

Tijdschrift

voor

Mensenrechten

TvMR

MENSENRECHTENMENSE
ECHTENMENSENRECHTE
ENMENSENRECHTENMEN
ECHTENMENSENRECHTE
NMENSENRECHTENMENSE
ECHTENMENSENRECHTE
MENSENRECHTENMENSEN
TENRECHTENMENSENRE
MENSENRECHTENMENSE
ECHTENMENSENRECHTE
HTENMENSENRECHTENM
ECHTENMENSENRECHTE
CHTNMENSENRECHTENM
ENMENSENRECHTENMENS
CHTENMENSENRECHTEN
HTENMENSENRECHTENM
CHTENMENSENRECHTEN
ECHTENMENSENRECHTE
RECHTENMENSENRECHT
ENMENSENRECHTENRECH

zevende jaargang • januari-februari-maart 2009 • nr. 1

driemaandelijks uitgave

TvMR is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten v.z.w.

- Inhoud**
- Update 2**
- VN-Mensenrechtencomité veroordeelt België in de zaak Sayadi en Vinck
 - Gebrek aan motivering in assisen
 - Klachtrecht voor schendingen van economische, sociale en culturele rechten
- Editoriaal 3**
- Veel vraagtekens bij de nieuwe regeling A.N.G.
Maartje De Schutter
- Interview 4**
- Democratisering in Burundi: mensenrechten en de opkomst van de rechtsstaat
TvMR sprak met Gérard Niyungeko, rechter bij het Afrikaans Hof van Justitie en Mensenrechten
Karen Van Laethem & Paul De Hert
- Artikelen 7**
- Artikel 23 van de Grondwet: sociale grondrechten twee decennia ter discussie
Maxime Stroobant
 - Het recht op gezondheid als basis voor mondiale solidariteit: wat met het Wereldfonds ter bestrijding van AIDS, Tuberculose en Malaria?
Gorik Ooms
- Rechtspraak 15**
- Straatsburg roept controlemaatschappij een halt toe
Aagje leven

Afgiftekantoor: 9000 Gent 1
Bg TvMR PA3A9108
Afsendadres: Liga voor Mensenrechten
Gebroeders De Smetstraat 75
9000 Gent
V.U.: Jos Vander Velpen
Gebroeders De Smetstraat 75
9000 Gent

LIGA XI
VOOR **MENSENRECHTEN**^{NL}
www.mensenrechten.be

TvMR

Tijdschrift voor Mensenrechten
Driemaandelijks uitgave
Verschijnt vier keer per jaar
Aanbevolen citeerwijze: TvMR

Redactie

Hoofredacteur: Eva Brems
Eindredacteur: Astrid Thienpont
Redactie: Fiona Ang, Willem Debeuckelaere, Paul De Hert, Marie Delplace, Yves Haeck, Alexander Hoefmans, Aagje Leven, Véronique Joosten, Karen Meerschaut, Paul Pataer, Stefan Sottiaux, Maxime Stroobant, Diederik Vandendriessche, Pieter Vanden Heede, Wouter Vandenhole, Nathalie Van Leuven, Karen Van Laethem, Mieke Verheyde

Vormgeving: Bram Wets

Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw.

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

Redactiesecretariaat

Liga voor Mensenrechten vzw
Gebroeders De Smedtstraat 75, 9000 Gent
tel: 09 223 07 38 – fax: 09 223 08 48
e-mail: info@mensenrechten.be
website: www.mensenrechten.be

Redactionele samenwerking en disclaimer

Het Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw. De redactie heeft een volstrekt autonoom statuut. Het TvMR strekt tot het aanmoedigen van het onderzoek naar actuele mensenrechtenthema's en het verspreiden van de kennis hierover. Voor publicatie aangeboden teksten, arresten en vonnissen en te bespreken boeken mogen rechtstreeks naar het redactiesecretariaat worden gestuurd. De redactie behoudt zich alle rechten voor de publicatie van ingezonden artikels, werken, advertenties, ed. te weigeren. Aan de totstandkoming van deze publicatie is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden de redactie en de uitgever geen verantwoordelijkheid. Elke auteur is verantwoordelijk voor zijn/haar eigen redactionele bijdragen.

Lidmaatschap Liga voor Mensenrechten en jaarabonnementen

Lid + abonnement op Tijdschrift voor Mensenrechten: 27 €
Lid + abonnement op Fatik, tijdschrift voor Straffeleid en Gevangeniswezen: 35 €
Lid + abonnement op beide tijdschriften: 60 €
Steunend lid + abonnement op beide tijdschriften: 96 €
Lid zonder abonnement: 5 € per jaar

Het is ook mogelijk om, losgekoppeld van het lidmaatschap, een abonnement op de tijdschriften te bekomen. Meer informatie bij Liga voor Mensenrechten.

De inhoudstafels van de oudere jaargangen zijn consulteerbaar op de website van de Liga voor Mensenrechten - www.mensenrechten.be

© Niets uit deze publicatie mag worden vervoelvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, elektronische gegevensdragers of welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande, uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uit respect voor mens en milieu wordt TvMR gedrukt op kringlooppapier en zonder vluchtige Organische Stoffen door Druk in de Weer, Gent.

VN-Mensenrechtencomité veroordeelt België in de zaak Sayadi en Vinck

Na een uitspraak tegen de Belgische staat op 11 februari 2005 door de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel in de zaak Sayadi en Vinck heeft nu ook het VN-Mensenrechtencomité België op de vingers getikt. Sayadi en Vinck werden in de nasleep van 9/11 op de VN-sanctielijst geplaatst wegens banden met de vermeende terroristische groepering Global Relief Foundation. Hun rekeningen en tegoeden werden geblokkeerd. De Brusselse rechter oordeelde dat hun namen van de VN-sanctielijst dienden gehaald te worden. Dit vereist echter unanimité binnen het VN-sanctiecomité en de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk liggen dwars. Sayadi en Vinck hoopten via het VN-Mensenrechtencomité alsnog een doorbraak te forceren. Dit Comité heeft inderdaad in zijn uitspraak op 9 december 2008 België veroordeeld wegens inbreuken op het BUPO-Verdrag en maant de Belgische overheid alsnog aan om alle mogelijke maatregelen te nemen om de schrapping van de lijst te bekomen en een eventuele vergoeding toe te kennen.

Gebrek aan motivering in assisen

Op 13 januari 2009 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de Belgische staat veroordeeld wegens schending van artikel 6 EVRM en dit hoofdzakelijk omwille van de afwezigheid van een motiveringsplicht voor de jury in een assisenproces. Volgens de huidige assisenprocedure moeten juryleden hun overtuiging met betrekking tot de schuldvraag niet motiveren. De strafmaat moet sinds de wet van 30 juni 2000 wel gemotiveerd worden. Volgens het Europees Hof kan dit niet. Taxquet diende minstens te beschikken over een samenvatting van de hoofdredenen van de jury voor het positief dan wel negatief antwoorden op elk van de schuldvragen. Zoniet kan de betrokkene de indruk krijgen van een arbitraire justitie. Bovendien kan het Hof van cassatie zonder een motivering van de schuldvraag geen efficiënte controle uitoefenen. Minister van Justitie De Clercq kondigde aan onmiddellijk werk te zullen maken van een bredere hervorming van de assisenprocedure. Die hervorming is overigens al langer op til.

Klachtrecht voor schendingen van economische, sociale en culturele rechten

Op 10 december 2008 heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een facultatief protocol bij het Internationaal Verdrag over Economische, Sociale en Culturele Rechten aangenomen. Die aanname op de 60^{ste} verjaardag van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens bekroont bijna twee decennia van werk. Ze beslecht ook de discussie over de al dan niet rechterlijke toetsbaarheid van economische, sociale en culturele rechten.

Het protocol voorziet een individueel en interstatelijk klachtrecht, en een onderzoeksprocedure. De twee laatstgenoemde procedures zijn optioneel.

Grootste twistpunt tijdens de onderhandelingen was of er in een expliciete toetsingsgrond moest voorzien worden om te oordelen of een staat zijn algemene verplichting tot progressieve realisatie ten belope van de maximaal beschikbare middelen is nagekomen. Uiteindelijk is er in artikel 8.4 van het Protocol wel een verwijzing naar redelijkheid opgenomen, maar niet naar een (ruime) nationale appreciatiemarge.

In het Protocol is gekozen voor een alomvattende benadering inzake de rechten die vatbaar zijn voor een klacht. Een aantal landen stonden een *à la carte*-benadering voor, of wilden bepaalde rechten uitsluiten. Zij hebben het echter niet gehaald.

De vraag van de Afrikaanse groep om een fonds op te richten ter vergoeding van slachtoffers van schendingen van economische, sociale en culturele rechten is niet ingewilligd. Wel zal een fonds opgericht worden om staten expertenadvies en technische bijstand te verstrekken.

Het Protocol wordt in de loop van 2009 opengesteld voor ondertekening.

Veel vraagtekens bij nieuwe regeling A.N.G.

Eind vorig jaar ontstond er veel commotie toen de krant *Le Soir* in een artikelenreeks publiek maakte dat onze regering een ontwerp van Koninklijk Besluit (KB) had opgesteld dat het beheer van persoonsgegevens door de politie in de Algemene Nationale Gegevensbank (A.N.G.) moest regelen. Het ontwerp van Koninklijk Besluit regelt dan ook een zeer belangrijke aangelegenheid, met name het functionele informatiebeheer bij de politie.

Kort samengevat laat het KB toe dat de politie voortaan de meest uiteenlopende en gevoelige persoonsgegevens van burgers kan verzamelen, en dit reeds vanaf de leeftijd van veertien jaar! Het gaat hierbij onder meer om biometrische kenmerken (zoals vingerafdrukken, DNA, etc.), de seksuele geaardheid, de fysieke en mentale gezondheid, de samenstelling van het gezin, de financiële situatie, de consumptiegewoonten, de politieke of religieuze overtuiging, de etnische afkomst (hoewel dit absoluut geen éénduidig criterium is) en nog veel meer. De keuze voor deze gegevens doet vermoeden dat men op basis van deze gegevens allerlei gevaarlijke associaties maakt met criminaliteit en crimineel gedrag. Deze informatie hoeft niet noodzakelijk uit een strafrechtelijk onderzoek voort te komen, ook tips van informanten, informatie op basis van allerhande bewakingscamera's, pro-actief politiewerk of bestuurlijk politiewerk (zoals verkeerscontroles, observaties bij manifestaties) kunnen in die zelfde nationale gegevensbank worden opgeslagen. Het gaat hierbij dus niet uitsluitend over veroordeelde delinquenten, maar ook ten aanzien van bijvoorbeeld slachtoffers of getuigen kunnen persoonsgegevens worden geregistreerd. Met andere woorden, zowat iedereen kan in deze Algemene Nationale Gegevensbank terecht komen.

Wat dit gegeven nog problematischer maakt, is het feit dat het ontwerp van KB onvoldoende preciseert in welke mate er in deze nationale gegevensbank een onderscheid zal worden gehandhaafd tussen zachte en harde informatie, tussen bestuurlijke en gerechtelijke informatie, en in welke mate er een doorstroming is van gegevens uit bijzondere gegevensbanken (bijvoorbeeld van (buitenlandse) veiligheids- en inlichtingendiensten). Ook de toegang tot, en het verdere gebruik van, deze belangrijke informatie is onvoldoende duidelijk gereguleerd in het huidige KB. Net zoals de (lange) bewaartermijnen van deze gegevens, en de regels voor hun uitwisseling.

Ten slotte moeten we ook opmerken dat de bestaande interne en externe controle mogelijkheden ten aanzien van het registreren en het raadplegen van de gegevens in de A.N.G. niet volstaan. Nochtans is dit broodnodig. Zo heeft het Comité P in haar afgelopen jaarverslagen melding gemaakt van een veel voorkomend misbruik van deze gegevens in de A.N.G. door politie-agenten voor persoonlijke doeleinden en heeft zij bijgevolg continu gehamerd op de noodzaak om de nodige maatregelen hiertegen te treffen.

De Liga voor Mensenrechten begrijpt uiteraard dat de politie bij haar dagelijkse werking gebruik moet kunnen maken van bepaalde persoonsgegevens en is ook zeer tevreden met het feit dat er nu eindelijk officiële regels worden opgesteld. Op dit moment functioneert het informatiebeheer bij de politie immers al ruim 10 jaar zonder duidelijke, wettelijke regels. Dit betekent echter niet dat we tevreden moeten zijn met eender welke wettelijke regeling. De jongste jaren heeft de politie een grote autonomie verworven bij het bepalen van de informatie die al of niet kan worden opgeslagen; een tendens die nog wordt versterkt door het voorliggende KB. Deze verzelfstandiging van de politie heeft geleid tot een enorme hoeveelheid aan geregistreerde gegevens in de algemene nationale gegevensbank. Mensen lopen een steeds groter risico om te worden geficheerd op basis van onduidelijke criteria en vaak zonder dat men hiervan op de hoogte is. Op deze manier wordt er definitief afstand gedaan van het vermoeden van onschuld, en komt men terecht in een samenleving die haar eigen burgers wantrouwt in plaats van ze te beschermen. Dit ontwerp van KB is dan ook een zoveelste uiting van een 'cultuur van controle' die de laatste decennia steeds meer genormaliseerd wordt in onze West-Europese samenleving en die meer gericht is op uitsluiting dan op solidariteit, meer op sociale controle dan op sociale voorzieningen, en meer op de vrijheid van de markt dan op fundamentele vrijheden van universeel burgerschap.

Deze gevaarlijke evolutie maakt een fundamenteel publiek debat des te noodzakelijker. Het zoeken naar het juiste evenwicht tussen het vrijwaren van onze burgerrechten enerzijds, met name het recht op bescherming van onze persoonlijke levenssfeer, en het streven naar veiligheid en openbare orde anderzijds is immers niet alleen een zeer moeilijke oefening, maar zou in een democratische rechtstaat ook principieel via een openbaar en parlementair debat moeten plaatsvinden.

Maartje De Schutter *

** Maartje De Schutter is beleidsmedewerker bij de Liga voor Mensenrechten. Standpunten ingenomen in deze rubriek zijn van strikt persoonlijke aard.*

Democratisering in Burundi: mensenrechten en de opkomst van de rechtsstaat

TvMR sprak met Gérard Niyungeko, rechter bij het Afrikaans Hof van Justitie en Mensenrechten

Karen Van Laethem & Paul De Hert *

Gérard Niyungeko is rechter bij het Afrikaans Hof van Justitie en Mensenrechten. Dit Hof is het resultaat van een recente fusie tussen het Afrikaans Hof van Justitie van de Afrikaanse Unie en het Afrikaans Hof inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren. Tezelfdertijd is hij professor aan de faculteit rechten van de Universiteit van Burundi.

Naast zijn prominente rol in het Afrikaans systeem ter bescherming van de rechten van de mens heeft Gérard Niyungeko een uiterst bewogen leven en carrière doorlopen. Hij staat in Burundi onder meer bekend voor zijn bijdrage in het opstellen van de Burundese Grondwet van 1992 en voor zijn rol als voorzitter van het Burundese Grondwettelijke Hof in de eerste jaren van activiteit van dit Hof. Met veel animo gaf Gérard Niyungeko ons een kijk in zijn parcours en werkzaamheden.

TvMR: Burundi is lang geteisterd door een bloedige burgeroorlog tussen Hutu's en Tutsi's. Vandaag is het land nog volop in een herstelfase. Hoe verliep uw jeugd in Burundi? Hebben de tragische gebeurtenissen een rol gespeeld in de oriëntering van uw carrière?

Gérard Niyungeko (Niyungeko): Ik werd geboren in 1954 in Burundi en heb een gelukkige, vreedzame jeugd gehad. In 1972 werd Burundi getroffen door tragische gebeurtenissen die het hele land getekend hebben, zelfs de rurale streken. De hele Burundese maatschappij werd getroffen door deze burgeroorlog die 15 jaar duurde. Dit heeft het vermogen van de burgers om objectief te oordelen sterk beïnvloed. Met de tijd zal dit verbeteren, onder andere door zich te oriënteren naar de toekomst.

Op het ogenblik van de eerste tragische gebeurtenissen zat ik nog op de middelbare school. In 1975 begon ik een rechtenopleiding aan de Nationale Universiteit van Burundi, Bujumbura. Deze zelfde universiteit kent nu punctuele samenwerkingsprogramma's met de Universiteit Antwerpen, onder leiding van Prof. Bossuyt. Mijn keuze voor een rechtenopleiding steunt op twee

redenen. Ten eerste omdat het recht de rechtvaardigheid dient. Ten tweede omdat ik zelf het recht wou onderwijzen. Na mijn rechtenstudie verkreeg ik een assistentschap aan de Universiteit van Burundi. Vervolgens studeerde ik af met een Master's diploma in Internationaal Recht aan de Université Libre de Bruxelles en behaalde ik het Diploma voor Internationaal Recht aan de Academie voor Internationaal Recht te Den Haag. In 1988 voltooide ik een doctoraal proefschrift met betrekking tot het bewijsrecht voor internationale jurisdicties aan de Université Libre de Bruxelles onder Jean Salmon.¹ Na deze leerrijke ervaringen keerde ik terug naar Burundi om professor te worden aan de Universiteit van Burundi. Ik onderwijs er onder meer internationaal publiekrecht, grondwettelijk recht en mensenrechten.

TvMR: Welke rol heeft u vervuld bij de opstelling van de Burundese Grondwet van 1992?

Niyungeko: De Burundese Grondwet is het werk van een grondwettelijke commissie waarvan ik voorzitter was. Deze commissie werd opgericht door de president van de republiek en was samengesteld uit vertegenwoordigers van alle politieke en etnische strekkingen van dat tijdperk. In de schoot van deze commissie werd een rapport over de democratisering van Burundi geschreven en gepubliceerd. Dit rapport werd vervolgens uitgelegd in een authentieke nationale volksraadpleging. Hiertoe werd het rapport als het ware mondeling toegelicht in de gemeenten en 'collines' door mensen die daarvoor opgeleid waren. De reserves en kritieken van de bevolking werden daarop gesynthetiseerd en verwerkt in een eerste voorontwerp van de Grondwet. Dit voorontwerp werd opnieuw, op dezelfde wijze, voorgelegd aan de Burundese bevolking. In een derde fase werd het ontwerp van de Grondwet nogmaals onderworpen aan een nationaal referendum. Tot mijn grote spijt mislukte dit experiment door de tragische gebeurtenissen van 1993.²

* Karen Van Laethem en Paul De Hert zijn lid van de VUB-Onderzoeksgroep Mensenrechten. Eerstgenoemde is FWO-aspirante aan de Vrije Universiteit Brussel.

1 G. NIYUNGEKO, La preuve devant les juridictions internationales, Prix Henri Rolin, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p.

TvMR: Welke elementen kenmerken de Grondwet van 1992? Welke plaats wordt er aan de mensenrechten gegeven?

Niyungeko: De Grondwet van 1992 wordt gekenmerkt door 5 belangrijke karakteristieken. Het was de eerste pluralistische Grondwet in Burundi, ze brak met 30 jaren eenpartijsysteem. Ook werd er een belangrijke focus gelegd op mensenrechten door internationale mensenrechteninstrumenten in nationale Burundese wetgeving te integreren. Verder zorgde de Grondwet voor de oprichting van een Grondwettelijk Hof dat over een grote macht beschikte om wetten te toetsen aan deze Grondwet. De Grondwet introduceerde de idee dat politieke partijen en instellingen moeten worden opgericht 'in een geest van nationale eenheid van Burundi, rekening houdend met de etnische gevoeligheden'. Dit maakt komaf met de vroegere indeling op grond van regionale of etnische affiniteit. Vervolgens stelde de Grondwet dat de democratisering van Burundi op het terrein gesteund moest worden volgens een traditionele Burundese instelling, namelijk het concept van de 'integere persoon, erkend voor zijn rechtvaardigheid' en dus niet langer volgens lidmaatschap van een bepaalde politieke partij. In het dagelijkse leven vertaalt dit concept zich in die zin dat verkiezingen niet moeten gebeuren op basis van de politieke affiliatie, maar op basis van de inherente kwaliteit van bepaalde personen. Het is ook deze persoon die lokale conflicten kon regelen in een geest van verzoening. Met deze elementen betrachtte deze Grondwet de effectiviteit van de rechtsstaat te waarborgen.

TvMR: Heeft dit nieuwe systeem, ingesteld door de Grondwet van 1992, en het nieuwe opgerichte Grondwettelijk Hof zijn vruchten afgeworpen?

Niyungeko: Hoewel dit systeem in 1995 bleek te mislukken heeft het toch belangrijke zaken verwezenlijkt. Van 1992 tot 1996 ben ik president geweest van het Grondwettelijk Hof van Burundi. Dit Hof was reeds werkzaam voor de verkiezingen van 1993 en velde een aantal mijlpaalarresten met betrekking tot de idee van de rechtsstaat. Het concept van de rechtsstaat was toen nog niet bekend in Afrika, zo primeerde bijna overal nog het eenpartijsysteem volgens hetwelk de partij boven alles staat. Dit was een zeer beduidende bijdrage voor de democratisering van Burundi. De idee dat de regeerders niet boven de wet staan, was toen nog niet aanvaard. Zo zorgde ons eerste vernietingsarrest voor heel wat ophef binnen de ministerraad, waarbij de president een aantal ministers moest overtuigen

van de meerwaarde van grondwettelijke toetsing van gestemde wetgeving.

TvMR: Hoe komt het dat het systeem heeft gefaald?

Niyungeko: Zoals ik al eerder vertelde was het concept van de rechtsstaat toen nog niet gekend in de meeste Afrikaanse landen. Tussen 1965 en 1985 leefde nog overal het eenpartijsysteem. Met de golf van democratisering begon de idee van een Grondwettelijk Hof reeds begin jaren '90 op te leven en heeft het doorheen Afrika wijde toepassing gekregen. In Burundi heeft het Grondwettelijk Hof onmiddellijk moeten werken in een crisisperiode. Nu is het Hof zwakker dan tevoren. Ik denk dat het Hof een stevigere positie had kunnen bekleden indien het in een stabielere context werkzaam was geweest.

TvMR: Burundi is een tijdlang een Belgisch mandaatgebied geweest. Heeft het Belgisch recht een belangrijke invloed gehad op het Burundees recht?

Niyungeko: Het volledige Burundese rechtssysteem is beïnvloed door Belgisch en burgerlijk koloniaal recht. Al is het Burundese rechtssysteem ondertussen grondig gewijzigd, toch blijft deze invloed aanwezig. In het Burundees grondwettelijk recht is er echter geen invloed van Belgisch recht merkbaar, behalve in de drie jaren die voorafgaan aan de Burundese onafhankelijkheid. De Burundese Grondwet van 1962 werd immers door Belgische juristen geschreven die zich spiegelde aan de Grondwet van de Belgische monarchie. Deze Grondwet kon echter niet functioneren in Burundi daar de Burundese monarchie niet vergelijkbaar is met de Belgische constitutionele monarchie. Terwijl in België geldt 'le roi règne mais ne gouverne pas', geldt in Burundi 'le roi réigne et gouverne'. Er was dus een grote discrepantie tussen de tekst van de Grondwet en de realiteit. Om de Grondwet dichter bij de praktische machtsuitoefening te brengen, hebben we naar verschillende grondwettelijke systemen gekeken en uiteindelijk gekozen voor een presidentieel systeem naar voorbeeld van het Franse systeem, zoals in vele andere Afrikaanse landen. Om de macht van de president te beperken, werden twee waarborgen ingebouwd: het instellen van een Eerste Minister en het beperken van het aantal mandaten van de President.

TvMR: Kunt u ons iets meer vertellen over de huidige Burundese Grondwet van 1995?

2 Opmerking van de interviewers: In 1992 voerde president Pierre Buyoya, die een beleid van verzoening nastreefde en aan het hoofd stond van een door Tutsi's geleide regering, een meerpartijenstelsel in. Bij de daaropvolgende verkiezingen van juni 1993 werd Buyoya verslagen door Hutu-kandidaat Melchior Ndadaye. Op 21 oktober 1993 werd deze vermoord tijdens een staatsgreep die zou mislukken, waarop hij opgevolgd werd door partijgenoot en Hutu Cyprien Ntaryamira. Deze kwam op zijn beurt om het leven samen met de Rwandese president Juvénal Habyarimana in april 1994 bij een vliegtuigongeluk. Hij werd opgevolgd door Sylvestre Ntibantunganya die een aantal maatregelen nam om de positie van de Hutu te versterken wat leidde tot de burgeroorlog van 1995-1996.

Niyungeko: Ik ben zelf niet betrokken geweest bij de opstelling van de huidige Burundese Grondwet. Bovendien onderwijs ik momenteel geen grondwettelijk recht meer nu ik voor het Afrikaans Hof van Justitie en Mensenrechten werk. Ik ben dus minder gespecialiseerd in deze nieuwe Grondwet.

De post van Eerste Minister werd afgeschaft, nu werkt men met twee Vice-Presidenten die weinig werkelijke macht hebben. We evolueren dus in de richting van een strikt presidentieel systeem. In tegenstelling tot de Grondwet van 1992 waarin zo veel mogelijk nationale eenheid werd nagestreefd, wordt de macht verdeeld tussen de verschillende etnische segmenten. Men werkt nu met quota's die de macht verdelen voor de regering en het parlement.

TvMR: Het nieuwe systeem van machtsverdeling tussen verschillende etnische groeperingen gaat lijnrecht in tegen het vroegere streven van nationale eenheid dat onder President Buyoya sedert zijn aantreden in 1987 op poten werd gezet. Was dit nodig voor de heropbouw van Burundi?

Niyungeko: Op dat ogenblik verkeerde Burundi in een zeer zware crisissituatie. Men moest ten alle koste een oplossing vinden. Het nieuwe systeem was niet ideaal, maar het was de meest realistische oplossing om de macht te verdelen volgens een systeem van quota's. Indien iemand aan het verdrinken is, is het nog steeds beter deze persoon een tak met doornen te reiken dan hem te laten verdrinken. Idealiter zou de maatschappij zo moeten evolueren dat de etnische verschillen vervaagen en de quota's bijgevolg overbodig worden. Deze ideale toestand zal echter niet van de ene dag op de andere verwezenlijkt worden.

TvMR: In de Burundese Grondwet van 1992 namen mensenrechten een voorname plaats in. Heeft de nieuwe Burundese Grondwet evenveel aandacht voor mensenrechten als de Grondwet van 1992?

Niyungeko: De nieuwe Grondwet bevat niet minder mensenrechten dan de vorige. Meer nog, de nieuwe Grondwet bevat een directe link met het Afrikaans Hof inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren te Arusha. De opgesomde mensenrechten zijn modern en verwijzen naar de universele mensenrechtenverdragen en het Afrikaans Handvest inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren. Er wordt veel aandacht besteed aan de tweede generatie mensenrechten, zijnde de sociale, economische en culturele rechten. Naar voorbeeld van het Afrikaans Handvest heeft de Grondwet naast de rechten van de mens ook oog voor de plichten van de mens. Dit is typisch voor de Afrikaanse cultuur, mensen hebben rechten maar ook plichten. De Grondwet constitutionaliseert mensenrechten op twee manieren: ten eerste door de opsomming ervan in de Grondwet zelf, ten tweede door te verwijzen

naar universele mensenrechteninstrumenten. Ook het Grondwettelijk Hof deinst er niet voor terug om wetten die niet overeenstemmen met deze universele mensenrechteninstrumenten ongrondwettelijk te verklaren.

TvMR: U werkt nu als rechter voor het recentelijk gefusioneerde Afrikaans Hof van Justitie en Mensenrechten. Kunt u ons iets meer vertellen over deze instelling?

Niyungeko: Het Afrikaans Hof inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren telt slechts 11 rechters terwijl de Afrikaanse Unie 53 lidstaten heeft. Het is dus geen systeem zoals bij het Europees Hof waar elk land vertegenwoordigd is. Het Afrikaans Hof inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren werd in 1998 opgericht in de schoot van de Organisatie van Afrikaanse Eenheid, dat in 2001 de Afrikaanse Unie werd. In het kader van de Afrikaanse unie werd tevens een Afrikaans Hof van Justitie voorzien. In 2004 werd tijdens een conferentie van staatshoofden en regeringsleiders gesproken over de fusie van beide Afrikaanse hoven omwille van economische redenen. Deze beslissing werd met veel kritiek onthaald door de Afrikaanse mensenrechtenorganisaties en niet-gouvernementele organisaties die vreesden dat dit de rol van het mensenrechtenhof zou marginaliseren. Onder zware druk van deze organisaties werd het mensenrechtenhof opgericht nog voor er een afdoende beslissing werd genomen over de institutionele structuur van het hof/de hoven. In juli 2008 werd het Protocol ter fusie van beide hoven aangenomen. Nu spreekt men over één Afrikaans Hof van Justitie en Mensenrechten dat uit twee afdelingen bestaat. Een afdeling houdt zich bezig met algemene zaken, het vroegere Afrikaanse Hof van Justitie. Een tweede afdeling vervult het werk van het vroegere Afrikaans Hof inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren, en focust zich met andere woorden op de bescherming van mensenrechten.

TvMR: Welke invloed zal deze fusie hebben op de bescherming van mensenrechten? Wat is de toekomstvisie?

Niyungeko: Wij, de rechters van het vroegere mensenrechtenhof, kregen de kans om opmerkingen te formuleren over deze hervorming. Aan twee van onze opmerkingen werd gevolg gegeven: de afdelingen paritair samengesteld uit 8 rechters en beide afdelingen werden op gelijke voet gesteld. In een ideale wereld was het Afrikaans Hof inzake Mensenrechten en Rechten van Volkeren afzonderlijk blijven voortbestaan. Maar doordat de mensenrechtendimensie zo duidelijk naar voren komt en deze bevoegdheid even zwaar doorweegt als de algemene zaken, biedt het Hof de rechters de nodige ruimte om ook in de toekomst een degelijke mensenrechtenbescherming te garanderen.

Artikel 23 van de Grondwet: sociale grondrechten twee decennia ter discussie

Maxime Stroobant *

Art. 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:

- 1 het recht op arbeid en op de vrije keuze van beroepsarbeid in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid dat onder meer gericht is op het waarborgen van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en een billijke beloning, alsmede het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen;**
- 2 het recht op sociale zekerheid, bescherming van de gezondheid en sociale, geneeskundige en juridische bijstand;**
- 3 het recht op een behoorlijke huisvesting;**
- 4 het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu;**
- 5 het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing.**

Sociale grondrechten stiefmoederlijk behandeld

Mensenrechtenverklaringen en grondwetten hebben er héél wat tijd moeten over doen vooraleer er sociale grondrechten werden in opgenomen. Sociale grondrechten werden eveneens in één adem genoemd met economische grondrechten. Ten onrechte. Economische grondrechten kregen immers een gunstiger behandeling. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat economische grondrechten waarborgen geven aan de leidende klasse, daar waar sociale grondrechten veeleer een bescherming en steun betekenen voor de zwakere groepen in de maatschappij.

Dit was ook het geval in België. De vrijheid van ondernemen en het eigendomsrecht werden reeds van bij het ontstaan van België erkend als grondwettelijk beginsel of als grondrecht. Het recht op arbeid en het recht op sociale bescherming werden pas twintig jaar geleden in onze grondwet opgenomen. Of om preciezer te zijn: twintig jaar geleden, op 19 december 1988 werd het grondwetsvoorstel ingediend in het parlement dat als leidraad zal dienen voor de parlementaire werkzaamheden die zullen leiden tot de opname in de grondwet van de sociale grondrechten zoals bepaald in artikel 23 GW¹. De burgerlijke en politieke grondrechten waren hier reeds lang gevestigde waarden. Het zijn doorgaans rumoerige tijden die de aanvaarding van sociale grondrechten voorafgaan. In 1988 was dat niet het geval.

Sociale grondrechten: een parlementair initiatief

Het is het art 23 GW dat in België de sociale grondrechten waarborgt. De grondwetgever had het nogal moeilijk om een onbetwistbare omschrijving te geven van het begrip. Hij beperkte er zich toe te zeggen dat het gaat om rechten die de welvaart en het welzijn van de burgers waarborgen en die in deze zin verband houden met wat men in de 19^e en 20^{ste} eeuw de 'sociale kwestie' noemde. Toegegeven, de definitie is vaag en onduidelijk, maar zij duidt wel voldoende aan in welke richting men moet denken. De positie van de werknemer staat centraal. De niet-werkende wordt echter niet over het hoofd gezien. Verwonderlijk is dat de regering het parlementair initiatief, in de Senaat genomen, niet tot zich heeft getrokken. De toenmalige Vice-Eerste Minister J.-L. Dehaene voor Institutionele Hervormingen volgde de parlementaire debatten van nabij met een welwillende ingesteldheid. Tussen de Kamer en de Senaat verliepen de gesprekken soms moeizaam. Ook in de Kamer werden er grondwetsvoorstellen ingediend met een beperkter draagwijdte. Uiteindelijk haalde de redelijkheid de bovenhand. De Senaat die het eerst het initiatief genomen had, zou het voorstel tot invoeging van sociale rechten in de grondwet afwerken. In de

* Maxime Stroobant is emeriticus hoogleraar aan de VUB en gewezen senator.

¹ Grondwetsvoorstel tot invoeging van een artikel 24bis betreffende de economische en sociale rechten ingediend door senator MAXIME STROOBANT, Parl.St. Senaat, 1988-1989, nr 100-10/20 van 19 december 1988. andere initiatieven werden in die periode genomen o.m.door:

- in de Senaat: A. Arts (CVP), R. Blanpain R. (VU), L. Dierckx L. (Agalev), Vaes, Mw Hanquet (PSC);

- in de Kamer: Mw. Vogels-Aelvoet-Simons (Agalev-Ecolo); Breyne en Gehlen (CVP); Mayeur (PS); Van Rossem.

vorige nummering ging het om artikel 24bis. Dit artikel werd uiteindelijk aanvaard met een tweederden meerderheid. De liberale familie, het Vlaams Blok en de lijst Rossem stemden tegen. Alle andere politieke families stemden voor.

Het debat werd gevoerd in rustige omstandigheden

Het parlementair debat heeft zowat vijf jaar of twee legislaturen in beslag genomen. De discussie verliep – gewild – onopvallend. De media besteedden nauwelijks aandacht aan de parlementaire voorbereiding. De sociale partners en de politieke partijen hanteerden een behoorlijke dosis sceptis. De politieke wereld was in haar geheel terughoudend en geloofde niet in de slaagkansen van het initiatief. De situatie vergde trouwens vanwege de initiatiefnemers veel geduld en doorzettingsvermogen.

De vrij algemene terughoudendheid was niet het gevolg van een principiële afwijzing maar wel van de vrees dat sociale grondrechten, indien zij rechtstreeks uitvoerbaar zouden zijn, een zware financiële maar ook functionele last op de schouders van de overheid zouden leggen. Er moest dus veel van gedachten gewisseld worden en er moest met veel mensen en groepen gepraat worden. Het duurde twee jaar voor de bevoegde senaatscommissie het initiatief een kans gaf. Tijdens de eerste legislatuur werd er gesensibiliseerd, tijdens de tweede legislatuur werd er onderhandeld en gestemd.

In 1994 werd het voorstel goedgekeurd in het parlement. De hardnekkige inzet van de initiatiefnemers en hun wil tot dialogeren hadden vruchten afgeworpen. Politieke partijen, sociale organisaties, NGO's en mensenrechtenorganisaties hadden uiteindelijk in zeer grote mate tot dit positief resultaat bijgedragen. Dit gebeurde in een geest van actieve samenwerking tussen de gewesten, de gemeenschappen en de federale instanties.

Om elke hoek kwam er een probleem kijken: de goede wil heeft het gehaald

Een eerste vraag was of men een juridisch verbindende tekst zou aanvaarden of dat een politieke intentieverklaring zou volstaan. Zou men de sociale grondrechten in de tekst van de grondwet inschrijven of was men tevreden met een aanhef die de grondwet zou voorafgaan? Er werd gekozen voor een positiefrechtelijke tekst.

Op wie zouden de grondrechten toepasselijk zijn? Op de werkende bevolking alleen? Op de werknemers en de ambtenaren of op alle burgers? Op eenieder dus.

Ook op diegenen die de Belgische nationaliteit niet hadden? Konden illegalen dan geen aanspraak maken op sociale grondrechten? In het debat werd de nadruk gelegd op de mensenrechtelijke dimensie van de sociale grondrechten. De nationaliteitsvereiste werd niet weerhouden en er werd aanvaard dat de positie van de illegalen zou worden bepaald in de gewone wetgeving. Dit opende mogelijkheden voor de rechtspraak. Hiermee kwam men uiteraard terecht bij de vraag of de sociale grondrechten dan wel of niet direct uitvoerbaar moesten zijn. Een moeilijke vraag voor dewelke echter vrij vlug een consensus akkoord werd gevonden. Eenieder was er zich van bewust dat sociale grondrechten een zware verantwoordelijkheid op de schouders van de overheid maar ook op deze van de gewone medeburgers zouden kunnen leggen. Maar er was ook het feit dat met het niet-toekennen van directe werking de geloofwaardigheid van de constitutionele sociale rechten op de helling zou komen te staan. De grondwetgever opteerde uiteindelijk voor de niet-directe werking. De verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de sociale grondrechten moest duidelijk bij de gewone wetgever worden gelegd. Tevens werd er echter beslist dat de sociale grondrechten een positiefrechtelijk karakter zouden hebben en dat het aanvaarden van drie juridische theorieën de ernst van de sociale grondrechten mede zou onderbouwen. Met name ging het om de theorieën van de verticale werking, de horizontale werking en het standstill-beginsel.

Een incident met de Kamer kwam er zo aan in verband met de positieve of negatieve voorstelling van de sociale grondrechten. De Kamer wenste per se een negatieve voorstelling zoals art 16 GW dit doet ivm de bescherming van het eigendomsrecht: "niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemene nutte". De Senaat verkoos de positieve formulering: "Ieder heeft recht op sociale zekerheid". Het incident was ernstig en toonde aan dat de Kamer een gans andere visie had op de grondrechten dan de Senaat. Uiteindelijk heeft het standpunt van de Senaat het gehaald. Een ander delicaat probleem was dat van de aard van de opsomming van de rechten. Het initiële voorstel geformuleerd door de werkgroep beschouwde de opsomming als limitatief. Tijdens het verder verloop van het debat werd het standpunt aanvaard dat de opsomming exemplatief was. Op deze wijze zouden eventueel sociale constitutionele beginselen kunnen worden weerhouden als grondrechten, bv het recht om te staken.

De indirecte werking: een onafwendbare voorwaarde

De grootste bekommernis van de politieke partijen was te vermijden dat de rechtsonderhorige rechtstreekse rechten zou kunnen laten gelden ten overstaan van de overheid op grond van de sociale grondrechten. Het

standpunt was dat de uitvoering van de sociale grondrechten, hun concretisering, evenals het bepalen van het ritme waaraan dit zou gebeuren, de verantwoordelijkheid van de gewone wetgever moest blijven. Dit standpunt werd aan de werkgroep voorgesteld als een *conditio sine qua non*. Het werd na enige discussie door de grondwetgever aanvaard, ook omdat het in feite niet onrealistisch was. Hiermee kreeg de civiele maatschappij een belangrijke verantwoordelijkheid toegeschoven. Zij moest in de toekomst waakzaam toezien op het respect van de sociale grondrechten en zorgen voor de correcte uitvoering van deze basisrechten.

Drie belangrijke theorieën

Dat op de overheid een belangrijke verantwoordelijkheid rust bij de toepassing van de sociale grondrechten vloeit voort uit de theorie van de verticale werking. Deze theorie werd vrij vlot aangenomen.

Anders was het met de theorie van de horizontale werking, krachtens dewelke ook de medeburgers verantwoordelijkheid dragen bij de toepassing van de sociale grondrechten. In de mate waarin een grondrecht verplichtingen zou op leggen of enig ander gevolg zou hebben, zullen de betrokken medeburgers verantwoordelijkheid dragen voor de uitvoering ervan. Inzake arbeidsverhoudingen kan deze theorie gevolgen hebben voor het sociaal beleid van de bedrijven. De theorie van de horizontale werking brengt art. 23 GW in de toepassings sfeer van het beginsel van het "maatschappelijk verantwoord ondernemen" zoals ter discussie gesteld door de Europese Unie.

Tenslotte is er nog de theorie van de *standstill*-verplichting. De *standstill*-verplichting houdt in dat de overheid of een andere partij geen afbreuk mag doen aan een bestaand beschermingsniveau horend bij het aanvaarde sociale grondrecht. Een theorie die heel wat praktische problemen met zich meebrengt.

Men kan ervan uitgaan dat deze theorieën door de grondwetgever als gegrond werden aanvaard.

De communautaire problematiek was nooit veraf maar was geen hinderpaal

De communautaire problematiek kwam ook in de werkgroep ter sprake: in welke mate konden sociale rechten en vrijheden in de grondwet worden ingeschreven wanneer deze betrekking hadden op materies die reeds gecommunautariseerd of geregionaliseerd waren? De Commissie wenste grondig op deze vraag in te gaan en deed beroep op de expertise van enkele academici. Er werd geredeneerd vanuit het perspectief van het bestaan van een sociaal-economische unie in België. Professor Karel Rimanque benadrukte, hierin bijgetreden door zijn collega's, dat het

inschrijven van sociaal-economische grondrechten in de Grondwet in geen enkel opzicht afbreuk deed aan de bestaande bevoegdheidsverdeling. De Grondwet moest worden beschouwd als een overkoepelend en globaliserend niveau, zoals bijvoorbeeld een EU-Grondwet zou moeten zijn. Het was duidelijk dat de breuklijnen in de standpunten hun oorsprong vonden in ideologische keuzes en absoluut niet in het toebehoren tot een taalgroep. Bovendien betekende de discussie vanuit twee taalgemeenschappen een verrijking voor het debat.

Welke grondrechten toekennen?

Het Europees Sociaal Handvest (ESH) van de Raad van Europa was de basistekst voor het grondwetsvoorstel van 19 december 1988. Als uitgangspunt werd genomen het recht van eenieder een menswaardig leven te leiden. De indieners volgden hiermee meer een mensenrechtendiscours dan een constitutioneel discours. Om duidelijkheid te verschaffen en rechtsonzekerheid te vermijden, werden concrete rechten opgesomd. Deze kunnen in drie groepen worden opgedeeld: (1) grondrechten met betrekking tot de tewerkstelling, (2) grondrechten ter bescherming van de burger in zijn maatschappelijke omgeving en (3) emancipatorische grondrechten.

Als rechten werden aanvaard: een relatief recht op arbeid en op billijke arbeidsvoorwaarden, het recht op sociale zekerheid, het recht op bescherming van de gezondheid en van het leefmilieu, het recht op sociale, geneeskundige en juridische bijstand en het recht op behoorlijke huisvesting. Emancipatorisch is het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing. Het stakingsrecht komt in deze opsomming niet voor. Het was een bewuste keuze gemaakt na consultatie van de vakbonden. De Grondwetgever aanvaardde dat het collectieve conflictenrecht inzake arbeidsverhoudingen in grote mate een aangelegenheid is die tot de bevoegdheid van de sociale gesprekspartners behoort. Het sociaal overleg moet in deze prioriteit krijgen.

Van 1994 tot vandaag: welke evolutie?

Zowel de gewone hoven en rechtbanken als het Grondwettelijk Hof en de Raad van State hebben een belangrijke jurisprudentie ontwikkeld op grond van art. 23 GW.

Het Grondwettelijk Hof kon tijdens de periode 1994-2003 slechts optreden in samenhang met de grondwettelijke beginselen van non-discriminatie en gelijkheid zoals bepaald in de art. 10 en 11 GW. Sedert 2003 is echter een aparte toetsing van art. 23 GW mogelijk. De toetsing van het sociaal recht en het welzijnsrecht

aan art 23 GW neemt voortaan een substantiële plaats in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Regelmatig zijn in het geding zaken met betrekking tot het recht een menswaardig leven te leiden, het recht op een behoorlijke huisvesting en het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu. Men vindt volgende rechtsbeginselen terug in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof²:

- de federale wetgever en de gemeenschaps- en gewestwetgevers hebben tot taak elk binnen hun bevoegdheidsgebied de inhoud van de in art 23 GW vermelde rechten nader te bepalen. Er kan delegatie aan de uitvoerende macht worden gegeven;
- hoewel de grondrechten aan 'ieder' burger worden toegekend, kunnen zij worden beperkt voor specifieke categorieën van personen. Zo kan aan vreemdelingen die legaal op het grondgebied verblijven volledig maatschappelijke dienstverlening worden verstrekt, daar voor wie illegaal verblijft de rechten kunnen beperkt worden tot dringende medische dienstverlening;
- de standstill-verplichting heeft volgens het Hof geen algemeen geldende draagwijdte. Voor elk recht moet de draagwijdte van het standstill-beginsel worden onderzocht. Tot op heden wordt de standstill-verplichting aanvaard van het recht op sociale bijstand en van het recht op bescherming van een gezond leefmilieu;
- het individu heeft niet alleen rechten, hij heeft ook de verplichting en de verantwoordelijkheid tot medewerking aan de verwezenlijking van de sociale grondrechten;
- sociaal-economische grondrechten zijn volgens het Grondwettelijk Hof niet absoluut. Zij kunnen worden beperkt op grond van toelaatbare criteria.

Ook bij de gewone Hoven en Rechtbanken werd een doorbraak inzake de toepassing van art 23 GW mogelijk³. In de periode onmiddellijk volgend op de inwerkingtreding van art 23 GW waren de rechtbanken afwijzend, zonet terughoudend. Stilaan komt hierin verandering van de laagste rechtbank tot het Hof van Cassatie. De bepalingen die het vaakst in aanmerking genomen worden, betreffen het recht een menswaardig leven te leiden, het recht op bescherming van een gezond leefmilieu en het recht op een behoorlijke huisvesting.

De tijd waarin de rechterlijke macht stelde dat art 23GW op zichzelf geen praktische gevolgen kan hebben, schijnt achter de rug. Ook de Raad van State beschikt over een uitgebreide rechtspraak inzake art 23 GW.

Besluit

De verklaringen van de sceptici die in 1988 hebben beweerd dat de goedkeuring van sociale grondrechten geen enkel tastbaar resultaat zou opleveren, werden niet bewaarheid. Maar evenmin heeft er zich een golf van wild enthousiasme voorgedaan.

De balans is echter positief, zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak. De Hoven en Rechtbanken hebben art 23 GW met begrip toegepast. Het kan wel duidelijker en uitdrukkelijker maar belangrijk is reeds dat art 23 wordt aanvaard. Dit pleit voor de maatschappelijke verantwoordelijkheidszin van de magistratuur.

Dat sociale grondrechten geen directe en concrete gevolgen genereren, heeft te maken met het feit dat zij slechts een onderdeel van een complex en uitgebreid politiek besluitvormingsproces zijn. Stroomopwaarts is er de geldende maatschappelijke cultuur die een bepalende rol speelt. Stroomafwaarts naar het dagelijkse leven toe zijn er de wetgevende en de uitvoerende macht, het economische, het sociale en het politieke middenveld en tenslotte de burgers zelf die concrete inhoud aan de grondrechten moeten geven. Er is hier een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Van de gewone wetgever wordt terecht verwacht dat hij uitvoering geeft aan de sociale grondrechten in de geest zoals de grondwetgever heeft vastgelegd. Hierbij hoort dat de gewone wetgever een transparant beleid voert ten opzichte van de grondrechten. Geloofwaardige instanties en performante procedures moeten het politieke middenveld maar ook de individuele burger in staat stellen om een duidelijk inzicht te verwerven in de manier waarop de gewone wetgever, de regering en haar administratie de grondrechten uitvoeren en toepassen. De politieke beleidsmakers moeten tijdig tot de orde geroepen kunnen worden wanneer het beleid faalt. Zeggen dat dit gebeurt bij de periodieke verkiezingen is met de waarheid een loopje nemen. De controle en de aanklacht moeten permanent kunnen gebeuren. Een periodieke rapportering vanwege de overheid is nodig.

Sociale grondrechten spelen niet alleen een rol bij de opbouw van de wetgeving. Zij geven ook een structuur en een gelaat aan het beleid. De burgers gaan ervan uit dat de werking van de maatschappij erop gericht is voortdurend te ijveren voor een grotere welvaart en een beter welzijn, waarvan wordt aangenomen dat zij duurzaam moeten zijn. Deze regel gold als een ethische gedragsregel. Het art 23 GW heeft er een juridisch beginsel, een constitutioneel recht van gemaakt. Samen met de burgerlijke en politieke grondrechten zegt art 23GW welke richting wij met deze maatschappij moeten uitgaan.

2 M. BOSSUYT, *Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, Referaat gehouden op studiedag 19 december 2008, FOD Werk en Vakgroep Sociaal Recht VUB (niet uitgegeven)*.

3 H. FUNCK, *L'article 23 de la Constitution à travers la jurisprudence des cours et tribunaux (1994-2008): droit en arrière fond ou l'ultime recours du juge?*, *Referaat gehouden op studiedag 19 december 2008, FOD Werk en Vakgroep Sociaal Recht VUB (niet uitgegeven)*.

Het recht op gezondheid als basis voor mondiale solidariteit

Wat met het Wereldfonds ter bestrijding van AIDS, Tuberculose en Malaria?

Gorik Ooms*

Er is een sluimerende tweestrijd aan de gang tussen de voorstanders van het Wereldfonds ter bestrijding van AIDS, Tuberculose en Malaria, die vinden dat België een grotere bijdrage aan dat Wereldfonds zou moeten geven, en de voorstanders van de klassieke ontwikkelingssamenwerking op het vlak van gezondheid, die vinden dat meer middelen de klassieke weg moeten volgen. Op het eerste gezicht gaat het enkel om conflicterende prioriteiten. De voorstanders van het Wereldfonds schijnen te menen dat in de armste landen AIDS een belangrijker probleem is dan de andere gezondheidsproblemen, bijvoorbeeld omdat AIDS de meest productieve mensen het eerst treft. Voor de voorstanders van de klassieke ontwikkelingssamenwerking schijnt het vooral een kwestie van evenwaardigheid te zijn: een zwangere vrouw die tijdens de bevalling dreigt te sterven is minstens even belangrijk als elke persoon die aan AIDS dreigt te sterven. Een fundamentele tegenstelling zorgt hier voor spanning: namelijk die tussen de klassieke ontwikkelingssamenwerking op het vlak van gezondheidszorg, en een uit het recht op gezondheid voortkomende mondiale solidariteit. Dit artikel is geen neutrale analyse die verschillende perspectieven vergelijkt en tegen elkaar afweegt, maar een standpunt vanuit mensenrechtelijk perspectief.

Klassieke ontwikkelings-samenwerking: nationalistisch utilitarisme

In 1999 vormde het Internationaal Monetair Fonds (IMF) zijn *Enhanced Structural Adjustment Facility* (ESAF) om tot *Poverty Reduction and Growth Facility* (PRGF). De zogenaamde 'armoedebestrijdingplannen' of *Poverty Reduction Strategy Papers* (PRSP) kwamen in de plaats van de zogenaamde 'structurele aanpassingprogram-

ma's'. Armoedebestrijdingplannen zouden voortaan door de betrokken landen zelf worden opgesteld, eerder dan opgelegd vanuit de zetels van het IMF en de Wereldbank in Washington. Ze zouden ook de leidraad vormen voor alle (of toch zoveel mogelijk) ontwikkelingssamenwerking, niet alleen voor de relaties tussen de betrokken landen, de Wereldbank en het IMF.

De meningen zijn verdeeld over de vraag of deze naamsverandering erin geslaagd is om het accent te verschuiven van economische groei naar armoedebestrijding. Het grote verwijt aan het adres van de structurele aanpassingprogramma's was dat die ervan uitgingen dat economische groei automatisch zou leiden tot minder armoede, wat door de feiten werd tegengesproken. Vanaf 1999 zou armoedebestrijding het doel worden, en economische groei slechts één van de middelen. Vanuit het IMF zelf kwam de nadruk echter al gauw te liggen op 'armoedebestrijding op lange termijn' als tegengesteld en superieur aan 'armoedebestrijding op korte termijn', waardoor economische groei toch weer het overwicht kreeg.¹

De meningen zijn ook verdeeld over de vraag of deze verandering erin geslaagd is om de betrokken landen zelf de leiding te geven, via een door hen zelf opgesteld armoedebestrijdingplan. Het is belangrijk te benadrukken dat sinds 1999 een door het IMF en Wereldbank goedgekeurd armoedebestrijdingplan een noodzakelijke voorwaarde is voor financiële steun van die instellingen. Concreet betekent dit dat de Wereldbank en het IMF samen het laatste woord krijgen: zij bepalen of een armoedebestrijdingplan goed genoeg is of niet, waarna zowat alle donorlanden hun beleid afstemmen op wat het IMF en de Wereldbank samen hebben goedgekeurd.

Het uitgangspunt van de tandem IMF-Wereldbank (net zoals dat van de meeste donorlanden, trouwens) blijft het streven naar nationale financiële zelfredzaamheid. Om nationale financiële zelfredzaamheid te bevorder-

* Gorik Ooms is jurist en onderzoeker voor het Instituut voor Tropische Geneeskunde. Zijn doctoraatsthesis "The right to health and the sustainability of health care: Why a new global health aid paradigm is needed" is beschikbaar op www.icrh.org/files/academia-doctoraat%20Gorik%20Ooms_0.pdf.

¹ Het Independent Evaluation Office van het IMF zegt over deze verandering: "When the PRGF was introduced, it was meant to be more than a name change. ... But in the face of a weakening consensus in the Board and a staff professional culture strongly focused on macroeconomic stability—and, most important, changes in senior management and a resulting lack of focused institutional leadership and follow-through—the IMF gravitated back to business as usual." *Independent Evaluation Office of the International Monetary Fund (2007). The IMF and Aid to Sub-Saharan Africa. Beschikbaar op het internet: www.imo-imf.org/eval/complete/pdf/03122007/report.pdf.*

ren werken het IMF en de Wereldbank met het concept 'fiscale ruimte'. De fiscale ruimte voor bijvoorbeeld de gezondheidssector in Malawi wordt bepaald door de financiële middelen die Malawi binnen afzienbare termijn zelf aan gezondheid zal kunnen besteden. Meer dan dat mag Malawi niet uitgeven – zelfs als donorlanden meer uitgaven zouden willen betalen – want dat zou de zelfredzaamheid in het gedrang brengen.²

Dit is de eigenschap van de klassieke ontwikkelings-samenwerking die men 'nationalisme' kan noemen: de diepgewortelde overtuiging dat het aan elk land zelf is om voor zijn eigen inwoners te zorgen. Kosmopolitisme vertrekt van het principe dat staten niet relevant zijn om te bepalen hoe mensen zich tegenover elkaar zouden moeten gedragen. Als de inwoners van België bereid zijn om een deel van hun inkomen af te staan voor de financiering van hun gezondheidszorg en die van alle andere inwoners van België – en zo voor een voortdurende herverdeling van welvaart te zorgen – dan vraagt de rechtgeaarde kosmopoliet zich af waarom deze vorm van solidariteit ophoudt aan de landsgrenzen.³

De klassieke ontwikkelingssamenwerking, ook de nieuwste verschijningsvorm ervan, is niet kosmopolitisch maar wel nationalistisch. Ontwikkelingshulp is bedoeld om tijdelijk te zijn, om de eigen draagkracht van de geholpen landen te ontwikkelen, zodat die hun verantwoordelijkheid kunnen opnemen.

Bovendien is de klassieke ontwikkelingssamenwerking utilitaristisch: met de beschikbare middelen wordt de grootst mogelijke welzijnstoename van de hele bevolking beoogd. Daar is uiteraard weinig tegen in te brengen, tenzij men argumenten zou bedenken om de relatieve welzijnstoename van bepaalde groepen voorrang te geven op dezelfde welvaartstoename van andere groepen: discriminatie dus. Het is de combinatie van nationalisme en utilitarisme die – letterlijk – dodelijk is.

Laat ons even terugkeren naar Malawi voor een kleine rekenoefening. Het Bruto Binnenlands Product (BBP) bedraagt er zowat 120 € per persoon per jaar. De gemiddelde levensverwachting was er 60 jaar, maar dreigt door de AIDS epidemie te zakken naar 37 jaar. Laat ons echter aannemen dat Malawi tegen het jaar 2020 zijn BBP per persoon per jaar kan verdubbelen.

Laat ons vervolgens veronderstellen dat Malawi tot 20% van zijn BBP kan verwerven als staatsinkomsten, en bovendien 20% daarvan kan besteden aan gezondheidszorg (beide veronderstellingen zijn zeer optimistisch): dat brengt ons bij een budget per persoon per jaar van minder dan 10€. Het streven naar nationale financiële zelfredzaamheid zou dan impliceren dat Malawi niet méér uitgeeft aan gezondheid per persoon per jaar dan 10€. Het utilitaristische streven kan dan leiden tot de conclusie dat het verstrekken van AIDS-remmende geneesmiddelen – die toch nog minstens 100 € per persoon per jaar kosten – niet de beste strategie is. Toch is Malawi erin geslaagd om de aan AIDS-gerelateerde mortaliteit terug te dringen met 75%, dankzij de verstrekking van AIDS-remmers. Hoe is dit gebeurd?

Het gevecht voor universele toegang tot AIDS remmers

Een mensenrechtelijke benadering van gezondheid en gezondheidszorg is principieel kosmopolitisch, eerder dan nationalistisch. Dat blijkt uit Artikel 2(1) van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVSCR), dat stelt: "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,..." Er wordt zelfs geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse verplichtingen. In praktijk is het echter anders. De solidariteit tussen mensen om gezondheidszorg als recht te garanderen is nationalistisch georganiseerd. Toen de eerste AIDS-remmers beschikbaar werden in de Verenigde Staten en Europa trok de AIDS-beweging zich niet veel aan van het nationalistische utilitarisme van de klassieke ontwikkelingssamenwerking. De achterliggende idee was dat mensen met AIDS recht hadden op AIDS-remmers, ook in de armste landen. Toen de vraag naar de financiering aan bod kwam, keerde de AIDS-beweging zich resoluut tegen het nationalistische streven naar zelfredzaamheid. Het zogenaamde 'Harvard Consensus Statement' – een pamflet voor de verstrekking van AIDS-remmers in de armste landen ondertekend door een lange lijst professoren van de Universiteit van Harvard – stelde expliciet dat AIDS-remmers te duur waren en te duur zouden blijven, maar dat de te betalen prijs

2 Gottret en Schieber gebruiken het voorbeeld van een denkbeeldig land dat onbeperkte toegang heeft tot internationale hulp en onbeperkte technische capaciteit om die internationale hulp om te zetten in gezondheidszorg. Zelfs dan, stellen Gottret en Schieber, zal dit land niet meer mogen uitgeven dan wat het in 2020 uit eigen middelen aan gezondheidszorg kan besteden. Gottret P, Schieber G (2006). Health Financing Revisited: A Practitioner's Guide. Beschikbaar op het internet: siteresources.worldbank.org/INT/HSRD/Resources/topics/Health-Financing/HFRFull.pdf.

3 Deze samenvatting doet de meer genuanceerde opvattingen van hedendaagse kosmopolieten onrecht aan. Voor Thomas Pogge zijn onze plichten tegenover de rest van de mensheid overwegend negatieve plichten. We moeten ons onthouden van daden die hen kunnen schaden. Maar Pogge gebruikt een heel brede definitie van daden die anderen kunnen schaden – deelnemen aan het economisch verkeer dat armoede elders in de wereld bevordert volstaat om een plicht tot herstel te creëren. Peter Singer gebruikt de metafoor van een ons onbekend kind dat in een fontein dreigt te verdrinken om onze mondiale plichten te beschrijven; meer dan het equivalent van een paar natte schoenen om het kind uit de fontein te halen is niet nodig om de ergste armoede uit de wereld te helpen.

voor de wereldgemeenschap relatief klein zou zijn.⁴

De Harvard Consensus Statement werd gepubliceerd in april 2001 en bevatte aanwijzingen over hoe AIDS-remmers gefinancierd konden worden: door de oprichting van een mondiaal fonds, dat vooral generische geneesmiddelen zou aankopen om zo de prijs te drukken. Tegelijkertijd keurde de Commissie voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties Resolutie 2001/33 goed, waarin gesteld werd dat de toegang tot geneesmiddelen tijdens 'pandemieën zoals die van AIDS' een essentiële voorwaarde was voor de verwezenlijking van het recht op gezondheid. In juni 2001 keurde de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de oprichting van het Wereldfonds ter bestrijding van AIDS, Tuberculose en Malaria goed.

Horizontaal versus verticaal of nationalistisch versus kosmopolitisch?

De Belgische ontwikkelingssamenwerking op het vlak van gezondheid heeft een lange traditie van 'horizontale' verstrekking van gezondheidszorg: dat betekent een zo geïntegreerd mogelijk gezondheidssysteem, met polyvalente gezondheidswerkers die geschoold zijn om de vaakst voorkomende gezondheidsproblemen te behandelen. Dat is wellicht ook de meest efficiënte aanpak, zeker wanneer de middelen beperkt zijn. De 'verticale' verstrekking van gezondheidszorg, gericht op het onder controle krijgen van een welbepaalde ziekte, wordt in deze traditie niet echt gewaardeerd.

Het Wereldfonds geeft niet noodzakelijk voorrang aan verticale interventies, maar wil wel resultaten zien op het vlak van de strijd tegen de drie genoemde ziekten. Des te beter indien die resultaten op een geïntegreerde manier, via het basisgezondheidssysteem, worden bereikt. Het streven naar nationale financiële zelfredzaamheid van de klassieke ontwikkelingssamenwerking verhindert echter de ontwikkeling van goed uitgebouwde basisgezondheidssystemen. In landen waar de helft van het gezondheidsbudget of meer uit internationale hulp komt, is het niet mogelijk om het budget nog te verhogen en tegelijk te streven naar nationale financiële zelfredzaamheid. Het Wereldfonds streeft uitdrukkelijk niet naar nationale financiële zelfredzaamheid, maar naar een uit het recht op gezondheid voortvloeiende mondiale solidariteit.⁵ Daarom

streeft het Wereldfonds ook niet naar afstemming op de armoedebestrijdingplannen van landen.

Beweren dat de middelen voor de bestrijding van AIDS, Tuberculose en Malaria onbeperkt zijn, zou niet met de waarheid overeenkomen, maar de begrenzing ligt elders dan in het streven naar nationale financiële zelfredzaamheid. Daardoor ontstaat, vooral in de armste landen, een ontwikkeling op twee verschillende snelheden; de strijd tegen AIDS, tuberculose en malaria kan veel sneller evolueren dan het basisgezondheidssysteem, en dat maakt de integratie bijzonder moeilijk.

Een poging om water en vuur te verzoenen

Zijn de uit het recht op gezondheid voortvloeiende mondiale solidariteit en de klassieke ontwikkelings-samenwerking met elkaar verzoenbaar? Een mensenrechtelijke benadering aanvaardt dat economische, sociale en culturele rechten op progressieve wijze tot stand komen; stap per stap, in de mate dat bijkomende middelen het toelaten. De vraag is echter wat wordt verstaan onder bijkomende middelen: louter deze die nationaal beschikbaar zijn, of ook deze die mondiaal beschikbaar zijn? Een letterlijke interpretatie van artikel 2(1) van het IVSCR: de middelen die mondiaal beschikbaar zijn. Maar artikel 1(2) stelt dan weer: "Alle volken kunnen ter verwezenlijking van hun doeleinden vrijelijk beschikken over hun natuurlijke rijkdommen en hulpbronnen, evenwel onverminderd eventuele verplichtingen voortvloeiende uit internationale economische samenwerking..." Er bestaat dus een spanning tussen vrije beschikking van de eigen middelen en de aanspraken van andere landen op mondiale solidariteit.

Toch valt moeilijk vol te houden dat de huidige situatie – de extreme mate waarin de rijkste landen hun welvaart niet delen met de armste landen en aansturen op nationale financiële zelfredzaamheid voor de meest essentiële voorzieningen om de meest essentiële sociale rechten te verwezenlijken – enigszins verzoenbaar zou zijn met een mensenrechtelijke benadering. De welvaartsverschillen tussen de armste en de rijkste landen zijn obsceen. Het miljard inwoners van de zogenaamde hoge inkomenslanden geniet een gecombineerd BBP van 40 triljoen dollar per jaar of bijna 40.000 dollar per persoon per jaar; het 1,3 miljard inwoners van de zogenaamde lage inkomenslanden geniet een

⁴ Eén van de opstellers van de Harvard Consensus Statement was economist Jeffrey Sachs, op dat ogenblik ook voorzitter van de door de Wereldgezondheidsorganisatie samengeroepen Commission on Macroeconomics and Health. Het eindrapport van deze commissie werd eind 2001 gepubliceerd, en rechtvaardigt een mondiale solidariteit voor gezondheid in de armste landen vooral vanuit economisch perspectief. De Harvard Consensus Statement beroept zich wel op het recht op gezondheid. Het eindrapport is beschikbaar op het internet: www.hsph.harvard.edu/bioethics/pdf/consensus_aids_therapy.pdf.

⁵ De algemeen directeur van het Wereldfonds, Michel Kazatchkine, beschreef het aldus: "The Global Fund has helped to change the development paradigm by introducing a new concept of sustainability; one that is not based solely on achieving domestic self-reliance, but on sustained international support, as well." Beschikbaar op het internet: www.theglobalfund.org/en/pressreleases/?pr=pr_080811.

gecombineerd BBP van nauwelijks 0,8 triljoen dollar, of nauwelijks 600 dollar per persoon per jaar. Als de hoge inkomenslanden één enkel procent van hun welvaart met de lage inkomenslanden zouden delen, dan zouden de huidige budgetten voor de meest essentiële voorzieningen om de meest essentiële sociale rechten te verwezenlijken op slag verdubbelen of verdrievoudigen. Zelfs als men de spanning tussen vrije beschikking over de eigen middelen en de aanspraken van andere landen op mondiale solidariteit zodanig extreem zou interpreteren dat de rijkste landen 99 procent van hun middelen mogen behouden en de armste landen slechts op één enkel procent van de middelen van de rijkste landen aanspraak mogen maken, dan nog voldoet de huidige situatie niet aan de absolute minimumnorm. Men kan niet anders dan erkennen dat de huidige situatie een collectieve schending van de mensenrechten uitmaakt.

Mondiale solidariteit als alternatief?

De vraag rijst dan of er een voldoende groot maatschappelijk draagvlak bestaat voor een uit de mensenrechten voortvloeiende mondiale solidariteit als alternatief voor de klassieke ontwikkelings samenwerking. Om die vraag te beantwoorden moeten we eerst proberen de gevolgen van een dergelijke uitbreiding in te schatten.

Een extreem kosmopolitische benadering zou met zich meebrengen dat bijvoorbeeld de uitgaven voor gezondheidszorg in België zouden terugvallen naar het mondiaal gemiddelde van ongeveer 500€ per persoon per jaar (komend van 2.500€) en dat de uitgaven voor gezondheidszorg in Malawi zouden stijgen naar 500 € per jaar (komend van 10€). De kans dat de inwoners van België dat aanvaarden, is klein. Dat is echter niet wat een mensenrechtelijke benadering voorschrijft, en evenmin wat hedendaagse kosmopolieten promoten.

Zoals hierboven beschreven, bestaat er een spanning tussen het recht van elk volk of land om vrij over zijn middelen te beschikken en de aanspraken van volken of landen op mondiale solidariteit. Het IVSCR zelf biedt geen leidraad voor hoe men met deze spanning of tegenstelling moet omgaan. Volgens het Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten, dat moet waken over de naleving van het Verdrag, mag de progressieve verwezenlijking van de economische, sociale en culturele mensenrechten – naargelang de beschikbare middelen – niet dienen als vrijbrief voor een miskenning van die rechten. Voor elk van die rech-

ten bestaat een zogenaamde 'kerninhoud', namelijk het absolute minimumniveau van de meest essentiële voorzieningen om de meest essentiële rechten te verwezenlijken. De kerninhoud van het recht op gezondheid omvat onder meer de verstrekking van essentiële geneesmiddelen tegen de meest voorkomende ziekten. Het Comité benadrukt dat de meest welvarende landen de armste landen moeten bijstaan om die kerninhoud te realiseren.⁶

Een conservatieve interpretatie van de algemene commentaren van het Comité laat toe te stellen dat de kerninhouden van alle mensenrechten samen de ondergrens vormen van een op mensenrechten gebaseerde mondiale solidariteit. Voorbij die ondergrens komen we in een grijze zone terecht. De situatie in een midden-inkomensland dat wel de kerninhoud van het recht op gezondheid realiseert, maar nog veel 'ruimte voor verbetering' heeft, zal bijvoorbeeld een zwakkere aanspraak kunnen maken op de middelen van hoge-inkomenslanden, omdat die zich kunnen beroepen op hun recht op vrije beschikking van hun eigen middelen. Een uit het recht op gezondheid voortvloeiende mondiale solidariteit staat m.a.w. niet gelijk met nationale onverantwoordelijkheid. De mondiale solidariteit betreft enkel de essentie van de essentie.

In april 2008 ondertekenden de leiders van Vlaanderens belangrijkste vakbonden en mutualiteiten een gezamenlijke verklaring: "Ons sociaal model, waardevol en niet te koop".⁷ Punt 10 van deze verklaring betreft mondiale solidariteit: "Een duurzaam sociaal model tenslotte zet in op de uitbouw van een internationale sociale sokkel en een internationale herverdeling van de rijkdom. Het behalen van de 0.7 %-norm voor ontwikkelingssamenwerking in 2010 is een absoluut minimum." De metafoor van een 'internationale sokkel' is helemaal in overeenstemming met de benadering van een uit mensenrechten voortvloeiende mondiale solidariteit, die de mondiale dimensie beperkt tot de essentie van de essentie. De kritiek dat er geen maatschappelijk draagvlak zou bestaan voor een uit het recht op gezondheid voortvloeiende mondiale solidariteit kan dus met een gerust hart worden weerlegd: onze belangrijkste vakbonden en mutualiteiten hebben zich al voor mondiale solidariteit uitgesproken.

Vanuit het perspectief van het recht op gezondheid verdient het Wereldfonds ter bestrijding van AIDS, Tuberculose en Malaria een uitbreiding van zijn mandaat en een overeenkomstige toename van fondsen, veel meer dan een uitbreiding van de klassieke ontwikkelingssamenwerking op het vlak van gezondheidszorg, omdat het streven naar nationale financiële zelfredzaamheid van die benadering een collectieve schending van het recht op gezondheid meebrengt.

⁶ Zie paragrafen 43-44-45 van de algemene commentaar van het Comité over het recht op gezondheid. Beschikbaar op het internet: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En?OpenDocument).

⁷ Beschikbaar op het internet: www.abvv.be/CODE/nl/Dossier/2008/c01_08e03.htm.

Straatsburg roept controlemaatschappij een halt toe

EHRM, S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk, 4 December 2008

Eiser S was 11 jaar oud toen hij werd gearresteerd en beschuldigd van poging tot diefstal. Er werden vingerafdrukken en DNA-stalen van hem genomen, maar later werd hij vrijgesproken. Ook de vingerafdrukken en een DNA-staal van Michael Marper werden afgenomen bij zijn arrestatie op beschuldiging van het lastigvallen van zijn partner. Later liet Marper's partner de klacht vallen. De vraag van beide eisers om vernietiging van hun DNA-stalen werd geweigerd door de betrokken politiediensten. De rechtbank van eerste aanleg bevestigde deze beslissing en opeenvolgende beroepen haalden niets uit. Beide afnames gebeurden in het kader van de "Police and Criminal Evidence Act" van 1984, zoals gemendeerd in 2001, die zegt dat de politie de vingerafdrukken en DNA-stalen van alle personen onderzocht in verband met een onderzoek, voor onbepaalde periode zou kunnen bewaren, tenzij er nooit verdenking op deze personen rustte. In deze wet werd als enige eis voor verder gebruik van bewaarde stalen gesteld dat dit slechts kon in het kader van misdadaadbestrijding.

Inmenging met het privéleven?

Voor het EHRM beriepen de eisers zich op Artikel 8 EVRM, dat het recht op privéleven beschermt. Zowel het afnemen als het bewaren van DNA-stalen vielen volgens hen binnen het toepassingsgebied van Artikel 8. Vooral de bewaring van de stalen zagen ze als een grote inmenging, aangezien zo private, genetische informatie over de eisers en hun verwanten permanent ter beschikking kwam van anderen, en buiten hun controle. Bijzondere nadruk legden zij ook op de negatieve psychologische gevolgen en het sociale stigma dat met de bewaring van deze DNA-stalen gepaard ging in het geval van kinderen.

De Britse regering zag in het bewaren van de DNA-stalen geen inmenging met het privéleven, aangezien dit volgens haar noch de integriteit, noch de persoonlijke ontwikkeling of ontwikkeling van relaties, noch het recht op zelfbepaling van een persoon aantastte. Zelfs al zouden de feiten in het toepassingsgebied van Artikel 8 vallen, dan waren de gevolgen zo miniem dat er geen sprake kon zijn van een inmenging.

Het Hof maakte een theoretisch onderscheid tussen het bewaren van vingerafdrukken enerzijds en van DNA-stalen en -profielen anderzijds. Deze laatste informatie achtte het bijzonder gevoelig wegens de vele

Aagje leven *

informatie die erin vervat zat over de gezondheid, genetische banden, en etnische origine van een individu. Bovendien vond het de bezorgdheid omtrent mogelijke toekomstige gebruikstoepassingen met DNA-materiaal in de database terecht. Hoewel vingerafdrukken als minder gevoelige informatie werden beschouwd, ging het ook hier om persoonlijke en unieke informatie die de mogelijkheid bood tot identificatie in heel wat omstandigheden, net als foto's en stemidentificatie. Het Hof oordeelde daarom dat eenzelfde aanpak moest gevolgd worden en dat het nemen, permanent bewaren en regelmatig automatisch verwerken van vingerafdrukken eveneens een inmenging vormde met het privéleven.

Was deze inmenging gerechtvaardigd?

Volgens de eisers was deze inmenging met het privéleven niet gerechtvaardigd. Ze wezen erop dat de brede en vage doelomschrijving misbruik toeliet en bekritiseerden het gebrek aan procedurele waarborgen. De inmenging was controversieel en bovendien niet noodzakelijk in een democratische samenleving: eens er een DNA-profiel was aangemaakt, was het niet nodig de stalen zelf te bewaren en bovendien was de effectiviteit van het uitbreiden van de DNA-database met DNA van onschuldigen onvoldoende bewezen, aldus de eisers. Vooral de rigourosheid van de maatregel, het feit dat de bewaring voor onbepaalde tijd was en het gebrek aan een onafhankelijk controleorgaan stootten tegen de borst. Tot slot werd nogmaals benadrukt dat een profiel in de database een stigma betekende, zeker voor kinderen en bepaalde etnische groepen, die erin oververtegenwoordigd waren.

De Britse regering argumenteerde daarentegen dat de inmenging bij wet voorzien was en de legitieme doelen van misdadaadbestrijding en -preventie diende. De databank was volgens de regering van groot nut bij het opsporen van misdadigers en het vrijspreken van onschuldigen en zij citeerde statistieken om dit te ondersteunen. De data werden voor beperkte doeleinden gebruikt en veilig bewaard, Met de bewaring van gegevens gingen volgens hen geen stigma en geen praktische consequenties gepaard, aangezien dit enkel gebeurde om de database uit te breiden.

Het Hof oordeelde dat de inmenging een wettelijke ba-

* Aagje leven is wetenschappelijk medewerker Faculteit Rechtsgeleerdheid K.U.Leuven

sis had, en bekeek vervolgens of de inmenging noodzakelijk was in een democratische samenleving. Zijn antwoord op die laatste vraag, beperkte het Hof tot de permanente bewaring van de vingerafdrukken en DNA-stalen van personen van alle leeftijden die ooit verdacht waren van een misdaad, maar niet veroordeeld. Een inmenging met het privéleven onder artikel 8§1 is gerechtvaardigd onder artikel 8§2 indien deze proportioneel is tot het beoogde doel. Het Hof wees erop dat de nationale autoriteiten een appreciatiemarge toekwam in het beoordelen van die proportionaliteit.

De breedte van die marge hing enerzijds af van het belang van het recht in kwestie. Indien het ging om een recht cruciaal voor het effectief genieten van het recht op privéleven zou de appreciatiemarge voor de staat minder breed zijn. Het Hof oordeelde dat de bescherming van persoonlijke gegevens inderdaad zo'n recht was, zeker indien het, zoals in deze zaak, ging om DNA-informatie, die gezondheids- en genetische informatie bevatte, van zeer groot belang voor het individu en zijn of haar familie. Passende beschermingsmechanismen moesten dus aanwezig zijn.

De appreciatiemarge van de staat was breder indien er tussen de verdragspartijen geen consensus bestond over het belang van dit recht of de manier waarop het beschermd moest worden. Het Hof wees er echter op dat er een bijzonder brede consensus bestond wat betreft het beschermen van dit soort gegevens in de lidstaten van de Raad van Europa. Het leek erop dat enkel Engeland, Wales en Noord-Ierland het permanent bewaren van vingerafdrukken en DNA-materiaal van eender wie, van eender welke leeftijd, gearresteerd op verdenking van eender welk misdrijf, toelieten. Het tegenargument van het Verenigd Koninkrijk dat het een pioniersrol speelde in het gebruik van DNA voor het opsporen van misdadigers, aanvaardde het Hof niet: die rol bracht juist een speciale verantwoordelijkheid voor grondrechten met zich mee. Het Hof zou dan ook zorgvuldig toezicht uitoefenen op de proportionaliteit van de maatregel.

Hoewel het Hof de eisers bijtrad in hun argument dat de permanente bewaring van DNA-stalen van verdachten minder effectief was dan de statistieken van de regering deden uitschijnen, wilde het nog aanvaarden dat ze het doel van misdaadbestrijding bevorderde. De proportionaliteit was echter ver zoek. De Straatsburgse rechters waren getroffen door de algemeengeldenheid en willekeur van de maatregel: het DNA van eenieder, van welke leeftijd dan ook, verdacht van welk misdrijf dan ook kon bewaard worden voor onbepaalde tijd, zonder onafhankelijke beoordeling en met zeer beperkte mogelijkheden tot verwijdering van deze gegevens. Het argument dat dit geen direct effect had op de persoon zelf pareerde het Hof met de vaststelling van een risico op stigmatisering: niet-veroordeelde verdachten werden op dezelfde manier behandeld als veroordeelden, en anders dan zij die nooit verdacht waren. Dit bracht het principe dat er na vrijspraak geen twijfels over de onschuld van een voormalig verdachte mogen geuit wor-

den, in gevaar. Dit risico was bovendien extra groot in het geval van minderjarigen, gezien het belang van hun ontwikkeling en hun integratie in de samenleving. Ook het Hof wees op de oververtegenwoordiging van jongeren en etnische minderheden in de DNA-database. Het concludeerde dan ook dat het Verenigd Koninkrijk Artikel 8 EVRM geschonden had.

Draagwijdte van het arrest

Het belang van dit arrest zit hem niet zozeer in de directe gevolgen ervan. In Engeland, Wales en Noord-Ierland moeten het DNA-materiaal en de vingerafdrukken van vele duizenden onschuldigen vernietigd worden, maar DNA-stalen en vingerafdrukken van een verdachte kunnen nog steeds worden afgenomen en bewaard voor de duur van het onderzoek, of langer, indien de verdachte veroordeeld wordt.

Veel belangrijker is echter het feit dat het Hof met deze uitspraak een halt toeroept aan de neiging een soort controlemaatschappij in te richten. De redenering achter de Britse maatregel was immers het zoveel mogelijk uitbreiden van de database. Lord Justice Sedley, rechter op hoog niveau, argumenteerde zelfs dat iedere Britse staatsburger, evenals elke bezoeker, in zo'n databank zou moeten komen, onder andere omdat anders misdadigers wiens DNA niet in de database zat, ongestraft zouden blijven. Dit argument spiegelt ons de illusie voor van meer veiligheid dankzij een perfect strafrechtsapparaat waarin elke misdaad gelinkt kan worden aan iemand in de database. Maar dat is niet het ideaal: de perfecte situatie is er een waarin die misdaden niet gebeuren. Bovendien werkt het in praktijk meestal andersom en worden stalen van nieuwe verdachten gelinkt met oude misdaadscènes in plaats van nieuwe misdaden met bestaande info in de database. Het gaat er dus veeleer om de juiste verdachten op te sporen. De 'universele database' keert die logica om. Mensen die te goeder trouw denken dat "wie niets verkeerd doet er ook geen last van heeft", gaan te gemakkelijk voorbij aan het feit dat een universele database juist iedereen verdacht maakt totdat zijn onschuld bewezen is. Aanwezigheid in de databank kan bovendien leiden tot fouten en misbruik van zeer gevoelige informatie, iets waaraan onschuldigen zeker niet blootgesteld hoeven worden. Gelukkig, en zeer terecht, heeft het Hof een rem gezet op ontwikkelingen in die richting en de stelregel van een enge appreciatiemarge voor de staat in geval van grote consensus onder de lidstaten, voor één keer toegepast om een grondrecht te behouden en te versterken, eerder dan om er geen toe te kennen (wat in het verleden vaker het geval was). In het licht van recente ontwikkelingen in de strijd tegen terrorisme en de manier waarop, door overheden en ook door veel burgers, weinig waarde wordt gehecht aan basisrechten die minder belangrijk lijken dan (het valse gevoel van) 'veiligheid' is dit een erg belangrijk statement van het EHRM.