique), à l'article 11 (la garantie des droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques), à l'article 11bis (la garantie de l'égalité entre hommes et femmes), à l'article 22, alinéa 2 (la garantie du droit au respect de la vie privée et familiale), à l'article 22bis (la garantie du droit de l'enfant au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle), à l'article 23 (la garantie du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine), à l'article 24, § 4 (la garantie de l'égalité dans l'enseignement), à l'article 24, § 5 (l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement).

⁶⁰ En ce qui concerne cette disposition, il convient cependant de trancher la question de savoir s'il s'agit ici d'une compétence 'partiellement exclusive' ou 'abusivement concurrente'. Voir *supra*.

«In de uitoefening van hun bevoegdheden eerbiedigen alle overheden de in deze titel gewaarborgde grondrechten. De effectieve verwezenlijking en de bescherming van deze grondrechten wordt binnen de bevoegdheidssfeer van de betrokken wetgevende vergaderingen gewaarborgd bij wet, decreet of in artikel 134 bedoelde regel. De beperking van de grondrechten wordt in beginsel geregeld bij wet, tenzij de Grondwet of een wet aangenomen met de meerderheid bepaald in artikel 4, laatste lid, deze beperking, voor bepaalde aangelegenheden, ook of slechts bij decreet of bij een in artikel 134 bedoelde regel toelaat.»

21. In de eerste zin van dit voorstel wordt de vanzelfsprekende idee uitgedrukt dat alle overheden - de federale, de gemeenschaps- de gewestelijke, de provinciale, de gemeentelijke enz. - de in titel II gewaarborgde grondrechten dienen na te leven. Dit betekent dat zij, in de uitoefening van hun bevoegdheid geen maatregelen mogen nemen die het grondrecht schenden.

22. De tweede zin betreft 'de effectieve verwezenlijking en de bescherming van de grondrechten'. Voor de betekenis van deze begrippen verwijzen we naar onze «Nota over een transversale bepaling in titel II van de Grondwet, over het waarborgen van de grondrechten». Het gaat hier om het nemen van positieve maatregelen om het genot van het grondrecht te verwezenlijken en het tegen derden te beschermen. De bevoegdheid daartoe komt in beginsel aan elk van betrokken wetgevende vergaderingen toe. Deze zijn, ieder binnen hun bevoegdheidssfeer, verplicht bij wet, decreet of ordonnantie passende maatregelen te nemen. Het betreft meer bepaald de maatregelen bedoeld in art. 10, lid 1, (het waarborgen van de gelijke behandeling)⁶⁰; art. 10, lid 2 (toelaten van vreemdelingen tot het openbaar ambt) art. 11 (het waarborgen van de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden), artikel 11bis (het waarborgen van de gelijkheid van man en vrouw), art. 22, tweede lid, (het waarborgen van het recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven); art. 22bis (het waarborgen van het recht op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit van het kind); art. 23 (het waarborgen van het recht een menswaardig leven te leiden); art. 24 § 4, (het waarborgen van de gelijkheid in het onderwijs); art. 24, § 5 (de inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs).

⁶⁰ Wat deze bepaling betreft dient wel duidelijkheid te worden verstrekt over de vraag of het hier om een 'gedeeld exclusieve' of een 'oneigenlijk concurrerende' bevoegdheid gaat. Zie *supra*.

23. La troisième phrase concerne 'la limitation des droits fondamentaux'. En principe, le législateur fédéral est compétent en cette matière, sauf s'il appert de la Constitution ou de la loi spéciale que les législateurs communautaires ou régionaux sont également ou exclusivement compétents pour prendre des mesures limitatives, chacun dans sa sphère de compétences. Il s'agit plus particulièrement des mesures limitatives visées aux articles 12, 14, 15, 16, 22, al. 1^{er}⁶¹, 24, § 1^{er}, 26, 29, 30 et 32 de la Constitution. On mentionnera également, dans ce contexte, que la Cour d'arbitrage a estimé qu'il appartenait à chaque législateur compétent de déterminer les limites à l'exercice des droits socio-économiques fondamentaux.⁶²

23. De derde zin betreft 'het beperken van de grondrechten'. In beginsel komt dit toe aan de federale wetgever, tenzij uit de Grondwet of de bijzondere wet blijkt dat ook of slechts de gemeenschaps- of gewestgevers gemachtigd zijn tot het nemen van beperkende maatregelen, ieder binnen de eigen bevoegdheidssfeer. Het betreft meer bepaald de beperkende maatregelen bedoeld in art. 12, 14, 15, 16, 22, eerste lid⁶¹, 24, §1, 26, 29, 30, en 32 G.W. Vermelden we daarbij nog dat het Arbitragehof heeft geoordeeld dat het ook aan iedere bevoegde wetgever toekomt om de beperkingen op de sociaal economische grondrechten vast te stellen.⁶²

⁶¹ Selon l'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage, voir *supra*.

⁶² Cour d'arbitrage, n° 41/2002, 20 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, 1164 note G. Rosoux; Cour d'arbitrage, n° 94/2003, 2 juillet 2003. En fait, les 'limitations' des droits socio-économiques fondamentaux sont des décisions visant à ne pas garantir le droit fondamental à certaines personnes ou dans certaines circonstances. Selon la Cour d'arbitrage, ces restrictions ne seraient discriminatoires que si le législateur compétent les introduisait à l'égard de certaines catégories de personnes sans nécessité ou si ces restrictions avaient des effets manifestement disproportionnés au but poursuivi.

⁶¹ In de interpretatie eraan gegeven door het Arbitragehof, zie *supra*.

⁶² Arbitragehof, nr. 41/2002, 20 februari 2002, *J.L.M.B.*, 2002, 1164 noot G. Rosoux; Arbitragehof nr. 94/2003, 2 juli 2003. Eigenlijk zijn de zgn. beperkingen van de sociaal-economisch grondrechten beslissingen om et grondrecht niet te waarborgen aan bepaalde personen of in bepaalde omstandigheden. Dergelijke 'beperkingen' zouden volgens het Arbitragehof slechts discriminerend zijn indien de bevoegde wetgever ze zonder noodzaak zou invoeren t.a.v. bepaalde categorieën van personen of indien die beperkingen gevolgen zouden hebben die kennelijk onevenredig zijn met het nagestreefde doel.

VII. — SYNTHÈSE

A. DISCUSSION

M. Alfons Borginon (VLD) formule, au nom de son groupe, les observations suivantes.

1. Le VLD souscrit au projet visant à codifier les principes généraux relatifs à la protection et à la limitation des droits fondamentaux découlant du titre II de la Constitution et des conventions internationales en matière de droits de l'homme.

Une telle codification suppose l'insertion d'une ou, le cas échéant, de plusieurs clauses horizontales en matière de droits fondamentaux, dans le titre II de la Constitution.

Pour le VLD, pareille insertion doit se faire dans le respect des principes en vigueur en matière de "compétences réservées", d'une part, et de la primauté de la Constitution sur le droit international, d'autre part.

2. Étant donné qu'il est unanimement admis que la compétence relative aux droits fondamentaux n'est pas une matière purement fédérale, dès lors qu'il appartient également aux communautés et aux régions de reconnaître et de régler les droits fondamentaux dans les matières relevant de leurs compétences, le VLD estime que si les communautés et/ou les régions souhaitent prendre, dans les matières qui leur sont attribuées, des mesures restrictives concernant des droits fondamentaux y afférents, elles ne doivent pas y être autorisées par la Constitution ou par une loi spéciale. La matière faisant l'objet des mesures restrictives concernées a en effet déjà été transférée aux communautés ou aux régions par la Constitution ou par une loi spéciale.

Le VLD souligne toutefois que, tant au niveau fédéral qu'à celui des communautés et des régions, les droits fondamentaux ne peuvent être limités qu'à l'intervention du législateur concerné. Toute intervention du pouvoir exécutif doit être exclue en l'espèce.

3. Le VLD ne voit pas l'intérêt d'insérer dans la Constitution une disposition transversale relative à la dérogation aux droits et aux libertés en temps de guerre ou en cas d'autre danger public. En effet, une telle disposition serait purement théorique, car il est impossible de déterminer à l'avance de quelle nature sera ce danger public et comment l'autorité compétente y réagira ou devra y réagir.

Le VLD estime par contre que l'insertion d'une disposition transversale relative à l'interdiction de l'abus de droit peut être envisagée. L'article 17 de la CEDH pourrait parfaitement servir de modèle en la matière.

VII. — SYNTHESE

A. BESPREKING

Namens zijn fractie formuleert *de heer Alfons Borginon (VLD)* de volgende opmerkingen.

1. De VLD onderschrijft het voornemen om te komen tot een codificatie van de algemene beginselen betreffende de bescherming en de inperking van de grondrechten die voortvloeien uit titel II van de Grondwet en uit de internationale verdragen inzake de rechten van de mens.

Zulk een codificatie impliceert de opname in titel II van de Grondwet van een horizontale clausule, en desgevallend clausules, inzake de grondrechten.

Voor de VLD dient dergelijke opname te geschieden met eerbiediging van de vigerende beginselen inzake de «voorbehouden bevoegdheden» enerzijds en de primauté van de Grondwet op het internationaal recht anderzijds.

2. Op grond van de algemeen aanvaarde zienswijze dat de bevoegdheid inzake grondrechten geen louter federale aangelegenheid is daar het evenzeer de gemeenschappen en de gewesten toekomt om grondrechten te erkennen en te regelen in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, is de VLD de mening toegedaan dat indien de gemeenschappen en/of de gewesten in de hun toegewezen aangelegenheden beperkende maatregelen inzake daarmee overeenstemmende grondrechten wensen te nemen, zij hiertoe niet door de Grondwet of de bijzondere wet dienen te zijn gemachtigd. De aangelegenheid waarop bedoelde beperkende maatregelen betrekking hebben, werd immers reeds door de Grondwet of de bijzondere wet aan de gemeenschappen of de gewesten overgedragen.

De VLD onderstreept weliswaar dat zowel voor het federale niveau als voor dat van de gemeenschappen en de gewesten, een beperking van de grondrechten slechts kan geschieden bij wege van een optreden van de betrokken wetgever. Te dezen dient elk handelen van de uitvoerende macht te zijn uitgesloten.

3. De VLD ziet niet onmiddellijk het nut in van een transversale bepaling in de Grondwet over het afwijken van rechten en vrijheden in tijd van oorlog of in geval van enige andere algemene noodtoestand. Dergelijke bepaling zou immers louter van theoretische aard zijn daar er nooit bij voorbaat kan worden uitgemaakt welke de aard van een toekomstige noodtoestand zal zijn en hoe dan de bevoegde overheid zal of moet reageren.

De VLD is daarentegen wel de mening toegedaan dat er kan worden nagedacht over de inlassing van een transversale bepaling met betrekking tot het verbod van rechtsmisbruik. Het artikel 17 EVRM kan hier terdege als model worden genomen.

4. D'après le VLD, l'introduction, dans le titre II de la Constitution, de dispositions transversales relatives aux droits fondamentaux ne peut pas entraîner la consécration explicite ou implicite du principe de la primauté du traité par rapport à la Constitution.

5. Le groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution devra désigner les dispositions constitutionnelles qui doivent permettre l'implémentation du résultat de ses travaux. Ces dispositions devront donc être reprises dans la liste des dispositions constitutionnelles soumises à révision qui sera adoptée à la fin de la législature actuelle en vue de permettre au prochain législateur d'intervenir en qualité de constituant.

*
* *

Mme Talbia Belhouari (PS) fait part de la position de son groupe. Suite aux différentes auditions d'experts, celui-ci a dégagé les conclusions suivantes:

Quant à l'utilité d'ajouter des clauses transversales dans la Constitution

Selon les experts eux-mêmes, les clauses transversales proposées ne sont que le résultat de la codification de la jurisprudence actuelle. Il s'agit de transposer en droit interne des clauses qui existent déjà dans des conventions internationales directement applicables en droit interne. On ne voit donc pas quelles plus-values elles pourraient apporter.

Au contraire, il existe plusieurs risques liés à une telle codification:

- l'affaiblissement du rôle du juge national. En effet, celui-ci pourra plus difficilement invoquer directement les dispositions internationales et par conséquent la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple;

- le figement de l'évolution du droit. Une codification a forcément comme conséquence une fixation de la règle de droit, rendant ainsi plus difficile l'évolution jurisprudentielle. Quelle peut être la pertinence d'inclure en droit interne des normes de droit international directement applicables et dont l'évolution jurisprudentielle est satisfaisante?

- l'interaction avec l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que lorsqu'il existe en droit interne une disposition plus protectrice que dans la Convention, c'est le droit interne qui doit s'appliquer. Il y a donc primauté de la garantie constitu-

4. Het in titel II van de Grondwet opnemen van transversale bepalingen inzake grondrechten mag er voor de VLD niet toe leiden dat op expliciete of impliciete wijze het primaat van het verdrag ten aanzien van de Grondwet zou worden gehuldigd.

5. De werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet dient die grondwetsbepalingen aan te duiden die een implementering van het resultaat van zijn werkzaamheden mogelijk moet kunnen maken. Deze bepalingen dienen dan ook te worden opgenomen in de lijst van de voor herziening vatbaar verklaarde grondwetsbepalingen die op het einde van de huidige legislatuur dient te worden aangenomen zodoende dat de eerstvolgende legislatuur als Grondwetgever kan optreden.

*
* *

Mevrouw Talbia Belhouari (PS) deelt het standpunt van haar fractie mee. Na de verschillende hoorzittingen met de deskundigen is die fractie tot de volgende conclusies gekomen.

Aangaande het nut van het toevoegen van transversale bepalingen aan de Grondwet

Volgens de deskundigen zelf zijn de voorgestelde transversale bepalingen maar het resultaat van de codificatie van de huidige rechtspraak. Het gaat om de omzetting in intern recht van de bepalingen die al bestaan in internationale verdragen die rechtstreeks in intern recht toepasbaar zijn. Het is derhalve niet duidelijk welke meerwaarde zij kunnen bieden.

Er zijn integendeel allerlei risico's verbonden aan een dergelijke codificatie:

- de verzwakking van de rol van de nationale rechter. Die zal de internationale bepalingen immers moeilijker rechtstreeks kunnen aanvoeren, en bijgevolg bijvoorbeeld de door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ontwikkelde rechtspraak;

- de verstarring van de evolutie van het recht. Een codificatie heeft onvermijdelijk tot gevolg dat de rechtsregel wordt vastgesteld, waardoor de evolutie van de rechtspraak moeilijker wordt. Wat is de relevantie van de opname in intern recht van internationaalrechtelijke normen die rechtstreeks toepasbaar zijn en waarvan de evolutie in de rechtspraak voldoening schenkt?

- de interactie met artikel 53 van het EVRM, dat bepaalt dat als in het intern recht een bepaling bestaat die meer bescherming biedt dan die in het Verdrag, het intern recht van toepassing is. De grondwettelijke waarborg primeert dus als die meer bescherming biedt (zie

tionnelle lorsque celle-ci est plus protectrice (cf. C.A., n° 159/2004, 20 octobre 2004). Il existe un risque de priver la Belgique d'une nouvelle évolution de la jurisprudence internationale qui serait plus souple que celle en vigueur actuellement;

– d'une manière générale, les clauses transversales ne sont opportunes que si les dérogations apportées, au niveau de l'un ou l'autre droit particulier, aux principes qu'elles posent, demeurent en nombre réduit. Si l'étendue des exceptions dépasse l'étendue du principe, la consécration explicite du principe perd son intérêt. Le groupe PS ne peut donc pas se prononcer en toute connaissance de cause sur l'opportunité de telles clauses, puisqu'il faudrait que soit examinée, au cas par cas, la portée assignée en pratique à chacun des droits et libertés actuellement garantis en Belgique.

Quant à la multiplication possible des cas de concurrence entre juridictions suprêmes nationales

Les experts ont attiré l'attention sur le problème qui se posera en cas de codification des clauses transversales. Cette situation de concurrence crée un certain malaise lorsque les contrôles exercés de part et d'autres débouchent sur des issues distinctes, voire opposées, alors que les normes supérieures, constitutionnelles ou internationales, au regard desquelles s'exerce le contrôle, consacrent des droits dont la portée est substantiellement identique. Le groupe de l'oratrice ne pourra se prononcer sur l'insertion de clauses transversales tant que cette question n'aura pas été abordée de manière plus approfondie.

Quant à la simplification du système juridique

Une codification a essentiellement pour but de simplifier le système juridique. Or, les clauses transversales, telles qu'elles ont été envisagées, n'auront pas cette conséquence de simplification. Au contraire, à l'avenir, le juge devra tenir compte, en plus de la Constitution, de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres conventions internationales, tenir compte des nouvelles clauses transversales inscrites dans la Constitution. Or, malgré le travail minutieux des experts, il existe toujours un risque que ces clauses transversales ne reflètent pas fidèlement les dispositifs issus des traités. Dans ce cas, le travail du juge sera fort complexifié.

Pour ces raisons, le groupe PS apprécie peu favorablement l'insertion de clauses transversales dans la Constitution. Il n'est cependant pas opposé à étudier d'autres possibilités de moderniser la Constitution. L'idée, également avancée par les experts, d'insérer dans la Constitution la seule clause d'interprétation conforme

Arbitragehof, nr. 159/2004, 20 oktober 2004). Het gevaar bestaat dat België een nieuwe evolutie in de internationale rechtspraak wordt onthouden die soepeler zou zijn dan de thans geldende;

– algemeen zijn de transversale bepalingen maar opportuun als de afwijkingen van de principes die worden gesteld in een of ander bijzonder recht, beperkt in aantal blijven. Als de reikwijdte van de uitzonderingen de reikwijdte van het principe te boven gaat, verliest de expliciete bekrachtiging van het principe elk belang. De PS-fractie kan dus over de opportuniteit van dergelijke bepalingen geen uitspraak doen met kennis van zaken, aangezien geval per geval zou moeten worden onderzocht wat in de praktijk de strekking is die aan elk van de thans in België gewaarborgde rechten en vrijheden wordt toegekend.

Aangaande de mogelijke toename van gevallen van samenloop tussen de nationale hoge rechtscolleges

De deskundigen hebben de aandacht gevestigd op het probleem dat zal rijzen als de transversale bepalingen worden gecodificeerd. Die toestand van samenloop doet een zekere malaise ontstaan als de beiderzijds toegepaste toetsingen op verschillende of zelfs tegengestelde uitspraken uitmonden, terwijl de hogere normen, grondwettelijk of internationaal, ten opzichte waarvan de toetsing wordt uitgevoerd, substantieel identieke rechten toekennen. De fractie van de spreekster zal zich over de opname van transversale bepalingen niet kunnen uitspreken zolang dat vraagstuk niet grondiger is aangepakt.

Aangaande de vereenvoudiging van de rechtsgang

Een codificatie beoogt in essentie een vereenvoudiging van de rechtsgang. Zoals de transversale bepalingen zijn opgevat, zullen zij daar echter niet toe leiden. De rechter zou naast de Grondwet, het EVRM en andere internationale verdragen, ook rekening moeten houden met de nieuwe in de Grondwet opgenomen transversale bepalingen.

Ondanks het nauwgezette werk van de deskundigen bestaat echter altijd het gevaar dat die transversale bepalingen de verdragsbepalingen niet getrouw weergeven. In dat geval zal het werk van de rechter sterk worden bemoeilijkt.

Om die redenen is de PS-fractie weinig voorstander van de opname van de transversale bepalingen in de Grondwet. Zij is echter niet gekant tegen onderzoek naar andere mogelijkheden om de Grondwet te moderniseren. De eveneens door de deskundigen geopperde idee om met uitzondering van alle andere transversale bepa-

basée sur le modèle de l'article II-112, alinéa 3, de la Constitution européenne, à l'exclusion de toutes les autres clauses transversales, doit pouvoir être envisagée de manière approfondie. L'insertion de cette clause ne suscite pas l'épineux problème de la multiplication des sources de droit auxquelles risquerait d'être confronté le juge s'il y avait codification des différentes clauses transversales envisagées.

*
* *

Mme Hilde Claes (sp.a-spirit) formule quelques remarques personnelles concernant les clauses transversales proposées par les experts.

1. La clause relative aux limitations des droits et libertés ne pose pas de problème en soi. Une question se pose cependant quant au rapport entre cette disposition et le principe de *stand-still*. L'adoption de cette disposition ne permettrait-elle pas de justifier constitutionnellement certaines régressions dans la protection légale des droits et libertés à laquelle s'applique actuelle l'effet de *stand-still*?

2. L'opportunité d'insérer la clause relative aux dérogations en cas de guerre est douteuse. Est-il pertinent que la Constitution suggère elle-même sa mise entre parenthèses?

L'oratrice demande en outre pourquoi l'alinéa 3 de cette disposition ne confère une protection renforcée qu'à la liberté de culte et d'orientation philosophique.

3. La distinction entre la clause relative à l'obligation faite à toutes les autorités de respecter les droits et libertés et celle définissant la répartition des compétences en matière de droit et libertés ne semble pas claire à l'intervenante. Les experts peuvent-ils éclaircir ce point?

*
* *

M. Bart Laeremans (Vlaams Belang) constate que les dispositions proposées par les experts sont très générales, pour ne pas dire vagues, et il estime donc qu'elles comportent des risques dans une matière aussi sensible. Les dispositions proposées confèrent un très grand pouvoir d'appréciation à la Cour d'arbitrage. L'intervenant se demande s'il est opportun que le Constituant et le législateur abandonnent ainsi leurs responsabilités aux juges. Une dérive qui serait à craindre est que la clause relative aux limitations aux droits et libertés servent à

lingen in de Grondwet alleen de bepaling tot conforme uitlegging op te nemen naar het model van artikel II-112, derde lid, van de Europese Grondwet, komt voor grondige overweging in aanmerking. De opname ervan voorkomt het netelige probleem van de toename van de rechtsbronnen, waaraan de rechter het hoofd dreigt te moeten bieden als de verschillende transversale bepalingen worden gecodificeerd.

*
* *

Mevrouw Hilde Claes (sp.a-spirit) formuleert enkele persoonlijke opmerkingen in verband met de door de deskundigen voorgestelde transversale bepalingen.

1. De bepaling in verband met de beperkingen van de rechten en vrijheden doet op zich geen probleem rijzen. Er rijst echter wel een vraag naar de verhouding tussen die bepaling en het *standstill*-principe. Zou de aanneming van die bepaling geen grondwettelijke rechtvaardiging mogelijk maken van sommige vormen van teruggang in de wettelijke bescherming van de rechten en vrijheden waarop het huidige *standstill*-effect van toepassing is?

2. De opportuniteit om de bepaling in verband met de afwijkingen in geval van oorlog op te nemen, doet vragen rijzen. Is het relevant dat de Grondwet zelf de terzijdeschuiving ervan suggereert?

De sprekerstervraagt bovendien waarom het derde lid van die bepaling alleen maar een opgevoerde bescherming biedt voor de vrijheid van eredienst en van levensbeschouwing?

3. Het onderscheid tussen de bepaling in verband met de verplichting voor alle overheden om de rechten en vrijheden te eerbiedigen en die welke de bevoegdheidsverdeling inzake de rechten en vrijheden bepaalt, is voor de sprekersterv niet duidelijk. Kunnen de deskundigen dat punt toelichten?

*
* *

De heer Bart Laeremans (Vlaams Belang) stelt vast dat de door de deskundigen voorgestelde bepalingen heel algemeen zijn, om niet te zeggen vaag, en hij vindt dus dat zij in een zo delicate aangelegenheid gevaren inhouden. De voorgestelde bepalingen kennen het Arbitragehof een heel grote beoordelingsbevoegdheid toe. De sprekerstervvraagt zich af of het opportuun is dat de grondwetgever en de wetgever aldus hun verantwoordelijkheden naar de rechters overhevelen. Een te vrezen oneigenlijke toepassing is dat de bepaling in ver-

mettre sur pied d'égalité des libertés fondamentales bien déterminées comme celles contenues dans la Constitution et des discours plus flous, comme par exemple celui concernant la lutte contre les discriminations.

L'intervenant réitère les propos qu'il a déjà tenus à propos de l'exemple allemand. Le droit constitutionnel allemand est, pour des raisons historiques, particulièrement élaboré en matière de protection des libertés publiques. Il regrette que cet exemple n'ait pas retenu plus d'attention pendant les travaux.

*
* *

Le professeur Velaers revient en premier lieu sur un certain nombre d'observations générales. M. Borginon a souligné son attachement à la primauté de la Constitution et a précisé oralement qu'il ne fallait pas perdre de vue la problématique du contrôle de la législation au regard de droits fondamentaux inscrits à la fois dans la Constitution et dans les traités internationaux. Mme Belhouari a également soulevé cette question. Le professeur Velaers partage cette préoccupation. À l'heure actuelle, la coexistence d'un contrôle central, par la Cour d'arbitrage, de la conformité des lois, des décrets et des ordonnances au titre II de la Constitution et d'un contrôle diffus, par chaque juge, au regard des traités est déjà quelque peu problématique. L'insertion de dispositions transversales dans la Constitution ne générera pas le problème – puisqu'il existe déjà – mais le confirmera. Cette problématique ne doit donc, en effet, pas être négligée. On peut espérer que le colloque qui s'est tenu le 21 octobre 2005 sur les relations entre la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation et le Conseil d'État a quelque peu déminé la problématique et qu'une solution jurisprudentielle pourra être trouvée. Sinon, le législateur spécial devra envisager d'intervenir. Le professeur Velaers estime que ce n'est toutefois pas une raison, entre-temps, de renoncer aux dispositions transversales, étant donné que celles-ci, quoi qu'il en soit, ne font que codifier des principes que la Cour d'arbitrage applique d'ores et déjà. Ces dispositions inscrivent de manière explicite dans la Constitution les principes déjà contenus implicitement dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage.

La question de l'utilité de dispositions transversales, sur laquelle Mme Belhouari prend position dans sa note, revient à s'interroger sur l'utilité de toute codification. Le texte de la Constitution et, *a fortiori*, des dispositions qui datent encore de 1831, est dépassé et ne reflète plus la réalité du droit constitutionnel actuel. Les exemples sont

band met de beperkingen van de rechten en vrijheden kan dienen om welbepaalde fundamentele vrijheden, zoals die in de Grondwet, op voet van gelijkheid te plaatsen met vagere stellingen, zoals die inzake de bestrijding van discriminatie.

De spreker herhaalt wat hij al eerder in verband met het Duitse voorbeeld heeft gesteld. Het Duitse grondwettelijk recht is om historische redenen bijzonder expliciet inzake bescherming van de publieke vrijheden. Hij betreurt dat dit voorbeeld tijdens de werkzaamheden niet meer aandacht heeft gekregen.

*
* *

Professor Velaers gaat eerst in op een aantal algemene bemerkingen. De heer Borginon geeft aangegeven te willen vasthouden aan de primauté van de Grondwet en heeft mondeling toegelicht dat de problematiek van de toetsing aan grondrechten die tegelijkertijd in de Grondwet en in de internationale verdragen voorkomen, niet mag worden uit het oog verloren. Ook mevrouw Belhouari heeft daar op gewezen. Professor Velaers deelt deze bezorgdheid. Reeds op dit ogenblik is het samengaan van een centrale toetsing door het Arbitragehof van wetten, decreten en ordonnances aan titel II van de Grondwet en de diffuse toetsing door elke rechter aan de verdragen enigszins problematisch. De opname van transversale bepalingen in de Grondwet zal het probleem niet veroorzaken – want het bestaat nu al – maar zal het wel bevestigen. Die problematiek mag dus inderdaad niet uit het oog worden verloren. Men mag hopen dat het colloquium over de verhoudingen tussen het Arbitragehof, het Hof van Cassatie en de Raad van State, dat op 21 oktober 2005 plaats had, de problematiek wat heeft ontmiind en dat er een jurisprudentiële oplossing kan worden gevonden. Gebeurt dat niet dan zal de bijzondere wetgever moeten overwegen tussen te komen. Inmiddels is dit echter voor professor Velaers geen reden om af te zien van transversale bepalingen, omdat deze hoe dan ook slechts een codificatie zijn van beginselen die het Arbitragehof nu reeds toepast. Men expliciteert in de Grondwet wat impliciet reeds in de rechtspraak van het Arbitragehof besloten ligt.

De vraag naar het nut van transversale bepalingen, waarover in de nota van mevrouw Belhouari stelling wordt genomen, is de vraag naar het nut van elke codificatie. De tekst van de Grondwet, en zeker dan van de bepalingen die nog van 1831 dateren, is gedateerd en geeft niet de realiteit van het huidige constitutioneel recht weer. De

légion. «Le secret des lettres est inviolable», dispose l'article 29 de la Constitution, mais ce n'est pas exact, car il ressort de la pratique et aussi de la jurisprudence que des restrictions sont possibles. Pour limiter le droit au respect de la vie privée, il suffit aux termes de l'article 22 de la Constitution que la loi fixe «les cas et les conditions», mais ce n'est pas davantage exact, car il ressort de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage qu'il y a lieu de lire l'article 22 à la lumière des dispositions restrictives de l'article 8, alinéa 2, de la CEDH. En temps de guerre, le titre II de la Constitution ne peut pas être suspendu (art. 187 de la Constitution), mais la réalité est différente, comme l'illustrent les expériences des Première et Deuxième Guerres mondiales.

Lorsqu'il a été proposé, en 1989, d'autoriser la Cour d'arbitrage à vérifier la conformité des lois au titre II de la Constitution, on a constaté que ce n'était pas encore possible, parce que le titre II devait d'abord être modifié en profondeur en vue d'un contrôle par le juge. Entre-temps, la compétence de la Cour a certes été étendue en 2003, mais le texte de la Constitution n'a toujours pas été adapté. Il n'est dès lors pas surprenant que la Cour d'arbitrage doive en permanence emprunter ses critères de contrôle à des traités. Tout État qui se respecte doit veiller à ce que sa Constitution soit adaptée aux besoins de l'époque et, surtout, à ce qu'elle ne donne pas une image faussée du degré de protection des droits fondamentaux. Une codification doit naturellement être rigoureuse. Si l'on y parvient, les problèmes potentiels évoqués dans la note de

Mme Belhouari, qui méritent certainement toute l'attention requise, s'avéreront ne pas être très réels. L'examen des articles devra en effet montrer, comme le fait remarquer Mme Belhouari, si de nombreuses dérogations aux dispositions transversales sont effectivement nécessaires.

Mme Claes a posé un certain nombre de questions concrètes. Elle demande quel est le rapport entre la disposition transversale relative aux limitations des droits et libertés, d'une part, et l'obligation de *standstill* en ce qui concerne les droits fondamentaux, d'autre part. Le professeur Velaers indique que la disposition transversale relative aux limitations des droits et libertés est, en principe, également applicable aux droits sociaux fondamentaux. Cette clause transversale contient cependant une réserve expresse. Elle ne s'applique que «pour autant que les dispositions du présent titre n'en disposent pas autrement». Cette réserve implique que dans la mesure où l'article 23 de la Constitution implique lui-même une obligation absolue de *standstill*, il ne peut être dérogé à ce *standstill* sur la base de la clause transversale relative aux limitations. Dans la mesure où l'article 23 de la Constitution n'implique qu'un *standstill* relatif

voorbeelden zijn legio. «De briefwisseling is onschendbaar», stelt artikel 29 van de Grondwet, maar dat is niet zo, want uit de praktijk en ook uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt dat beperkingen mogelijk zijn. «Voor de beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven volstaat het dat de wet «de gevallen en de voorwaarden» bepaalt stelt artikel 22 van de Grondwet, maar ook dat is niet zo, want uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt dat men artikel 22 moet lezen in het licht van de beperkingsvoorwaarden die in artikel 8, tweede lid, van het EVRM, zijn bepaald. In oorlogstijd kan titel II van de Grondwet niet worden geschorst (art. 181 G.W.) , maar de werkelijkheid is anders, zoals de ervaringen in de eerste en de tweede wereldoorlog het aantonen.

Toen in 1989 werd voorgesteld om het Arbitragehof toe te laten de wetten te toetsen aan titel II van de Grondwet, werd gesteld dat dit nog niet mogelijk was, omdat titel II eerst grondig moest worden aangepast, met het oog op een toetsing door de rechter. Inmiddels is de bevoegdheid van het Hof in 2003 wel uitgebreid, doch de tekst van de Grondwet is nog steeds niet aangepast. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het Arbitragehof zijn toetsingsmaatstaven voortdurend moet ontleen aan verdragen. Een staat die zichzelf respecteert dient er voor te zorgen dat zijn Grondwet aangepast is aan de noden van de tijd, en dat ze zeker niet een verkeerd beeld geeft van de mate waarin de grondrechten zijn beschermd. Een codificatie dient uiteraard zorgvuldig te gebeuren. Als men daar in slaagt zullen de mogelijke problemen die in de nota van mevrouw Belhouari worden naar voor geschoven, en waaraan zeker aandacht dient te worden besteed, blijken niet zeer reëel te zijn. Het artikelsgewijze onderzoek zal inderdaad moeten uitwijzen, zoals mevrouw Belhouari stelt, of er inderdaad veel afwijkingen van de transversale bepalingen vereist zijn.

Mevrouw Claes heeft een aantal concrete vragen gesteld. Zij vraagt zich af welke verhouding er bestaat tussen de transversale bepaling over de beperkingen enerzijds en de *standstill*-verplichting inzake de sociale grondrechten anderzijds. Professor Velaers geeft aan dat de transversale bepaling over de beperkingen in beginsel ook van toepassing is op de sociale grondrechten. In die transversale bepaling wordt echter een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt. Die bepaling geldt slechts «voor zover de bepalingen van deze titel er niet anders over beschikken.» Dit voorbehoud impliceert dat in de mate artikel 23 van de Grondwet zelf een absolute *standstill*-verplichting inhoudt, er geen afbreuk kan worden gedaan aan deze *standstill*, op grond van de transversale bepaling over de beperkingen. In de mate artikel 23 slechts een relatieve *standstill* inhoudt, (geen aanzienlijke achteruitgang, en verder alleen als er «dringende

(pas de régression notable et uniquement pour motifs graves) (voir la note), cette disposition particulière aura la priorité sur la disposition transversale. Les experts ont indiqué dans la note que la portée de l'obligation de *standstill* n'était pas encore clairement déterminée. Si la préconstituante et la constituante le jugent souhaitable et possible, elles peuvent régler cette question. Dans le cas contraire, la disposition transversale ne fera que renforcer l'incertitude actuelle, sans la modifier.

Mme Claes demande pourquoi rendre «*Notstandfest*» la liberté de culte et d'orientation philosophique dans la disposition transversale relative aux dérogations en cas de guerre. C'est une conséquence de la codification, explique le professeur Velaers. L'article 4 du PIDCP renvoie, en effet, expressément à l'article 13 du PIDCP consacré à la liberté de pensée, de conscience et de culte. La constituante pourrait bien évidemment allonger la liste des droits auxquels il ne peut être dérogé.

Mme Claes demande quel est le rapport entre la cinquième et la sixième clause. Le professeur Velaers répond que la cinquième clause vise à indiquer ce que la «garantie des droits fondamentaux» implique sur le plan du contenu, alors que la sixième clause précise la manière dont les droits fondamentaux doivent être appliqués en Belgique fédérale ainsi que les autorités responsables en la matière. Les deux clauses pourraient sans doute être encore mieux harmonisées afin d'éviter tout malentendu.

M. Laeremans a signalé que les clauses transversales proposées sont très générales et très vagues et laissent beaucoup d'éléments à l'appréciation du juge en la matière. Le professeur Velaers admet qu'il en est effectivement ainsi, mais, selon lui, cela ne résulte pas d'une éventuelle introduction future des clauses transversales. C'est déjà le cas actuellement. En faisant une lecture combinée de la Constitution et des traités internationaux, la Cour d'Arbitrage applique déjà ce type de clauses. La mission des experts consistait uniquement à indiquer quelles seraient les conséquences d'une codification des principes existants. On pourrait bien sûr profiter de l'occasion pour insérer des clauses plus précises dans la Constitution. L'avantage d'une codification est d'ailleurs que l'on prend conscience du droit constitutionnel en vigueur et que l'on peut profiter de cette occasion pour protéger plus – pas moins – les droits et libertés dans la Constitution que dans les traités internationaux. L'examen des articles, auquel doit encore procéder le groupe de travail, pourra peut-être déjà s'avérer utile en la matière.

redenen zijn») (zie de nota), zal ook deze bijzondere bepaling voorrang hebben op de transversale bepaling. De deskundigen hebben in de nota aangegeven dat er tot nu toe geen duidelijkheid bestaat over de draagwijdte van de *standstill*-verplichting. Zo de preconstituante en de constituante het wenselijk en mogelijk achten zouden ze de kwestie kunnen uitklaren. Zoniet zal de transversale bepaling de bestaande onzekere toestand slechts bevestigen, doch niet wijzigen.

Mevrouw Claes vraagt naar de reden om de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing «*notstandfest*» te verklaren in de transversale bepaling over de afwijking in geval van oorlog. Dat is een gevolg, zo licht professor Velaers toe, van de codificatie. In artikel 4 van het BUPO-verdrag wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar art. 18 BUPO-verdrag over de vrijheid van denken, geweten en godsdienst. Uiteraard zou de Constituante nog andere rechten kunnen toevoegen aan de rechten waarvan niet kan worden afgeweken.

Mevrouw Claes vraagt naar de verhouding tussen de vijfde clausule en de zesde clausule. Professor Velaers antwoordt dat de vijfde clausule beoogt aan te geven wat het «waarborgen van grondrechten» inhoudelijk impliceert, terwijl de zesde clausule aangeeft op welke wijze de grondrechten in het Belgisch federaal dienen te worden toegepast en welke overheden terzake verantwoordelijkheid dragen. Wellicht kunnen beide bepalingen nog beter op mekaar worden afgestemd om misverstanden te verwijzen.

De heer Laeremans heeft aangegeven dat de voorgestelde transversale clausules zeer algemeen en vaag zijn en ter zake veel aan de appreciatie van de rechter overlaten. Professor Velaers geeft aan dat dit inderdaad zo is, maar dat dit niet het gevolg is van een eventuele toekomstige invoering van transversale bepalingen. Dat is nu reeds zo. Door het samenlezen van de Grondwet en de internationale verdragen past het Arbitragehof nu reeds dergelijke bepalingen toe. De opdracht van de deskundigen bestond er slechts in aan te geven waartoe een codificatie van de bestaande beginselen zou leiden. Uiteraard zou men van de gelegenheid kunnen gebruik maken om meer precieze bepalingen in de Grondwet op te nemen. Het voordeel van een codificatie is trouwens dat men zich bewust wordt van het geldend constitutioneel recht en dat men van die gelegenheid kan gebruik maken om de rechten en vrijheden in de Grondwet meer - niet minder - te beschermen - dan in de internationale verdragen. Het artikelsgewijs onderzoek, waartoe de werkgroep nog zal overgaan, zal ter zake misschien al kunnen nuttig zijn.

*
* *

Le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck estime que l'exercice de codification présente trois avantages.

Premièrement, cette démarche permet la mise par écrit de ce qui existe déjà en pratique. Ceci améliore la lisibilité du texte constitutionnel, évitant que sa portée exacte ne soit connue que de quelques initiés.

Deuxièmement, la mise par écrit de la pratique permet de constater que certaines interprétations ne sont pas aussi sûres qu'on le croyait. Les experts ont pu se rendre compte que certains points ne faisaient pas l'objet d'un consensus définitif. La mise en exergue de ces incertitudes permet au Constituant de les trancher s'il le juge opportun.

Troisièmement, la codification montre l'état du droit *de lege lata*. Ceci permet au Constituant, s'il estime que tel ou tel point mérite une amélioration, d'exercer son pouvoir en meilleure connaissance de cause.

*
* *

Le président fait part de la position de son groupe. Le groupe MR se félicite de la définition des clauses transversales proposée dans le cadre du groupe de travail. En dehors de tout contexte de crise et à tête reposée, le travail entrepris fut l'occasion d'une réflexion d'envergure sur les modalités d'interprétation et les conditions de mise en œuvre des droits fondamentaux. Cette étude préalable permet de se doter d'un cadre pertinent à partir duquel il est désormais permis d'aborder l'examen du catalogue des droits et libertés.

Cette discussion participe à l'objectif général assigné aux travaux, qui consiste à offrir un meilleur aperçu des garanties fondamentales. L'apparente clarté du texte actuel est trompeuse puisque à sa lecture le citoyen ne peut se rendre compte de la réalité et de l'étendue de la protection dont il dispose. Le texte constitutionnel est aujourd'hui parcellaire. Il n'offre qu'un catalogue très incomplet des droits et libertés. Qui plus est, il demeure souvent laconique quant à leurs modalités d'interprétation, aux balises posées à leurs éventuelles restrictions et, le cas échéant, aux conditions de leur suspension.

*
* *

Professor Sébastien Van Drooghenbroeck vindt dat de codificatie drie voordelen biedt.

Ten eerste maakt die stap de opschriftstelling mogelijk van wat in de praktijk al bestaat. Dat verhoogt de begrijpelijkheid van de Grondwet, waarmee wordt voorkomen dat maar enkele ingewijden de exacte strekking ervan kennen.

Ten tweede maakt de opschriftstelling van de praktijk het mogelijk vast te stellen dat bepaalde interpretaties niet zo zeker zijn als gedacht. De deskundigen hebben zich er rekenschap van kunnen geven dat over bepaalde punten geen definitieve eenstemmigheid bestaat. Door die onzekerheden op de voorgrond te brengen kan de grondwetgever ze zo nodig beslechten.

Ten derde toont de codificatie de stand van het recht *de lege lata*. Als de grondwetgever vindt dat een of ander punt verbetering verdient, kan hij zijn bevoegdheid aldus met een betere kennis van zaken uitoefenen.

*
* *

De voorzitter licht het standpunt van zijn fractie toe. De MR-fractie is ingenomen met de definitie die de werkgroep heeft voorgesteld voor het begrip «transversale clausules». De commissie heeft in alle sereniteit kunnen werken, zonder dat zij daarbij rekening moest houden met een of andere acute crisissituatie; daardoor kon ze vanuit een brede visie nadenken over de nadere regels die moeten worden gehanteerd bij de interpretatie van de grondrechten, alsook over de voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van die rechten. Tevens moeten die voorbereidende analyses het mogelijk maken een relevant raamwerk in het leven te roepen, dat dienst kan doen als sokkel voor een verdere analyse van de catalogus van rechten en vrijheden.

De besprekingen daarover passen in de algemene doelstelling van deze werkzaamheden, die ertoe strekken een beter overzicht te bieden van de gewaarborgde grondrechten. De helderheid van de thans vigerende tekst is slechts schijn, aangezien de burger bij het lezen ervan niet eens kan bevroeden wat de echte draagwijdte is van de bescherming die hij geniet. De momenteel in de Grondwet opgenomen tekst is fragmentarisch en behelst maar een zeer onvolledige catalogus van rechten en vrijheden. Bovendien blijft de tekst vaak summier over de nadere interpretatieregels, de limieten waarbinnen die rechten en vrijheden eventueel kunnen worden ingeperkt, of nog de voorwaarden waaronder ze eventueel kunnen worden opgeheven.

Certes, la jurisprudence nationale, supranationale et internationale poursuit un travail incessant de redéfinition des libertés. L'actualisation du titre II s'impose néanmoins aux fins d'éclairer les destinataires de ces droits sur la teneur de ces derniers, tels que précisés et encadrés par les traités internationaux et les diverses jurisprudences. Il appartient aussi au constituant de trancher un certain nombre de controverses doctrinales et jurisprudentielles qui traversent la matière.

Dans ce contexte, la rédaction de clauses transversales a vocation à clarifier la présentation des droits les libertés. En encadrant ces derniers de balises claires, empruntées aux conventions internationales et à la jurisprudence, on permet de rendre visible ce qui ne l'est pas à l'heure actuelle. L'on se permet également – et ce point a toute son importance s'agissant des droits fondamentaux – d'encadrer strictement les dérogations éventuelles aux garanties constitutionnelles.

À cet égard, le groupe MR affiche nettement son opposition à une clause interdisant l'abus de droit de type «guillotine», c'est-à-dire une clause qui autoriserait l'introduction de mesures préventives. Il s'inscrit résolument dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* de l'utilisation faite des droits et libertés, plus respectueux des droits fondamentaux, qui était déjà retenu par le constituant de 1831.

Toujours avec cette intention de préserver les droits fondamentaux, le groupe MR estime préférable d'inclure une clause relative aux dérogations temporaires. Une telle clause présenterait un triple avantage: tout d'abord, préciser les hypothèses qui peuvent donner lieu à la mise en veilleuse de certains droits; ensuite imposer des modalités de procédure qui en assurent un usage limité aux circonstances très exceptionnelles; enfin, réaffirmer les droits qui, en toutes circonstances, ne pourront connaître de dérogation (tel que le droit à ne pas subir de torture et à ne pas encourir de peine ou de traitement inhumains et dégradants, par exemple). Une telle disposition ne vise donc nullement à faciliter ces dérogations mais, dans une perspective pragmatique, à encadrer une pratique que l'on sait parfois inévitable.

Pour nécessaire que soit la réflexion relative à ces clauses transversales, leur intérêt serait cependant remis en cause si, lors de l'examen du catalogue des droits

Uiteraard worden de definities van de vrijheden voortdurend bijgeschaafd door de nationale, supranationale en internationale rechtspraak. Niettemin is Titel II van de Grondwet aan een *update* toe, teneinde duidelijker te maken wie de begunstigde zijn en wat de draagwijdte is van de rechten die worden vermeld en nader omschreven in de internationale verdragen en in de diverse vormen van jurisprudentie. Aldus komt het de grondwetgever toe een oplossing te zoeken voor een aantal controverses die momenteel binnen de rechtsleer en de rechtspraak woeden.

In die context moet de redactie van transversale clausules bijdragen tot een duidelijker formulering van de rechten en vrijheden. Door duidelijke bakens uit te zetten die zijn gebaseerd op de internationale verdragen en de rechtspraak, kunnen aspecten aan de oppervlakte worden gebracht die momenteel niet in het oog springen. Uiterst belangrijk als het om grondrechten gaat, is dat via transversale clausules eventuele afwijkingen van de grondwettelijke waarborgen aan strenge restricties kunnen worden onderworpen.

In dat verband is de MR-fractie heftig gekant tegen een clausule met «hakbijleffect» die een verbod zou inhouden op misbruik van rechten, dat wil zeggen een clausule die de invoering van preventieve maatregelen mogelijk zou maken. De MR-fractie pleit daarentegen met volle overtuiging voor een controle *a posteriori* van de wijze waarop de rechten en vrijheden worden uitgeoefend, omdat die werkwijze een betere eerbiediging van de grondrechten inhoudt en ook al door de grondwetgever van 1831 was gehuldigd.

Nog steeds met de bedoeling de grondrechten te beschermen geeft de MR-fractie er de voorkeur aan een clausule met betrekking tot tijdelijke afwijkingen in de Grondwet in te voegen. Een dergelijke clausule zou een drievoudig voordeel hebben: ten eerste de hypothesen vastleggen die aanleiding kunnen geven tot het «dimmen» van bepaalde rechten; ten tweede nadere procedureregels vastleggen die die praktijk moeten beperken tot zeer uitzonderlijke gevallen; ten derde opnieuw duidelijk maken van welke rechten in geen geval mag worden afgeweken (zoals het recht niet te worden gefolterd, het recht geen onmenselijke en vernederende straf of behandeling te krijgen enzovoort). Een dergelijke clausule zou dus geenszins tot doel hebben de invoering van dergelijke afwijkingen makkelijker te maken, maar veeleer een pragmatisch raamwerk in het leven te roepen waarbinnen die - soms onvermijdelijke - techniek kan worden toegepast.

Hoe noodzakelijk dit denkwerk over de transversale clausules ook is, het belang ervan kan nog steeds worden tenietgedaan als uit het onderzoek van de catalo-

et libertés, il apparaissait qu'elles ne peuvent s'appliquer à la plupart des droits qu'il est proposé de constitutionnaliser, c'est-à-dire si le groupe estime souhaitable d'assortir régulièrement ces droits de dérogations aux principes énoncés dans les clauses.

*
* *

M. Jean-Jacques Viseur (cdH) fait parvenir une note formulant la position de son groupe. Le président en donne lecture.

Le groupe de travail a examiné la pertinence de l'insertion de clauses transversales en matière de droits et libertés. Cet examen visait à déterminer en quoi ces clauses transversales pourraient consister concrètement et à évaluer leur faisabilité.

Cette réflexion sur la «modernisation/mise à jour/codification» du titre II de la Constitution relatif aux droits et libertés s'inscrivait dans le mouvement opéré par le Constituant helvétique en 1999 ou encore par les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intégrée dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Cet exercice appelle quelques considérations générales.

1. – Tout d'abord, une observation préliminaire s'impose. Les différentes clauses transversales traitent de problèmes extrêmement hétérogènes. L'on examine les restrictions aux droits et libertés en général, l'abus de droit, les dérogations aux droits et libertés, l'obligation d'interpréter les dispositions du titre II de la Constitution conformément aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la Belgique, les garanties des droits fondamentaux, de compétences en matière de garantie et de restriction des droits fondamentaux dans le cadre du régime fédéral belge. Cela n'aide pas à la lisibilité de l'exercice, encore moins à celle de la Constitution en cas d'adoption des clauses.

Cependant, comme les experts sollicités l'indiquent, une codification a essentiellement pour objectif de simplifier le système juridique.

2. – Une autre réflexion est soutenue par les experts. Le plus souvent, le texte «codifiant» se substitue aux règles écrites ou non écrites «codifiées». Cependant, il

gus van rechten en vrijheden blijkt dat ze niet toepasbaar zijn op de meeste rechten waarvan wordt voorgesteld ze grondwettelijk te verankeren. Concreet kan dat gevaar bestaan als de werkgroep het wenselijk zou vinden een groot aantal van die rechten te voorzien van afwijkingen op de in de clausules opgenomen beginselen.

*
* *

De heer Jean-Jacques Viseur (cdH) overhandigt een nota met daarin het standpunt van zijn fractie. De voorzitter leest de nota voor.

De werkgroep heeft onderzocht of het nuttig zou zijn transversale clausules inzake rechten en vrijheden in de Grondwet op te nemen. Dat onderzoek had tot doel na te gaan hoe die clausules concreet zouden kunnen worden opgevat en hoe werkbaar ze zouden zijn.

Die reflectie over de «modernisering/bijwerking/codificatie» van Titel II van de Grondwet met betrekking tot de rechten en vrijheden, past in een tendens die in 1999 op gang werd gebracht door de Zwitserse grondwetgever, maar ook door de opstellers van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat vervolgens werd opgenomen in het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.

Dat noopt tot een aantal algemene beschouwingen.

1. Vooraf past een opmerking. De verschillende transversale clausules hebben betrekking op uiterst heterogene kwesties. Zo worden onder meer de beperkingen van de rechten en vrijheden in het algemeen, het rechtsmisbruik, de afwijkingen op de rechten en vrijheden, de verplichting de bepalingen van titel II van de Grondwet uit te leggen overeenkomstig de door België bekrachtigde internationale instrumenten ter bescherming van de rechten van de mens, de in de grondrechten vervatte waarborgen, bevoegdheden inzake garantie en beperking van de grondrechten in het kader van het Belgisch federaal bestel besproken. Dat draagt niet bij tot de helderheid van de reflectie en nog minder tot die van de Grondwet mochten de clausules worden aangenomen.

Zoals de geraadpleegde deskundigen aangeven, heeft een codificatie in de eerste plaats tot doel het rechtstelsel te vereenvoudigen.

2. De deskundigen brengen een andere reflectie onder de aandacht. Doorgaans neemt de «codificerende» tekst de plaats in van de al dan niet geschreven

paraît impossible au-delà d'un certain stade, de codifier à droit purement constant. Si l'on s'interroge aujourd'hui sur le contenu exact et les limites du «patrimoine» de droits et libertés dont jouissent, *hic et nunc*, les justiciables – précisons même les citoyens – apparaîtront assez rapidement des controverses jurisprudentielles plus ou moins étendues, et des incertitudes doctrinales.

Il ne semble pas être nécessaire de faire cet exercice pour identifier les polémiques constitutionnelles comme le prétendent les experts. Cependant, il paraît fort optimiste de croire que le pouvoir législatif sera à même de mettre à plat toutes les polémiques et d'en arriver à des compromis sur ces points délicats.

3. A ce propos, la confusion entre règles d'interprétation et règles de droit interpelle. Les clauses transversales sont en effet rédigées de manière à mettre en œuvre les droits et libertés du titre II de la Constitution et simultanément à baliser l'interprétation de ce même titre.

Cette confusion entre les genres provient tant d'une volonté de codification à outrance, à savoir d'englober, dans un texte constitutionnel nécessairement clair et concis, l'ensemble des finesses et subtilités attachées à la mise en œuvre de ces droits, que d'une rédaction malheureuse.

Des remarques ponctuelles peuvent aussi être soulignées.

4. La première concerne la clause constitutionnelle transversale relative à la garantie des droits fondamentaux. Si l'on s'étonne de la première partie de l'article au vu de son contenu constituant un véritable truisme (les droits et libertés contenus dans le présent titre s'imposent à toutes les autorités publiques), on est surpris par la seconde partie *in fine*. En effet, les autorités publiques devraient veiller à ce que les droits et libertés soient respectés et réalisés dans les relations entre particuliers. Ceci constitue un véritable changement au niveau de notre système constitutionnel. Ce n'est pas forcément souhaitable. Cela ne constitue plus une codification à droit constant.

5. Une autre observation a trait à la clause transversale portant sur l'obligation d'interpréter les dispositions du titre II de la Constitution conformément aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme

«gécodifiée» regels. Na een bepaald stadium lijkt het echter onmogelijk bij louter «constant» recht te codificeren. Als men zich thans vragen stelt over de precieze inhoud en de grenzen van het «patrimonium» aan rechten en vrijheden die *hic et nunc* voor de rechtzoekenden – we mogen zelfs zeggen de burgers – gelden, zullen vrij snel min of meer uitgebreide controversen aangaande de rechtspraak en onzekerheden inzake de rechtsleer opduiken.

Het lijkt niet nodig die denkoefening te maken om de aan de Grondwet gerelateerde polemieken te onderkennen, zoals de deskundigen beweren. Het lijkt echter zeer optimistisch te geloven dat de wetgevende macht een einde zal kunnen maken aan alle polemieken en tot compromissen zal kunnen komen over die netelige punten.

3. In dat opzicht doet de verwarring tussen interpretatieregels en rechtsregels vragen rijzen. De transversale clausules worden immers zo opgesteld dat toepassing wordt verleend aan de rechten en vrijheden van titel II van de Grondwet en dat tegelijkertijd de uitlegging van die titel wordt afgebakend.

Die verwarring vloeit voort uit zowel een streven om overdreven te codificeren, dat wil zeggen in een noodzakelijkerwijs heldere en bondige grondwettekst alle finesses en subtiliteiten te vervatten die met de toepassing van die rechten gepaard gaan, als uit een ongelukkige redactie.

Tevens kunnen specifieke opmerkingen worden gemaakt.

4. De eerste betreft de grondwettelijke transversale bepaling inzake de garantie van de grondrechten. Het eerste deel van het artikel kan weliswaar verbazing wekken omdat de inhoud ervan een echte gemeenplaats is (De in deze titel vervatte rechten en vrijheden gelden voor alle overheden), maar het laatste stuk van het tweede deel is verrassend aangezien de overheden «erover [zouden moeten] waken dat [die rechten en vrijheden] worden geëerbiedigd en verwezenlijkt in de betrekkingen tussen particulieren onderling». Dat is een ingrijpende wijziging in ons grondwettelijk stelsel. Die is niet noodzakelijk wenselijk. Het gaat niet om een codificatie bij constant recht.

5. Een andere opmerking betreft de transversale clausule met betrekking tot de verplichting de bepalingen van titel II van de Grondwet uit te leggen overeenkomstig de door België bekrachtigde internationale instru-

ratifiés par la Belgique. La clause déclare que *«leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confèrent lesdites conventions, sans préjudice des garanties plus étendues que ce titre accorde»*.

Sans s'exprimer plus avant sur son bien-fondé, on regrettera tout d'abord que le principe de la clause la plus favorable soit exprimée de manière si ambiguë en utilisant les mots «sans préjudice».

D'autre part, il est regrettable que l'on utilise ce que d'aucuns appellent la technique du mixer. En effet, le rapport déclare que *«l'insertion d'une clause transversale d'interprétation conforme aura le mérite d'imposer au juge de réaliser, dans chaque cas, une telle synthèse, aux fins que ces décisions satisfassent de front à l'ensemble des instruments internationaux ratifiés par la Belgique»*. Les droits et libertés garantis au niveau international et ceux garantis au niveau belge, même s'ils sont similaires, ne recouvrent pas forcément la même réalité, leur champ d'application peut différer, leur interprétation peut encore varier, etc.... (notamment la liberté de presse). Cela ne signifie pas que ces droits et libertés reconnus au niveau international ainsi que leur interprétation jurisprudentielle et doctrinale sont étrangers au droit belge. Cependant, il semble important de souligner que l'adéquation entre la sphère constitutionnelle belge et celle des conventions internationales n'est pas parfaite. Selon le rapport, *«une identité d'objet suffit. [...] il y a correspondance lorsque la disposition constitutionnelle et la disposition internationale garantissent, en substance, le même droit de l'Homme»*.

Vouloir forcer l'adéquation entre la sphère constitutionnelle belge et celle des conventions internationales par des clauses constitutionnelles en niant la réalité juridique est simpliste.

6. – La clause constitutionnelle transversale relative aux dérogations aux droits et libertés appelle également plusieurs commentaires.

Sa rédaction, tout d'abord, est particulièrement floue et imprécise. Les termes *«en cas de guerre (ou en cas de tout autre danger public, fixé par une loi ou en vertu d'une loi et proclamé par un acte officiel, qui menace la vie de la nation)....»* sont nébuleux et trop larges. Ils permettent une dérogation trop aisée et cultivent un flou inadéquat.

menten ter bescherming van de rechten van de mens. In de clausule wordt aangegeven dat «de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde [zijn] als die welke er door genoemde verdragen aan worden toegekend, onverminderd de ruimere, door deze titel geboden garanties.».

Zonder nader in te gaan op de gegrondheid van het beginsel van de meest gunstige clausule, zal men in eerste instantie betreuren dat het zo dubbelzinnig wordt geformuleerd doordat het woord «onverminderd» wordt gebezigd.

Voorts valt te betreuren dat gebruik wordt gemaakt van wat sommigen de «mixertechiek» noemen. In het verslag staat immers het volgende te lezen : «De invoeging, in de Grondwet, van een transversale bepaling over de verdragsconforme interpretatie zou de verdienste hebben de rechter op te leggen in elke zaak een dergelijke synthese te verwezenlijken, opdat zijn beslissingen volkomen stroken met het geheel van de door België geratificeerde internationale instrumenten.» De op internationaal en op Belgisch vlak gewaarborgde rechten en vrijheden zijn weliswaar gelijksoortig, maar ze betreffen niet noodzakelijk dezelfde realiteit, ze kunnen een verschillend geldingsgebied hebben, er kan een andere uitlegging aan worden gegeven enzovoort (onder meer de persvrijheid). Dat betekent niet dat die op internationaal vlak erkende rechten en vrijheden alsmede de uitlegging daarvan in de rechtspraak en rechtsleer vreemd zijn aan het Belgisch recht. Het is evenwel belangrijk te beklemtonen dat de bewoordingen van de grondwetsbepalingen niet helemaal overeenstemmen met die van de internationale verdragen. Volgens het verslag «volstaat [het] dat zij over hetzelfde handelen. Er is met andere woorden sprake van 'overeenstemming' wanneer de grondwettelijke bepaling en de internationale bepaling in wezen hetzelfde recht van de mens waarborgen.».

Het zou enigszins simplistisch zijn mocht men de Belgische Grondwet te allen prijze via constitutionele clausules willen afstemmen op de internationale verdragen, en aldus de juridische realiteit naast zich zou neerleggen.

6. – In verband met de transversale constitutionele clausule over de afwijkingen van de rechten en vrijheden worden eveneens tal van opmerkingen gemaakt.

«In tijd van oorlog (of in geval van enig andere, door of krachtens een wet vastgestelde en officieel afgekondigde, algemene noodtoestand welke het bestaan van het volk bedreigt) (...):» die clausule is eerst en vooral bijzonder vaag en onnauwkeurig verwoord, en bovendien te ruim opgevat. Door die formulering kan ze al te makkelijk worden omzeild; bovendien draagt ze niet bepaald bij tot het creëren van rechtszekerheid.

Il est cependant évident que le seul «état de guerre» ne correspond plus à la réalité de notre temps. Une nouvelle formulation, plus claire et concise, est donc nécessaire afin de définir et de déterminer les conditions de l'«état de guerre et de danger public exceptionnel».

Un bornage temporel semble encore nécessaire. La détermination de la date de début et de fin de l'«état d'urgence» et la limitation de cette période à «un moindre délai» sont essentielles. Un meilleur encadrement s'impose dans l'hypothèse envisagée. A l'instar de l'article 16 de la Constitution française, il faudrait prévoir une procédure de consultation des différents pouvoirs, la réunion de plein droit des Chambres législatives ainsi que la limitation de cette dérogation aux moyens d'accomplissement nécessaires à la mission dévolue aux pouvoirs publics.

La place de cet article dans la Constitution mérite aussi une observation. S'il faut suspendre une partie de la Constitution, pourquoi ne pas inscrire cette possibilité dans l'article qui traite de cette matière, à savoir l'article 187. Cet article s'inscrit dans les «Dispositions générales» de la Constitution. Cela constitue un atout dans la mesure où, dans les cas envisagés, si une dérogation aux droits et libertés peut s'avérer utile, une dérogation à la répartition des pouvoirs et à la répartition des compétences fédérales et fédérées inscrite dans la Constitution peut l'être aussi.

Comme les experts, nous sommes attachés à ce que cet «état d'urgence» soit proclamé par le pouvoir législatif. Une procédure garantissant les principes démocratiques pourrait être mise en place en cas d'impossibilité pour les Chambres législatives de se réunir. Dans l'hypothèse de l'insertion de la clause dans l'article 187, et dès lors de la suspension de la répartition des pouvoirs, la nécessité d'une loi à majorité spéciale est à souligner.

Les experts insistent sur le fait que certains droits et libertés doivent être garantis contre «vents et marées». L'interdiction de recours à la torture ou l'abolition de la peine de mort, notamment, ne peut être battu en brèche par la déclaration de l'«état d'urgence». Le groupe cdH les suit totalement sur ces points. Cependant, l'alinéa 3 de la clause se limite à ne permettre aucune dérogation à la liberté de cultes durant l'état d'urgence. Cette limitation à la limitation semble ne plus correspondre à la réalité de notre époque. En effet, la suspension de la liberté de culte pourrait s'avérer particulièrement utile dans l'hy-

Het spreekt evenwel vanzelf dat het begrip «staat van oorlog» niet langer wordt ingevuld als weleer. Dat begrip moet derhalve anders, met name duidelijker en beter afgebakend, worden omschreven, teneinde de voorwaarden van «de staat van oorlog en van een algemene noodtoestand» te definiëren en vast te stellen.

Tevens is een afbakening in de tijd vereist. Het is belangrijk dat men de begin- en de einddatum van de «noodtoestand» vastlegt, alsook dat die toestand wordt beperkt tot «een zo kort mogelijke periode». In dat geval is een beter wettelijk kader vereist. Naar het voorbeeld van artikel 16 van de Franse Grondwet, zou moeten worden voorzien in een overlegprocedure met de diverse machten. Tevens zouden de wetgevende Kamers van rechtswege moeten bijeenkomen, en zou die mogelijkheid tot afwijking moeten worden beperkt tot de uitvoeringsmiddelen die de overheden nodig hebben om hun taak te vervullen.

Ook over de plaats van dat artikel in de Grondwet wordt een opmerking gemaakt. Als de Grondwet dan toch ten dele zou worden geschorst, kan men overwegen die mogelijkheid op te nemen in het artikel dat daarover handelt, met name artikel 187. Dat artikel behoort tot de «Algemene bepalingen» van de Grondwet. Dat is een voordeel: aangezien het in de voormelde gevallen nuttig kan blijken van de rechten en vrijheden af te wijken, kan het eveneens nuttig zijn af te wijken van de scheiding der machten en van de grondwettelijk bepaalde bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de decentrale overheden.

Net als de deskundigen acht de cdH-fractie het belangrijk dat die «noodtoestand» door de wetgevende macht wordt uitgeroepen. Er zou een procedure kunnen worden ingesteld om te waarborgen dat de beginselen van de democratie in acht wordt genomen in geval de wetgevende Kamers niet bijeen kunnen komen. Gesteld dat de clause in artikel 187 zou worden opgenomen, dan zou een bijzondere-meerderheidswet vereist zijn om de daaruit voortvloeiende scheiding der machten op te heffen.

De deskundigen beklemtonen dat bepaalde rechten en vrijheden te allen prijze moeten worden gewaarborgd. Zo mag de «noodtoestand» niet worden aangegrepen om het verbod op martelpraktijken of de afschaffing van de doodstraf ongedaan te maken. De cdH-fractie sluit zich daarbij aan. Het derde lid van de clause beperkt zich evenwel tot het niet-toestaan van enige afwijking van de godsdienstvrijheid zolang de noodtoestand heerst. Die inperking van de inperking lijkt volkomen achterhaald. De opschorting van de godsdienstvrijheid zou immers bijzonder nuttig kunnen blijken wanneer terroristische

pothèse d'actes terroristes motivés, par exemple, par des prescrits religieux. L'inscription de cette limitation à la limitation ne semble ni nécessaire, ni suffisante...

7. – On voit donc que même s'il peut s'avérer utile d'inscrire l'une ou l'autre clause permettant de déroger aux droits et libertés, toutes les clauses ne semblent pas utiles, nécessaires voire même souhaitables.

Une refonte du titre II de la Constitution par un exercice codificateur semble difficile, périlleux et peu porteur de résultats positifs.

La nature très hétérogène de ces clauses constitutionnelles transversales conduit à penser que même si celles-ci sont similaires structurellement, elles diffèrent fortement quant à leur contenu politique. Une systématisation n'est pas forcément recommandable dans ce genre de matière. Les droits et libertés doivent pouvoir évoluer – et pourquoi pas sur la base de dispositions internationales – chacun à leur rythme de manière individuelle.

B. CONCLUSION

Au terme de ses travaux concernant les clauses transversales en matière de droits et de libertés, le groupe de travail:

- estime que divers arguments plaident en faveur de l'insertion de certaines clauses transversales balisant l'interprétation et la mise en œuvre des droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution;

- estime, sous réserve des remarques formulées à cet égard par les membres du groupe de travail, que les dispositions proposées dans le présent rapport constituent une base adéquate pour la discussion, pour autant notamment qu'il ressorte de la suite de ses travaux que les droits et libertés garantis ou à garantir par le titre II de la Constitution n'appellent qu'un nombre raisonnable d'exceptions aux principes posés par ces dispositions transversales.

Ces dispositions sont respectivement libellées comme suit:

«Dans la mesure où celles-ci n'en disposent pas autrement, les droits et libertés garantis par les dispositions du présent titre peuvent faire l'objet de restrictions pourvu que ces restrictions:

daden werden gepleegd, die bijvoorbeeld door religieuze voorschriften zijn ingegeven. Dat die inperking van de inperking in de Grondwet zou worden opgenomen, lijkt niet noodzakelijk, noch toereikend.

7. – Daaruit blijkt dat, hoewel het nuttig kan zijn de ene of andere clausule op te nemen waardoor van de rechten en vrijheden kan worden afgeweken, niet alle clausules nuttig, nodig of zelfs maar wenselijk zijn.

Titel II van de Grondwet herzien via codificatie lijkt een moeilijke en netelige opgave, die bovendien weinig positiefs dreigt op te leveren.

Op grond van de zeer heterogene aard van die transversale constitutionele clausules kan men stellen dat ze, ondanks de gelijklopende structuur ervan, een zeer verschillende politieke inhoud hebben. In die aanlegenheden is systematisering uit den boze. De rechten en vrijheden moeten elk in hun eigen tempo – misschien wel op grond van internationale bepalingen – kunnen evolueren.

B. CONCLUSIE

Na afloop van zijn werkzaamheden betreffende de transversale bepalingen over de rechten en de vrijheden:

- acht de werkgroep dat diverse argumenten pleiten voor de invoeging van sommige transversale bepalingen, die de uitlegging en de tenuitvoerlegging van de door titel II van de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden moeten afbakenen;

- acht de werkgroep, onder voorbehoud van de opmerkingen die daarover door de leden van de werkgroep worden geformuleerd, de in dit verslag voorgestelde bepalingen geschikt om als basistekst voor de bespreking te dienen, op voorwaarde dat uit de voortzetting van zijn werkzaamheden blijkt dat, wat de rechten en vrijheden betreft, die door titel II van de Grondwet (moeten) worden gewaarborgd, slechts in een beperkt aantal gevallen moet worden afgeweken van de door die transversale clausules opgelegde beginselen.

Die bepalingen luiden respectievelijk als volgt:

«Voor zover de bepalingen van deze titel er niet anders over beschikken, kunnen de daarin gewaarborgde rechten en vrijheden worden beperkt, op voorwaarde dat die beperkingen

- soient prévues par une norme législative;
- poursuivent un objectif d'intérêt général ou soient rendues nécessaires par la protection des droits et libertés d'autrui;
- soient nécessaires dans une société démocratique, ce qui implique notamment qu'elles soient proportionnées par rapport au but qu'elles poursuivent».

*
* *

«Sans préjudice de [l'article qui consacrera la clause constitutionnelle transversale relative aux restrictions des droits et libertés], aucune des dispositions du présent titre ne peut être interprétée comme impliquant pour un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans le présent titre.»

*
* *

«1. En cas de guerre (ou en cas de tout autre danger public, fixé par une loi ou en vertu d'une loi et proclamé par un acte officiel, qui menace la vie de la nation), des mesures dérogeant aux garanties qu'offre le titre II de la Constitution peuvent être prises.

2. Les mesures dérogatoires ne se justifient que pour autant qu'elles soient strictement nécessaires, qu'elles soient prises sans discrimination et qu'elles ne soient pas détournées de leur fin pour annihiler les droits et libertés mais qu'elles visent à assurer la pérennité de l'état de droit démocratique.

3. Les dispositions qui précèdent ne justifient aucune dérogation aux articles 14, bis, 18, 19 et 20, en ce qui concerne la liberté de culte et d'orientation philosophique.

4. Les mesures dérogatoires qui peuvent être prises sur la base des dispositions qui précèdent, sont fixées par une norme législative ou en vertu d'une norme législative.»

*
* *

«Dans la mesure où le présent titre contient des droits ou libertés correspondants à des droits ou libertés garantis par des Conventions internationales ratifiées par la Belgique, leur sens et portée sont les mêmes que ceux que leur confèrent lesdites conventions, sans préjudice des garanties plus étendues que ce titre accorde».

- worden ingesteld bij een wettelijke norm;
- een algemeen belang nastreven of noodzakelijk zijn met het oog op de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen;
- noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, wat met name inhoudt dat zij evenredig zijn met het oogmerk dat zij nastreven.».

*
* *

«Onverminderd [het artikel waarin de grondwettelijke transversale bepaling inzake de inperking van de rechten en vrijheden zal zijn vervat,] mag geen van de in deze titel opgenomen bepalingen worden uitgelegd als zou zij voor een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten die tot doel heeft de in deze titel vermelde rechten en vrijheden te vernietigen.»

*
* *

«1. In tijd van oorlog (of in geval van enig andere, door of krachtens een wet vastgestelde en officieel afgekondigde, algemene noodtoestand welke het bestaan van het volk bedreigt), kunnen maatregelen worden genomen die afwijken van de waarborgen die titel II van de Grondwet biedt.

2. De afwijkende maatregelen zijn slechts verantwoord voor zover ze strikt noodzakelijk zijn, zonder discriminatie worden genomen, en niet worden misbruikt om de rechten en vrijheden te vernietigen, doch ertoe strekken het voortbestaan van de democratische rechtsstaat te verzekeren.

3. De voorgaande bepalingen wettigen geen enkele afwijking van de artikelen 14bis, 18, 19 en 20, wat de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing betreft.

4. De afwijkende maatregelen welke op grond van de voorgaande bepalingen kunnen worden genomen, worden door of krachtens een wetgevende norm vastgesteld.»

*
* *

«Voor zover deze titel rechten of vrijheden bevat die overeenstemmen met rechten of vrijheden welke zijn gewaarborgd door internationale verdragen die door België werden geratificeerd, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemde verdragen aan worden toegekend, onverminderd de ruimere, door deze titel geboden garanties.»

*
* *

«Les droits et libertés contenus dans le présent titre s'imposent à toutes les autorités publiques.

Celles-ci sont tenues:

- *de respecter ces droits et libertés;*
- *d'œuvrer à leur réalisation effective;*
- *de veiller à ce que, dans la mesure où ils s'y prêtent, ils soient respectés et réalisés dans les relations ente particuliers».*

*
* *

« Dans l'exercice de leurs compétences, toutes les autorités respectent les droits fondamentaux garantis dans le présent titre. La réalisation effective et la protection de ces droits fondamentaux sont garanties, dans la sphère de compétences des assemblées législatives concernées, par la loi, par le décret ou par la règle visée à l'article 134. La restriction des droits fondamentaux est en principe réglée par la loi, à moins que la Constitution ou une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, n'autorise cette restriction, pour certaines matières, également ou uniquement par décret ou par une règle visée à l'article 134.»;

– constate que la déclaration du pouvoir législatif publiée au *Moniteur belge* le 10 avril 2003 ne prévoit pas l'insertion de telles dispositions dans le cadre de la législature actuelle;

– recommande de déposer et d'adopter des propositions de déclaration de révision de la Constitution permettant le cas échéant d'insérer certaines clauses transversales balisant l'interprétation et la mise en œuvre des droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution;

– consacrera la suite de ses travaux à l'examen des droits et libertés susceptibles d'être ajoutés à ceux garantis par le titre II de la Constitution, en distinguant ceux qu'il est possible d'insérer au cours de la présente législature et ceux dont l'insertion nécessiterait une nouvelle déclaration de révision de la Constitution;

*
* *

«De in deze titel vervatte rechten en vrijheden gelden voor alle overheden.

Die overheden zijn ertoe gehouden:

- *deze rechten en vrijheden te eerbiedigen;*
- *te ijveren voor de effectieve verwezenlijking ervan;*
- *erover te waken dat deze, voor zover ze er zich toe lenen, worden geëerbiedigd en verwezenlijkt in de betrekkingen tussen particulieren onderling».*

*
* *

«In de uitoefening van hun bevoegdheden eerbiedigen alle overheden de in deze titel gewaarborgde grondrechten. De effectieve verwezenlijking en de bescherming van deze grondrechten wordt binnen de bevoegdheidssfeer van de betrokken wetgevende vergaderingen gewaarborgd bij wet, decreet of in artikel 134 bedoelde regel. De beperking van de grondrechten wordt in beginsel geregeld bij wet, tenzij de Grondwet of een wet aangenomen met de meerderheid bepaald in artikel 4, laatste lid, deze beperking, voor bepaalde aangelegenheden, ook of slechts bij decreet of bij een in artikel 134 bedoelde regel toelaat.»;

- stelt vast dat de verklaring van de wetgevende macht, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 10 april 2003, niet voorziet in de invoeging van dergelijke bepalingen tijdens de lopende zittingsperiode;

- doet de aanbeveling nieuwe voorstellen tot herziening van de Grondwet in te dienen en aan te nemen, teneinde het desgevallend mogelijk te maken bepaalde transversale bepalingen in te voegen die aangeven hoe de door titel II van de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden behoren te worden gelezen en ten uitvoer gelegd;

- zal zijn verdere werkzaamheden wijden aan een analyse van de rechten en vrijheden die eventueel kunnen worden toegevoegd aan de door titel II van de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden, waarbij een onderscheid zal worden gemaakt tussen de rechten die nog tijdens de lopende zittingsperiode kunnen worden ingevoegd, en die waarvan de invoeging een nieuwe verklaring tot herziening van de Grondwet vereist;

— précisera, à la lumière de la deuxième partie de ses travaux, l'opportunité de l'insertion de tout ou partie des clauses transversales précitées.

Les rapporteurs,

Hilde CLAES
Jean-Jacques VISEUR

Le président,

François-Xavier
de Donnea

- zal, in het licht van de tweede deel van zijn werkzaamheden, de opportuniteit van de invoeging van het geheel of een deel van de bovenvermelde transversale bepalingen preciseren.

De rapporteurs,

Hilde CLAES
Jean-Jacques VISEUR

De voorzitter,

François-Xavier
de DONNEA

**ANNEXE 1 :
NOTE DU SERVICE JURIDIQUE RELATIVE AUX
CLAUSES TRANSVERSALES
EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX**

I. Typologie des clauses transversales en matière de droits fondamentaux:

Une clause transversale peut être comprise comme *un dispositif d'application générale au sein d'un catalogue de droits et libertés, dispositif dont l'objet est de régir l'application ou l'interprétation de chacun de ces droits et libertés.*

À la lumière des instruments internationaux et constitutionnels les plus récents, les clauses transversales sont celles qui, de manière générale, peuvent porter:

1°) sur la question de la limitation aux droits et libertés, ce qui vise:

– les restrictions aux droits et libertés: la clause transversale énonce dans ce cas les conditions de validité formelle (loi ou base légale) ou matérielle (poursuite d'un but légitime, principe de proportionnalité) des restrictions aux droits et libertés.

Article 36 de la Constitution suisse:

«Restriction des droits fondamentaux

1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable.»

Article 52.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

«Portée des droits garantis

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et li-

**BIJLAGE 1 :
NOTA VAN DE JURIDISCHE DIENST BETREFFENDE DE TRANSVERSALE CLAUSULES INZAKE GRONDRECHTEN**

I. Typologie van de transversale clausules inzake grondrechten:

Een transversale clausule kan worden opgevat als *een binnen een opsomming van rechten en vrijheden algemeen toe te passen beschikking die ertoe strekt te voorzien in een regeling inzake de toepassing of interpretatie van elk van die rechten en vrijheden.*

Uitgaande van de recentste internationale en grondwettelijke instrumenten kunnen de transversale clausules over het algemeen betrekking hebben op:

1°) het vraagstuk inzake de grenzen van de rechten en vrijheden, *in casu*:

– de inperkingen van de rechten en vrijheden: in dat geval bepaalt de transversale clausule de voorwaarden waaronder sprake is van formele (wet of wettelijke grondslag) dan wel materiële geldigheid (nastreven van een gewettigd doel, evenredigheidsbeginsel) van de inperkingen van de rechten en vrijheden.

Artikel 36 van de Zwitserse Grondwet:

«Restriction des droits fondamentaux

1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable.»

Artikel 52.1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:

«Reikwijdte van de gewaarborgde rechten

1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en

bertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.»

– la dérogation éventuelle aux droits et libertés (c'est-à-dire, la possibilité de suspendre les droits et libertés en cas de circonstances exceptionnelles), avec les conditions formelles ou matérielles qui l'accompagnent (interdiction de déroger à tel ou tel droit ou liberté,...).

Article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme:

«Dérogation en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.»

2°) sur les principes d'interprétation, ce qui vise:

– la clause de l'interdiction de l'abus de droit:

Article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme:

vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.».

– de eventuele afwijking van de rechten en vrijheden (met andere woorden de mogelijkheid om in uitzonderlijke omstandigheden de rechten en vrijheden op te schorten), zulks met inachtneming van de daarmee gepaard gaande formele of materiële voorwaarden (verbod af te wijken van een welbepaald recht of een welbepaalde vrijheid enzovoort).

Artikel 15 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden:

«Afwijking in geval van noodtoestand

1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand, welke het bestaan van het volk bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen welke afwijken van zijn verplichtingen, ingevolge dit Verdrag, mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist en niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling wettigt geen enkele afwijking van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van geoorloofde oorlogshandelingen, noch van de artikelen 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht van afwijking houdt de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte van de genomen maatregelen en van de beweegredenen welke deze hebben ingegeven. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens verwittigen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.».

2°) de beginselen inzake de interpretatie ervan, en meer bepaald:

– de clausule volgens welke een verbod op misbruik van recht geldt:

Artikel 17 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden:

«Interdiction de l'abus de droit:

Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.»

Article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

«Interdiction de l'abus de droit

Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.»

– la clause d'interdiction de détournement de pouvoir (utilité pratique très réduite):

Article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme:

«Limitation de l'usage des restrictions aux droits

Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.»

– la clause d'application de la garantie la plus favorable, qui, dans un système national de protection des droits fondamentaux, peut se traduire par une clause d'interprétation conforme aux garanties internationales en vigueur.

Article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme:

«Sauvegarde des droits de l'homme reconnus

Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de

«Verbod van misbruik van recht

Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien..»

Artikel 54 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:

«Verbod van misbruik van recht

Geen der bepalingen van dit handvest mag worden uitgelegd als zou zij het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit handvest zijn erkend, teniet te doen of de rechten en vrijheden verdergaand te beperken dan door dit handvest is toegestaan.».

– de clausule volgens welke een verbod op misbruik van bevoegdheid geldt (van zeer beperkt praktisch nut):

Artikel 18 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden:

«Inperking van de toepassing van beperkingen op rechten

De beperkingen welke, volgens dit Verdrag, op bovengenoemde rechten en vrijheden zijn toegestaan, mogen slechts worden toegepast met het doel waarvoor daartoe de bevoegdheid is gegeven.»

– de clausule inzake de toepassing van de meest gunstige waarborg, die in een nationaal beschermingsstelsel van de fundamentele rechten, de vorm kan aannemen van een clausule van interpretatie overeenkomstig de vigerende internationale waarborgen.

Artikel 53 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden:

«Waarborging van bestaande rechten van de mens

Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten

toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.»

3°) sur les principes relatifs à la portée des droits et libertés, à savoir:

– l'identification des autorités publiques liées par la garantie constitutionnelle:

Article 1^{er}, § 3, de la Loi fondamentale allemande (traduction):

«(3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable.»

– l'identification de la nature des obligations imposées à l'autorité: respecter les droits (obligation de ne pas faire), mais aussi les réaliser (obligation de faire) et les protéger dans les rapports entre particuliers:

Article 35 de la Constitution suisse:

«Réalisation des droits fondamentaux

1. Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

2. Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3. Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.»

– dans un état fédéral, l'identification des collectivités politiques compétentes pour limiter, réaliser et protéger les droits et libertés.

II. L'état du droit belge relatif aux clauses transversales:

A. La «matrice» de 1831:

Le titre II de la Constitution belge a, dans une large mesure, échappé aux grands chantiers de révision constitutionnelle de ces dernières décennies; les principaux droits et libertés garantis y sont inscrits depuis l'origine. Dans le mécanisme de protection mis en place en 1831, on ne trouve que deux *clauses transversales explicites*: les articles 187 et 191.

van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.»

3°) de beginselen inzake de draagwijdte van de rechten en vrijheden, met name:

– het bepalen van de overheden die gebonden zijn door de grondwettelijke waarborg:

Artikel 1, § 3, van de Duitse Grondwet:

«Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.»

– het bepalen van de aard van de plichten die de overheid zijn opgelegd: de rechten eerbiedigen (de plicht tot niet-handelen), maar ze tevens ten uitvoer leggen (plicht tot handelen), en ze beschermen in de betrekkingen tussen privé-personen:

Artikel 35 van de Zwitserse Grondwet:

«Réalisation des droits fondamentaux

1. Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

2. Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3. Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.»

– in een federale staat dient te worden bepaald welke politieke entiteiten bevoegd zijn om de rechten en vrijheden in te perken, ten uitvoer te leggen en te beschermen.

II. Het Belgische recht en de transversale clausules – stand van zaken:

A. Het «model» van 1831:

De grote grondwetsherzieningsrondes van de jongste decennia zijn in grote mate voorbijgegaan aan Titel II van de Belgische Grondwet, aangezien de belangrijkste gewaarborgde rechten en vrijheden van bij het begin daarin waren vervat. De beschermingsregeling die in 1831 is ingesteld, bevat slechts twee *uitdrukkelijke transversale clausules*, namelijk de artikelen 187 en 191.

Article 187:

«*La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie.*»

Article 191:

«*Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi.*»

Le texte de 1831 comporte cependant des *clauses transversales implicites*:

– au point de vue de la possibilité de restreindre les droits et libertés, se manifeste une préférence accordée aux mesures *a posteriori* (régime de mesures répressives à l'égard des abus commis par les individus dans l'exercice des droits et libertés); ce système contraste avec celui de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'exclut pas les limitations préventives;

– lorsqu'elles sont admises, les restrictions sont l'apanage du législateur, c'est-à-dire d'une assemblée démocratiquement élue. Ce système diffère de celui de la Convention européenne des droits de l'homme, où les restrictions peuvent avoir pour base les normes émanant de n'importe quelle autorité, pourvu qu'elles soient suffisamment accessibles et prévisibles dans leurs effets; les restrictions ont donc un caractère formel: on se contente de désigner l'autorité compétente pour restreindre, sans énoncer les conditions de validité substantielles (légitimité du but poursuivi, proportionnalité des moyens). Ici encore, le système diffère de celui de la Convention européenne des droits de l'homme.

B. L'état actuel de la protection des droits et libertés:

Le développement des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dont la Convention européenne des droits de l'homme n'est qu'un exemple, et la primauté reconnue dans notre droit aux règles de droit international directement applicables sur la loi interne depuis l'arrêt de la Cour de cassation, *Le Ski*, du 27 mai 1971, ont entraîné un bouleversement du paysage constitutionnel; le titre constitutionnel consacrant

Artikel 187:

«*De Grondwet kan noch geheel, noch ten dele worden geschorst.*»

Artikel 191:

«*Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.*»

De tekst van 1831 bevat evenwel *impliciete transversale clausules*:

– wat de mogelijkheid betreft om de rechten en vrijheden in te perken, geeft de tekst de voorkeur aan maatregelen *a posteriori* (stelsel van strafmaatregelen ten aanzien van misbruiken door personen bij het uitoefenen van de rechten en vrijheden); die regeling staat in schril contrast met die van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat preventieve inperkingen niet uitsluit;

– voor zover inperkingen toegelaten zijn, kunnen zij alleen door de wetgever, met andere woorden een democratisch verkozen assemblee, worden ingesteld. Die regeling verschilt van de regeling van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Op grond daarvan mogen inperkingen immers berusten op normen die door eender welke overheid zijn opgelegd, op voorwaarde dat zij voldoende toegankelijk zijn en de gevolgen ervan duidelijk kunnen worden ingeschat. Het gaat derhalve om formele inperkingen, aangezien alleen wordt vermeld welke overheid bevoegd is om de inperkingen in te stellen, zonder melding te maken van de voornaamste geldigheidsvoorwaarden (legitimitéit van het nagestreefde doel, proportionaliteit van de middelen). Ook in dat opzicht verschilt de regeling van die van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

B. De huidige stand van zaken wat de bescherming van de rechten en vrijheden betreft:

De uitbouw van de internationale instrumenten ter bescherming van de rechten van de mens, waarvan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden slechts één voorbeeld is, alsook het feit dat sinds het arrest van het Hof van Cassatie, *Le Ski*, van 27 mei 1971 in ons recht wordt erkend dat de rechtstreeks toepasbare regels van internationaal recht voorrang hebben op het nationale recht,

cré aux Belges et à leur droits ne rend plus que partiellement compte de l'état actuel du régime de protection des droits et libertés dans notre système constitutionnel.

En pratique, et compte tenu du fait que les instruments internationaux de protection des droits et libertés contiennent une clause d'application de la garantie la plus favorable (cf. l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme), un «métissage» juridique s'est réalisé entre les «bases» de 1831 et les instruments internationaux en vigueur en Belgique, orchestré autour de plusieurs principes, dont notamment:

– la primauté des normes internationales lorsqu'elles sont plus protectrices des droits et libertés;

– la primauté de la garantie constitutionnelle lorsqu'elle est plus protectrice (Cour d'arbitrage, arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004);

– en dehors des hypothèses de contradiction entre les garanties internationale et constitutionnelle, pratique de «mise en œuvre combinée» des unes et des autres, et d'«interprétation conforme» des unes par rapport aux autres; alors que le texte constitutionnel n'en dit rien, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, entre autres, offre déjà de nombreux exemples de cette mise en œuvre combinatoire des deux systèmes de protection (cf. par exemple les arrêts n°33/94, du 26 avril 1994, n° 45/96, du 12 juillet 1996, et n° 154/2004, du 6 octobre 2004), d'où il résulte que l'interprétation des droits et libertés reconnus par la Constitution doit être au moins conforme aux instruments internationaux (arrêt n° 158/2004, du 20 octobre 2004).

Cour d'arbitrage, arrêt n° 158/2004, du 20 octobre 2004:

«B.5.2. (...).

Toutefois, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue ipso facto une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

hebben een grondige wijziging van de Grondwet teweeggebracht. De titel van de Grondwet inzake de Belgen en hun rechten weerspiegelt nog slechts ten dele de huidige stand van bescherming van de rechten en vrijheden in ons grondwettelijk stelsel.

Rekening houdend met het feit dat de internationale instrumenten ter bescherming van de rechten en vrijheden een clause bevatten inzake de toepassing van de meest gunstige waarborg (zie artikel 53 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden), blijkt dat in de praktijk een juridische «kruisbestuiving» heeft plaatsgevonden tussen de grondregels van 1831 en de in België vigerende internationale instrumenten. Die vermenging berust op meerdere beginselen, waaronder in het bijzonder:

– internationale normen krijgen voorrang op nationale normen, wanneer zij de rechten en vrijheden beter beschermen;

– de grondwettelijke waarborg krijgt voorrang wanneer hij een grotere bescherming inhoudt (Arbitragehof, arrest nr. 159/2004 van 20 oktober 2004);

– buiten de mogelijke gevallen van tegenspraak tussen de internationale en de grondwettelijke waarborgen, is er de praktijk waarbij «gezamenlijke toepassing» van de beide garanties en van «eensluidende uitlegging» van de ene ten aanzien van de andere geldt; de Grondwet zegt daar niets over, maar onder andere de rechtspraak van het Arbitragehof biedt reeds tal van voorbeelden van die gezamenlijke toepassing van de twee beschermingssystemen (zie bijvoorbeeld de arresten nr. 33/94 van 26 april 1994, nr. 45/96 van 12 juli 1996 en nr. 154/2004 van 6 oktober 2004), waaruit voortvloeit dat de interpretatie van de door de Grondwet erkende rechten op zijn minst in overeenstemming moet zijn met de internationale instrumenten (arrest nr. 158/2004 van 20 oktober 2004).

Arbitragehof, arrest nr. 158/2004 van 20 oktober 2004:

«B.5.2. (...)

Wanneer evenwel een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is met die van een of meer van de voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. De schending van een grondrecht houdt overigens ipso facto een schending in van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.

Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues.»

Cette pratique a généré l'apparition de nouvelles clauses transversales dans le droit constitutionnel des droits et libertés, et la modification, dans une mesure plus ou moins large, des clauses transversales explicites ou implicites existantes dans le texte de 1831:

1°) en ce qui concerne les limitations aux droits et libertés:

- sauf exception, les droits et libertés constitutionnellement garantis et les droits et libertés garantis par les instruments internationaux en vigueur en Belgique, sont susceptibles de restrictions;

- le principe de l'admissibilité des seules limitations répressives demeure bien vivace pour certains droits et libertés (liberté de presse, garantie par l'article 25 de la Constitution), liberté d'enseignement (article 24)), tandis qu'il s'amenuise pour d'autres droits (liberté d'expression générale garantie par l'article 19) ou disparaît carrément pour d'autres droits (droit au respect de la vie privée et familiale, à l'article 22);

- le principe demeure également selon lequel seul un acte législatif peut limiter les droits et libertés (jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'État);

- lorsqu'une limitation est autorisée, c'est sous condition de légitimité du but poursuivi (poursuite d'un intérêt général) et de proportionnalité des moyens employés pour y parvenir;

- l'interdiction de suspendre les droits et libertés, énoncée à l'article 187 de la Constitution, a été battue en brèche par la pratique: des circonstances historiques, telles que les conflits mondiaux, ont fait naître l'idée que l'article 187 de la Constitution ne vaudrait qu'en temps de paix (cf. l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège, toujours en vigueur et validé après guerre par la Cour de cassation);

- l'assimilation en principe complète de la situation des étrangers à celle des Belges: la possibilité de prévoir des exceptions au principe de l'égalité entre Bel-

Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aan-gevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn on-derzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarbor-gen.».

Die praktijk heeft geleid tot nieuwe transversale clau-sules in het grondwettelijk recht van de rechten en vrij-heden, en tot de wijziging, in min of meer ruime mate, van de in de tekst van 1981 bestaande expliciete of im-pliciete transversale clausules:

1°) wat de inperkingen van de rechten en vrijheden betreft:

- behoudens uitzondering, kunnen de grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden en de rechten en vrijheden die gewaarborgd zijn door de internationale instrumenten die in België van kracht zijn, worden inge-perkt;

- het principe dat alleen repressieve beperkingen toe-laatbaar zijn, blijft wel degelijk gelden voor sommige rechten en vrijheden (persvrijheid, gewaarborgd door 25 van de Grondwet, vrijheid van onderwijs (artikel 24)), terwijl het voor andere rechten aan kracht verliest (al-gemene vrijheid van meningsuiting gewaarborgd door artikel 19 van de Grondwet) of voor sommige rechten zelfs helemaal niet meer geldt (recht op de eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven, artikel 22);

- ook het principe dat alleen een wet de rechten en vrijheden kan beperken, houdt stand (vaste rechtspraak van de afdeling wetgeving van de Raad van State);

- een beperking is toegestaan op voorwaarde dat het nagestreefde doel rechtmatig is (nastreving van een al-gemeen belang) en dat de middelen die worden aange-wend om het te bereiken evenredig zijn;

- het in artikel 187 van de Grondwet vervatte verbod de rechten en vrijheden te schorsen, is in het gedrang gekomen door de praktijk: als gevolg van historische omstandigheden, zoals de wereldoorlogen, heeft de idee ingang gevonden dat artikel 187 van de Grondwet alleen geldt in vreedstijd (zie de besluitwet van 11 oktober 1916 betreffende de staat van oorlog en de staat van beleg, die nog steeds van kracht is en die na de oorlog door het Hof van Cassatie werd bekrachtigd);

- de in principe volledige gelijkschakeling van de si-tuatie van de vreemdelingen met die van de Belgen: de door artikel 191 van de Grondwet geboden mogelijk-

ges et étrangers, ouverte par l'article 191 de la Constitution, a été neutralisée par la Cour d'arbitrage depuis 1994.

2°) en ce qui concerne l'interprétation des droits et libertés:

– la Cour d'arbitrage semble parfois interpréter les droits et libertés constitutionnellement garantis comme s'ils étaient affectés d'une clause d'interdiction d'abus de droit comparable à celle de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme (cf. les arrêts n° 45/96, du 12 juillet 1996, et n° 10/2001, du 7 février 2001);

Cour d'arbitrage, arrêt n° 45/96, du 12 juillet 1996:

«B.10.4. En vertu de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, la neutralité de l'enseignement communautaire implique notamment que soient respectées les conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

Le respect de l'obligation de neutralité ne saurait dès lors impliquer qu'on puisse émettre des opinions ou qu'on doive tenir compte d'opinions telles que celles réprimées par la loi litigieuse et qui, comme il a été dit déjà, portent atteinte à l'honneur et à la réputation d'autrui et constituent une menace pour la démocratie et compromettent ainsi directement ces droits et libertés.»

– les juridictions belges prennent le parti d'interpréter les droits et libertés constitutionnellement garantis de manière conforme à leurs homologues internationaux (Cour d'arbitrage, arrêt n° 158/2004, du 20 octobre 2004, cité plus haut).

3°) en ce qui concerne la portée des droits et libertés:

– les droits et libertés lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire;

– l'autorité doit non seulement respecter ces droits et libertés, mais doit en plus les réaliser et les protéger dans les rapports entre particuliers par des mesures positives; cette obligation de réalisation et de protection est un leitmotiv des dernières révisions constitutionnelles (cf. articles 22, alinéa 2, 22bis, alinéa 2, 32, 23 et 11bis de la Constitution: référence systématique à l'action législative aux fins de mise en œuvre des droits consacrés) et reçoit les faveurs de la doc-

heid te voorzien in uitzonderingen op het beginsel van gelijkheid tussen Belgen en vreemdelingen is sinds 1994 ontkracht door het Arbitragehof.

2°) wat de uitlegging van de rechten en vrijheden betreft:

– het Arbitragehof lijkt de grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden soms in dier voege uit te leggen als zouden ze worden getroffen door een clausule van verbod van rechtsmisbruik die vergelijkbaar is met die van artikel 17 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (zie de arresten nr. 45/96 van 12 juli 1996 en nr. 10/2001 van 7 februari 2001);

Arbitragehof, arrest nr. 45/96 van 12 juli 1996:

«B.10.4. Krachtens artikel 24, § 1, derde lid, van de Grondwet, houdt de neutraliteit van het gemeenschaps-onderwijs onder meer in dat de filosofische, ideologische en godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen worden geëerbiedigd.

Het naleven van de neutraliteitsverplichting kan niet impliceren dat meningen moeten kunnen worden geuit of dat met meningen rekening moet worden gehouden zoals die welke bestraft worden door de bestreden wet en, zoals hiervoor is gezegd, de eer en de goede naam van anderen aantasten en een bedreiging vormen voor de democratie en aldus die rechten en vrijheden rechtstreeks bedreigen.».

– de Belgische gerechten geven aan de grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden een uitlegging die overeenstemt met die van hun internationale tegenhangers (zie het voormelde arrest nr. 158/2004 van 20 oktober 2004 van het Arbitragehof).

3°) wat de reikwijdte van de rechten en vrijheden betreft:

– de rechten en vrijheden zijn bindend voor de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht;

– de overheid moet die rechten en vrijheden niet alleen in acht nemen, ze moet ze bovendien aan de hand van positieve maatregelen ten uitvoer leggen en beschermen in de betrekkingen tussen particulieren; die verplichting van totstandbrenging en bescherming is een leidmotief van de jongste grondwetsherzieningen (zie de artikelen 22, tweede lid, 22bis, tweede lid, 32, 23 en 11bis van de Grondwet: systematische verwijzing naar het wetgevend optreden met het oog op de toepassing

trine et de la jurisprudence s'agissant des autres droits et libertés;

– lorsque un droit ou une liberté n'est pas immédiatement exigible en justice, mais doit au préalable recevoir une concrétisation de la part d'un législateur, sa garantie constitutionnelle peut-être assortie d'une obligation de *standstill* ;

Voir à ce sujet, l'arrêt de la Cour d'arbitrage, n° 169/2002, du 27 novembre 2002: la portée de l'obligation dite de *standstill* est de maintenir le bénéfice des normes en vigueur en interdisant d'aller à l'encontre des objectifs qu'elles poursuivent, sans pour autant conférer de droits subjectifs précis. Cette disposition constitutionnelle impose au(x) législateur(s) de ne pas porter atteinte au droit garanti par la législation qui était applicable le jour où l'article 23 est entré en vigueur, mais elle ne peut toutefois s'entendre comme imposant à chaque législateur, dans le cadre de ses compétences, de ne pas toucher aux modalités prévues par la loi; elle leur interdit seulement d'adopter des mesures qui marqueraient un recul *significatif* aux droits garantis par l'article 23, alinéa 1^{er}, et alinéa 3, 2°, de la Constitution, mais elle ne les prive pas du pouvoir d'apprécier de quelle manière ce droit sera le plus adéquatement assuré.

– enfin, sur le plan de la répartition des compétences, sauf disposition en sens contraire dans la Constitution ou dans les lois spéciales de réforme institutionnelle, la compétence de limiter et de mettre en œuvre (réaliser et protéger) les droits fondamentaux est une compétence parallèle de l'État, des communautés et des régions (Cour d'arbitrage, arrêt n°124/99, du 25 novembre 1999): chaque collectivité procède à cette limitation ou à cette mise en œuvre dans le cadre de ses compétences.

Voir l'arrêt de Cour d'arbitrage n° 51/2003, du 30 avril 2003, B.4.12.:

«Sans doute découle-t-il de l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution que seul le législateur fédéral peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité, mais cette compétence ne peut raisonnablement concerner que les restrictions générales à ce droit, applicables dans n'importe quelle matière. En juger autrement signifierait que certaines compétences des communautés et des régions seraient vidées de leur substance. Une ingérence dans la vie privée et familiale qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée

van de bekrachtigde rechten) en ze vindt bijval in de rechtsleer en de rechtspraak wat de andere rechten en vrijheden betreft;

– als een recht of een vrijheid niet rechtstreeks in rechte opeisbaar is, maar de wetgever er vooraf concreet gestalte moet aan geven, kan de grondwettelijke waarborging ervan gepaard gaan met een *standstill*-verplichting;

Zie in dat verband, Arbitragehof, arrest nr. 169/2002, van 27 november 2002: de strekking van de zogenaamde «*standstill*-verplichting» bestaat erin om, zonder daarom precieze subjectieve rechten te verlenen, de voordelen van de van kracht zijnde normen te handhaven door het verbod in te stellen om tegen de nagestreefde doelstellingen in te gaan. Die grondwetsbepaling legt de wetgevers de verplichting op om geen afbreuk te doen aan het recht dat wordt gewaarborgd in de wetgeving die van toepassing was op de dag dat artikel 23 in werking is getreden, maar zij kan echter niet zo worden begrepen dat ze elke wetgever, in het raam van zijn bevoegdheden, de verplichting oplegt om niet te raken aan de modaliteiten die zijn bedoeld in de wet; zij verbiedt hun alleen maar maatregelen aan te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen van het in artikel 23, eerste lid en derde lid, 2°, van de Grondwet gewaarborgde recht, maar zij ontzegt hun niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze zou worden gewaarborgd.

– op het vlak van de bevoegdheidsverdeling ten slotte is, behoudens andersluidende bepaling in de Grondwet of in de bijzondere wetten tot hervorming der instellingen, de bevoegdheid om de grondrechten te beperken en ten uitvoer te brengen (realiseren en beschermen) een parallelle bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten (Arbitragehof, arrest nr. 124/99, van 25 november 1999): elke overheid zorgt in het kader van haar bevoegdheden voor die beperking of uitvoering.

Zie Arbitragehof, arrest nr. 51/2003, van 30 april 2003, B.4.12.:

«Weliswaar vloeit uit artikel 22, eerste lid, van de Grondwet voort dat enkel de federale wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op de eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven kan worden beperkt, maar die bevoegdheid kan redelijkerwijze slechts betrekking hebben op de algemene beperkingen van dit recht, die van toepassing zijn op welke aangelegenheid ook. Daarover anders oordelen zou betekenen dat bepaalde bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten zouden worden uitgehouden. De omstandigheid dat een inmenging

relève, dès lors, du législateur compétent pour régler cette matière.»

III. L'opportunité de «codifier» les clauses transversales héritées des textes ou issues de la pratique.

Comme précédemment souligné, les instruments internationaux ou constitutionnels les plus récents (ex.: Constitution suisse, Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne) ont opté pour le système de clauses transversales.

Le droit constitutionnel belge «vivant» des droits et libertés a généré un certain nombre de principes suffisamment généraux pour qu'il vaille la peine de s'interroger sur l'opportunité de les «codifier» sous forme de clauses transversales. Le recours à de telles clauses présente au moins deux avantages:

- allègement formel du catalogue des droits et libertés: les dispositions qui consacrent chacun de ceux-ci peuvent s'abstenir d'énoncer les principes relatifs à leur limitation, à leur interprétation, et à leur portée; ce «gain de place» permet aux dites dispositions d'être, le cas échéant, plus «prolixes» quant au contenu des droits et libertés qu'elles consacrent;

- l'énoncé de «principes généraux» permet d'avoir une base pour la résolution de difficultés non prévues par avance (existence d'un «droit commun»).

Les clauses transversales explicites ne sont cependant opportunes que si le nombre de dérogations apportées aux principes qu'elles posent, au niveau de l'un ou l'autre droit particulier, demeure en nombre réduit. Lorsque l'étendue des exceptions surpasse l'étendue du principe, la consécration explicite du principe perd de son intérêt. Par définition, une telle situation est difficile à anticiper *a priori*, c'est-à-dire, avant que n'ait été examinée, au cas par cas, la portée assignée en pratique à chacun des droits et libertés actuellement en vigueur en Belgique.

Toutefois, et pour avancer, une méthode de travail constructive et fructueuse consisterait en la rédaction «à l'essai» de clauses transversales fondées sur des tendances «générales» de la pratique, dont on verrait après coup si, et dans quelle mesure, elles peuvent «tenir la route», sans multiplication excessive des régimes d'exception, au niveau de chaque droit et de chaque liberté.

in het privé-leven en het gezinsleven het gevolg is van de regeling van een welbepaalde aan de decreetgever toegewezen aangelegenheid doet geen afbreuk aan diens bevoegdheid.»

III. Opportuniteit om uit de teksten overgeërfde of uit de praktijk voortkomende transversale clausules te «codificeren»

Zoals hiervoor is onderstreept, hebben de recentste internationale of grondwettelijke instrumenten (vb.: Zwitserse grondwet, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) gekozen voor de toepassing van transversale clausules.

Het «levende» Belgische grondwettelijk recht inzake rechten en vrijheden heeft een aantal voldoende algemene principes voortgebracht, zodat het de moeite loont zich af te vragen of het opportuun is ze te «codificeren» in de vorm van transversale clausules. Kiezen voor dergelijke clausules heeft op zijn minst twee voordelen:

- duidelijke verlichting van de opsomming van rechten en vrijheden: in de bepalingen waarbij deze telkens worden bekrachtigd, moeten niet langer de principes met betrekking tot de inperking, de interpretatie en de strekking ervan worden vermeld; dankzij die «plaatswinst» kunnen de genoemde bepalingen eventueel «breedvoeriger» zijn wat de inhoud van de bekrachtigde rechten en vrijheden betreft;

- door «algemene principes» te verwoorden beschikt men over een basis om onverwachte moeilijkheden op te lossen (bestaan van een «gemeen recht»).

Uitdrukkelijke transversale clausules zijn evenwel maar opportuun als het aantal afwijkingen van de gestelde beginselen, op het stuk van een of ander bijzonder recht, beperkt blijft. Als het toepassingsgebied van de uitzonderingen het toepassingsgebied van het beginsel overtreft, verliest de uitdrukkelijke bekrachtiging van het beginsel haar zin. Uiteraard is een dergelijke situatie *a priori* moeilijk te voorzien, dit wil zeggen vóór, geval per geval, de feitelijke draagwijdte van de momenteel in België geldende rechten en vrijheden is onderzocht.

Om de zaken te doen vooruitgaan zou een constructieve en vruchtbare werkwijze echter kunnen bestaan in de redactie, bij wijze van test, van transversale clausules die zijn gebaseerd op «algemene» tendensen uit de praktijk, waarbij men achteraf zou zien, of, en in welke mate, zij standhouden, zonder evenwel op het vlak van elk recht en elke vrijheid tot een buitensporige vermenigvuldiging van uitzonderingsregelingen te leiden.