

De Grondwet aan het gezicht onttrokken

Het Grondwettelijk Hof en het 'boerkaverbod'

Jogchum Vrielink¹

Postdoctoraal onderzoeker aan de KU Leuven (Instituut voor Constitutioneel Recht) en coördinator van het Universitair Centrum voor Discriminatierecht (Steunpunt Gelijkekansenbeleid)

INHOUD

I.	Boerkaverbod: historiek en strekking	251
II.	Legaliteitsbeginsel	251
III.	Grondrechten vs. doelen	253
A.	Veiligheid	253
B.	'Samen leven'	255
C.	Vrouwenrechten	257
D.	Evenredigheid	258
IV.	Democratie, rechtsstaat en counter-majoritarianism	259

Facial features are the primary means by which human beings recognize one another. That is why police departments distribute 'mug' shots of wanted felons, rather than Ivy-League-type posture pictures; it is why bank robbers wear stockings over their faces instead of floor-length capes over their shoulders; it is why the Lone Ranger wears a mask instead of a poncho; and it is why a criminal defense lawyer who seeks to destroy an identifying witness by asking 'You admit that you saw only the killer's face?' will be laughed out of the courtroom.²

1. Het voorgaande is een citaat van Antonin Scalia, een rechter uit het Amerikaanse Hooggerechtshof (*Supreme Court*). Terecht benadrukt Scalia het grote belang dat wij doorgaans hechten aan iemands gezichtskenmerken, zowel in het dagelijkse leven als in een juridische context. Kan de Staat echter, mede op grond van dat belang of op basis van bijkomende overwegingen, zijn burgers verplichten om te allen tijde hun gezicht te tonen?

2. In de Verenigde Staten zou dit alvast ondenkbaar zijn: de verregaande bescherming die het Eerste Amendement (*First Amendment*) biedt aan religieuze en andere uitingen (inclusief kleding als '*symbolic speech*'), sluit de mogelijkheid uit van een verbod op gezichtsbedekking in het algemeen of specifiek op gezichtssluiers. Indien een toevallige politieke meerderheid tóch zou besluiten om een dergelijk verbod uit te vaardigen, dan zou het een toetsing door het hof waarin Scalia zetelt, allicht niet doorstaan.³

Zo niet aan deze kant van de oceaan, waar grondrechten in veel gevallen minder verregaand beschermd zijn. In Frankrijk bleek al in 2010 dat de Grondwettelijke Raad (*Conseil Constitutionnel*) geen noemenswaardige graten zag in het daar afgekondigde verbod op gezichtsbedekking.⁴ Sinds 6 december 2012 is duidelijk dat ook het Belgisch Grondwettelijk Hof geen problemen heeft met het gelijkaardige verbod hier te lande. Sterker nog, lezing van het arrest geeft veeleer de indruk dat de wetgever er over de hele lijn goed aan heeft gedaan door het verbod op gezichtsbedekking in te stellen, vanuit een bekommernis de grondwettelijk gewaarborgde rechten te beschermen.

3. In deze bijdrage wordt een kritische analyse geboden van de argumentatie van het Grondwettelijk Hof (II en III), waarna wordt afgesloten met enkele meer rechtsstatelijke overwegingen (IV). Begonnen wordt echter met een korte historiek van het zogenaamde

1. De auteur dankt Helder De Schutter, Jelle Flo, Adriaan Overbeeke en Stefan Sottiaux.

2. Scalia, J. *dissenting in Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 466-67 (1995).

3. Zie hierover o.m. M. Nussbaum, 'Veiled Threats', *New York Times* 11 juli 2010. En meer uitvoerig: M. Nussbaum, *The New Religious Intolerance. Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Harvard, Harvard University Press, 2012. Zie ook de kritiek vanuit Washington op de 'boerkaverboden' in Frankrijk en België: US Department of State (Bureau of Democracy, Human Rights and Labor), *International Religious Freedom Report for 2011*, 30 juli 2012. Wel is het zo dat het Hooggerechtshof eind 2004 afzag van de gelegenheid om een zaak op te nemen waarin een New Yorks verbod op het dragen van maskers tijdens bepaalde publieke demonstraties centraal stond (543 U.S. 1020, *Church of the American Knights of the Ku Klux Klan et al. v. Kelly, Commissioner, New York City Police Department, et al.*, No. 04-223., Supreme Court of the United States, 6 december 2004, C. A. 2d Circuit., Certiorari denied). De lagere rechters waren verdeeld over de kwestie: de federale districtsrechtbank (*District Court*) had – met verwijzing naar rechtspraak van het Hooggerechtshof – een schending vastgesteld van het Eerste Amendement, terwijl het hof van beroep (*Court of Appeals*, 2nd Circuit) de claims van de Klanleden had afgewezen.

Nog afgezien van de essentiële verschillen tussen enerzijds de bewuste Amerikaanse zaak (contextueel verbod op maskers van een i.c. vaak gewelddadige groepering) en anderzijds een algemeen verbod op gezichtsbedekking of een specifiek verbod op gezichtssluiers, zegt de weigeringsbeslissing van het Hooggerechtshof inhoudelijk niets over hoe het zelfs deze zaak beslecht zou hebben. Het Hof kan zelf kiezen welke zaken het behandelt en weigert tussen de 98 en de 99% van de zaken die het binnenkrijgt.

4. Of liever: slechts één graat. De Grondwettelijke Raad stelde dat de wet niet kon gelden in (zelfs voor het publiek toegankelijke) gebedshuizen (*Conseil Constitutionnel* 7 oktober 2010, nr. 2010-613 DC, § 5).

‘boerkaverbod’⁵, alsook met een weergave van de strekking ervan (I).

I. Boerkaverbod: historiek en strekking

4. België was het tweede Europese land, na Frankrijk, dat een algemeen verbod invoerde op gezichtsbedekking in het openbaar. Dat dit niet eerder gebeurde, had slechts te maken met de val van de regering-Leterme II in april 2010. Op dat moment had de Kamer bij quasi-unanimité⁶ een wetsvoorstel ter zake gestemd en de Senaat ging net aan de bespreking ervan beginnen: het zag er daardoor even naar uit dat België het *eerste* Europese land zou worden met een ‘boerkaverbod’. De voortijdige ontbinding van het parlement op 7 mei 2010 maakte echter dat het hangende ontwerp kwam te vervallen. In de zittingsperiode volgend op de verkiezingen werd de tekst van het eerder goedgekeurde voorstel hernomen en gestemd, opnieuw vrijwel unaniem.⁷

5. De wet van 1 juni 2011⁸ voegde in het Strafwetboek een nieuw artikel 563bis in. De bepaling – een overtreding – maakt personen strafbaar die zich ‘in de voor het publiek toegankelijke plaatsen begeven met het gezicht geheel of gedeeltelijk bedekt of verborgen, zodat zij niet herkenbaar zijn’. De sanctie is een geldboete tot 150 euro⁹ en/of een gevangenisstraf van een dag tot zeven dagen. Uitzonderingen op het verbod zijn limitatief en gelden (uitsluitend) voor ‘andersluidende wetsbepalingen’, ‘arbeidsreglementen’ en ‘politieverordeningen naar aanleiding van feestactiviteiten’ die gezichtsbedekking opleggen of toelaten.

De wetgever wilde met deze strafbaarstelling naar eigen zeggen de veiligheid en openbare orde garanderen. Maar dat niet alleen. De wet berust ook ‘meer fundamenteel op sociale overwegingen’¹⁰, waaronder ‘een zekere opvatting van het “samen-leven”’¹¹ die de wet-

gever koestert (met de klemtoon op communicatie en herkenbaarheid), en het beschermen van vrouwen-rechten ‘in een geëmancipeerde maatschappij’.¹²

6. Het duurde niet lang voor er verschillende beroepen tot vernietiging tegen de wet werden ingesteld bij het Grondwettelijk Hof. De verzoekers claimden onder andere dat het verbod een schending oplevert van het legaliteitsbeginsel, de godsdienstvrijheid, het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en het recht op privéleven. Het Hof verwierp – op een klein voorbehoud na – al deze middelen.

II. Legaliteitsbeginsel

7. Door verzoekers (maar ook in de rechtsleer¹³ en door de Dienst Wetsevaluatie¹⁴) werd ten eerste beargumenteerd dat het toepassingsgebied van de wet onvoorspelbaar en potentieel vrijwel onbegrensd is, terwijl de uitzonderingen (te) beperkt zijn. Dit zou het onmogelijk maken voor rechtsonderhorigen om hun gedrag in overeenstemming te brengen met de wet, wat problematisch is in het licht van het legaliteitsbeginsel. Wanneer kun je immers zeggen dat iemand zijn gezicht ‘gedeeltelijk bedekt’? Moet dat voortdurend het geval zijn of volstaat tijdelijke bedekking? Wat betekent ‘herkenbaarheid’? Voor wie moet men ‘herkenbaar’ zijn? Welke plaatsen zijn voor het publiek toegankelijk in de zin van de wet, en welke plaatsen niet?

8. Het Grondwettelijk Hof stelt in zijn arrest dat het legaliteitsbeginsel is geëerbiedigd.¹⁵ Een term als ‘herkenbaarheid’ – door de Ministerraad enigszins laconiek verduidelijkt als ‘die kan worden herkend’¹⁶ – is volgens het Hof ‘voldoende expliciet opdat de rechtzoekende redelijkerwijs in staat is de draagwijdte ervan te bepalen’.¹⁷ Hetzelfde geldt voor het begrip ‘voor het publiek toegankelijke plaatsen’, waarbij het Hof verwijst naar cassatierechtspraak in verband met de

5. De aanduiding ‘boerkaverbod’ is om verschillende redenen eigenlijk niet accuraat, vandaar de aanhalingstekens. Ten eerste verwijst ‘boerka’ naar het (veelal blauwe) kledingstuk dat het gehele vrouwelijke lichaam bedekt, inclusief het hoofd, waarbij zich op ooghoogte een klein venster van gaas bevindt, typerend voor gebieden in Pakistan en Afghanistan. Dergelijke gezichtssluiers ziet men echter (vrijwel) niet in West-Europa. Voor zover hier gezichtssluiers gedragen worden, gaat het doorgaans om de zgn. nikab: een gezichtssluier die de ogen niet bedekt, maar de rest van het gezicht wel. Een tweede reden waarom de aanduiding ‘boerkaverbod’ niet geheel juist is – alvast in de Belgische context – is omdat het een *pars pro toto* betreft: de wet die als zodanig aangeduid wordt, verbiedt niet enkel de boerka (en de nikab), maar gezichtsbedekking en -verhulling in het algemeen (beperkte uitzonderingen daargelaten). Zie ook J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, ‘Boerkaverbod. Juridische aspecten van lokale en algemene verboden op gezichtsverhulling in België’, *NjW* 2011, nr. 244, 398.

6. Het ging om 136 stemmen voor, 0 tegen en 2 onthoudingen.

7. Het voorstel werd in de Kamercommissie eenparig aangenomen (*Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 23). In de plenaire Kamer stemden 129 leden voor, 1 lid stemde tegen en er waren 2 onthoudingen (*Hand. Kamer* 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 60).

8. Voluit: wet van 1 juni 2011 tot instelling van een verbod op het dragen van kleding die het gezicht volledig dan wel grotendeels verbergt, *BS* 13 juli 2011. Inwerkingtreding: 23 juli 2011.

9. D.w.z.: ‘vijftien euro tot vijftentwintig euro’, verhoogd met de wettelijke opdecimen (sinds 1 januari 2012 een factor 6).

10. *GwH* 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.2.

11. *Ibid.*, B.17. Vgl. ook *ibid.*, B.4.2-4.5. Zie voorts *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/1, 5 en *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-219/1, 5.

12. *GwH* 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.2. Verwijzend naar: *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/1, 5, en *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-219/1, 5.

13. Zie bv. J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 398-414; C. MATHIEU, P. DE HERT en S. GUTWIRTH, ‘Boerkaverbod verdient grondig debat’, *Juristenkrant* 2010, nr. 213, 14; S. OUALD CHAIB, ‘Het verbod op gezichtsverhullende kledij ontsluit’, *TvMR* 2010, nr. 2, 13-14.

14. Advies Dienst Wetsevaluatie Senaat, COM/25/2011-Gvdb, 6 mei 2011.

15. *GwH* 6 december 2012, nr. 145/2012, B.8.1-8.2.

16. *Ibid.*, B.8.1. Zie ook: *ibid.*, A.3.2.

17. *Ibid.*, B.8.1.

(nochtans afwijkende) term ‘openbare plaats’.¹⁸ De resonerende beoordelingsbevoegdheid voor de rechter zou hoe dan ook ‘aan de wet niet het voldoende nauwkeurige karakter ervan [ontnemen] om te voldoen aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel’.¹⁹

9. Deze algemene formules van Hof perken de potentieel ruime strekking van de wet niet in.²⁰ Hierbij is ook van belang dat bij het begaan van de overtreding geen opzet is vereist: onachtzaamheid volstaat. Voor overtredingen is in het Belgische strafrecht louter onachtzaamheid vereist indien de wet hierover zelf niets vermeldt. Opzet is alleen vereist als de wet dat uitdrukkelijk bepaalt, wat hier niet het geval is.²¹

Kortom, we moeten dus aannemen dat elke – opzettelijke óf onopzettelijke – gedeeltelijke bedekking van het gezicht, die (zelfs zeer tijdelijk) tot ‘onherkenbaarheid’ leidt, verboden is, tenzij die onder een van de uitzonderingen valt.²²

10. Met betrekking tot die uitzonderingen (‘andersluidende wetsbepalingen’, ‘arbeidsreglementen’ en ‘politieverordeningen naar aanleiding van feestactiviteiten’) kan het volgende worden opgemerkt. Voor zover er al uitdrukkelijk in een rechtsgrond voor gelaatsbedekking wordt voorzien, dan bevindt die zich meestal in koninklijke besluiten: dat zijn geen ‘wetsbepalingen’, zoals vereist in artikel 563bis Strafwetboek, maar ‘reglementaire bepalingen’. Naar de letter van het verbod kunnen dergelijke bepalingen dus niet als grondslag voor een uitzondering dienen.²³ Ook gelaatsbedekking en maskers die in een professionele context worden gebruikt, worden lang niet altijd voorgeschreven door een ‘arbeidsreglement’, maar opnieuw vaak

door koninklijke besluiten. Dat is bijvoorbeeld het geval voor asbestverwijdering²⁴ en voor werkzaamheden op plaatsen waar gevaarlijke gassen kunnen voorkomen.²⁵ Soms wordt gezichtsbedekking ook opgelegd door cao’s of individuele arbeidsovereenkomsten, wat opnieuw geen ‘arbeidsreglementen’ zijn. Tot slot zijn op lokaal niveau de uitzonderingen beperkt tot ‘politieverordeningen naar aanleiding van feestactiviteiten’, wat alle andere contexten *a contrario* uitsluit. Meer in het algemeen worden zelfs naar aanleiding van veel feestactiviteiten geen politieverordeningen uitgevaardigd, laat staan dat de uitgevaardigde verordeningen uitdrukkelijk gezichtsbedekking toelaten.²⁶ Tot slot is voor andere veelvoorkomende vormen van gezichtsbedekking – zoals om gezondheidsredenen, uit artistieke overwegingen of in het kader van sportactiviteiten – zelfs helemaal geen uitzonderingsgrond opgenomen in de wet.²⁷

11. Mede door deze formuleringen worden talloze situaties waarin onherkenbaarheid (door gelaatsbedekking) nochtans algemeen maatschappelijk aanvaard is, niet door de uitzonderingen van de wet gedekt. Zo kan iemand die zich ’s winters dik inpakt met een muts en sjaal beboet worden en hetzelfde geldt ’s zomers voor iemand met een modieuze grote zonnebril en een strandhoed. Potentieel strafbaar zijn voorts fietsers die een stofmasker dragen tegen smog, motorrijders met een ondoorzichtig vizier²⁸, leiders van de jeugdbeweging die geschminkt en verkleed een stadsspel begeleiden, gesluierde bruiden, als hamburger, gsm of

18. *Ibid.*, B.8.2. Dit terwijl de term ‘publiek toegankelijke plaats’ wel ook in andere wetgeving wordt gebruikt, maar in uiteenlopende betekenissen. In de wetgeving inzake bewakingscamera’s wordt de ‘voor het publiek toegankelijke plaats’ bijvoorbeeld gedefinieerd als ‘het gebouw of de plaats bestemd voor het gebruik door het publiek waar diensten aan het publiek kunnen worden verstrekt, evenals elke plaats die niet door een omsluiting is afgebakend en vrij toegankelijk is voor het publiek’. In de wetgeving op het rookverbod wordt ‘plaats toegankelijk voor het publiek’ dan weer omschreven als ‘a) plaats waarvan de toegang niet beperkt is tot de gezinsfeer; b) onder meer inrichtingen of gebouwen van volgende aard: i. overheidsplaatsen; ii. stations; iii. luchthavens; iv. handelszaken; v. plaatsen waar al dan niet tegen betaling aan het publiek diensten worden verstrekt, met inbegrip van plaatsen waar voedingsmiddelen en/of dranken ter consumptie worden aangeboden; vi. plaatsen waar zieken of bejaarden worden opgevangen of verzorgd; vii. plaatsen waar preventieve of curatieve gezondheidszorgen worden verstrekt; viii. plaatsen waar kinderen of jongeren op schoolgaande leeftijd worden opgevangen, gehuisvest of verzorgd; ix. plaatsen waar onderwijs en/of beroepsopleidingen worden verstrekt; x. plaatsen waar vertoningen plaatsvinden; xi. plaatsen waar tentoonstellingen worden georganiseerd; xii. plaatsen waar sport wordt beoefend’.

19. *Ibid.*, B.8.2.3.

20. Op de vraag naar de betekenis van ‘gedeeltelijke bedekking’ wordt zelfs helemaal niet ingegaan.

21. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 252. Zie in dit opzicht ook de kritiek van de Dienst Wetsevaluatie van de Senaat: Advies Dienst Wetsevaluatie Senaat, COM/25/2011-Gvdb, 6 mei 2011, 4. Opzet is overigens wel uitdrukkelijk vereist in het artikel waarbij het boerkaverbod aansluit, t.w. artikel 563 Sw. (beschadiging van afsluitingen en lichte gewelddaden), evenals bij diverse andere overtredingen.

22. Het Hof zegt dit ook met zoveel woorden, waar het – in het licht van de parlementaire voorbereidingen – de reikwijdte van het verbod beschouwt: GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.6.

23. Vgl. Advies Dienst Wetsevaluatie Senaat, COM/25/2011-Gvdb, 6 mei 2011, 3-4.

24. Art. 60 koninklijk besluit 16 maart 2006 betreffende de bescherming van de werknemers tegen de risico’s van blootstelling aan asbest.

25. Art. 53 e.v. Algemeen reglement voor de arbeidsbescherming (ARAB).

26. Uit een persoonlijke (steekproefsgewijze) analyse van recente politieverordeningen in verband met Halloween, Sinterklaas etc. van 10 Belgische steden bleek dat vrijwel nooit in uitdrukkelijke uitzonderingen werden voorzien.

27. De Franse wet is qua uitzonderingen bijvoorbeeld strategischer geformuleerd, door te verwijzen naar ‘gezichtsbedekking om beroepsredenen’ en door verder in algemene zin te bepalen dat het verbod niet geldt in geval van feesten. Ook omvat de Franse wet uitzonderingen om artistieke redenen, om gezondheidsredenen en voor sportactiviteiten. Zie Loi No. 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public, *Journal Officiel* 12 oktober 2010. Zie ook: Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi no. 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public, *Journal Officiel* 3 maart 2011.

28. Vanuit veiligheidsoverwegingen worden viziers die minder dan 50% licht doorlaten reeds als niet-reglementair beschouwd voor gebruik op de openbare weg (keuringslabel ECE 22-05), maar het ingevoerde verbod op gezichtsverhulling zal dit verbod *de facto* uitbreiden, gezien ook een vizier dat 50% (of meer) lichtdoorlatend is, iemand (verdergaand) onherkenbaar maakt (dan toegelaten). In dat opzicht zou men zelfs meer algemeen kunnen beargumenteren dat de verplichting om op een motor in het verkeer een valhelm te dragen, gelezen in samenhang met het verbod op gezichtsverhulling, ertoe noopt dat motorrijders moeten kiezen voor de minst verhullende valhelm die wettelijk toegelaten/voorgeschreven is (bv. een jethelm in plaats van een integraalhelm). Sowieso is het dragen van veiligheidshelmen (en andere voorgeschreven gezichtsbedekkingen) verboden buiten de beperkte omstandigheden waarin de wet dit uitdrukkelijk toelaat of verplicht: een motorrijder zou dus strikt genomen zijn helm moeten afzetten alvorens van zijn tot stilstand gebrachte motor te stappen, teneinde elk strafbaar gedrag te vermijden.

stempotlood verklede personen²⁹, diverse artiesten en bands (zoals *Marilyn Manson*, *Alice Cooper*, *Kiss*, *Slipknot*, *Lordy* en *Daft Punk*), de paashaas, halloweengekostumeerden, mimespelers, carnavalsvierders, Teletubbies, Mega Mindy en Kabouter Plop.³⁰ En wat met iemand die na een ongeluk of plastische chirurgie met gezichtsbedekkend verband rondloopt? Onder een van de uitzonderingen valt zo iemand in elk geval niet.

De Dienst Wetsevaluatie van de Senaat wees ook op dit probleem en gaf aan dat de wet tot gevolg zou hebben dat onder meer de volgende personen strafbaar zijn wanneer zij zich in een voor het publiek toegankelijke plaats begeven:

- “personen die om gezondheidsredenen het gezicht bedekken;
- schermers, valschermspringers, duikers, motorrijders, carters en andere sporters die het gezicht bedekken of verbergen;
- toneelspelers, circusartiesten en levende standbeelden, wanneer zij onherkenbaar zijn doordat zij het gezicht bedekken of verbergen;
- personen verkleed als de Sint, zijn knecht, de Kerstman of de paashaas, evenals personen die het gezicht bedekken naar aanleiding van Halloween, Driekoningen, carnaval en processies, tenzij een politieverordening dit toestaat;
- personen die om beroepsredenen het gezicht bedekken of verbergen, tenzij een arbeidsreglement dit toestaat.”³¹

De datum waarop het arrest van het Grondwettelijk Hof werd gewezen – 6 december, oftewel Sinterklaas – is in het licht hiervan niet zonder ironie.

12. Nu wordt het verbod uiteraard niet (systematisch) op de zojuist beschreven wijze toegepast: veruit de meeste situaties waarin mensen *de facto* het verbod overtreden, leiden niet tot politie-interventie. Maar dat is, vanuit het legaliteitsbeginsel, net het probleem.³² De onnauwkeurigheid van de wet (of liever de quasione beperkte reikwijdte ervan) impliceert dat de ordediensten op elk moment eender wie in de openbare ruimte *kunnen* sanctioneren, wanneer zij *ad hoc* zouden vaststellen – al dan niet als stok om de

spreekwoordelijke hond mee te slaan – dat diens gezicht ‘gedeeltelijk bedekt’ is.

Het probleem met het verbod is niet louter dat willekeur een bepaalde rol speelt in de toepassing. Het probleem is eerder dat willekeur de *essentie* vormt van het verbod. De willekeur is totaal en ‘moet’ dat eigenlijk ook wel zijn. Afwezigheid ervan zou immers, gezien de formulering van het verbod en hetgeen er strikt genomen onder valt, een normale, vrije samenleving vrijwel onmogelijk maken.

13. Dat het Grondwettelijk Hof niet besluit om het verbod, om deze reden, te vernietigen, kan moeilijk worden bijgetreden. Dat geldt *a fortiori* voor het feit dat Hof evenmin door grondwetsconforme interpretaties – zoals het vereisen van opzet en het ‘inlezen’ van bijkomende uitzonderingen – heeft proberen te verhelpen aan dit probleem.³³

III. Grondrechten vs. doelen

14. Wat de (andere) ingeroepen rechten en vrijheden – de godsdienstvrijheid, het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en het recht op privéleven – betreft, gaat het Grondwettelijk Hof het meest uitvoerig in op de godsdienstvrijheid. Bij de behandeling van de overige genoemde rechten verwijst het Hof grotendeels naar die basisanalyse³⁴; bij alle betrokken rechten is toetsing immers gelijkaardig. Telkens is er, behalve een wettelijke basis, ook een legitiem doel vereist; verder moet de maatregel pertinent en noodzakelijk zijn, en er moet sprake zijn van evenredigheid tussen middel en doel.

Wat volgt, is een analyse aan de hand van elk van de drie hoofddoelstellingen: veiligheid (A), ‘samen leven’ (B) en vrouwenrechten (C). Tot slot komt de evenredigheid aan bod (D).

A. Veiligheid

15. De wetgever achtte het ‘vanzelf[sprekend] dat het dragen van kledij die het gezicht volledig bedekt, pro-

29. Het laatste voorbeeld leidde al tot een arrestatie in Genk op grond van een lokaal verbod op gezichtsbedekking. De jongerenafdeling van een politieke partij had in Genk een actie georganiseerd om jongeren tot stemmen aan te zetten, door middel van een menselijk stempotlood. De politie achtte op grond van lokale regelgeving de persoon in het potloodpak ‘niet herkenbaar’. Legitimatie door middel van identiteitskaart volstond niet en ‘het potlood’ werd meegenomen voor verhoor (R. GREGOOR, ‘Politieman pakt potloodman op’, *De Standaard* 7 juni 2010).

30. Vgl. de opsomming in J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 408-409.

31. Advies Dienst Wetsevaluatie Senaat, COM/25/2011-Gvdb, 6 mei 2011, 1.

32. Vanuit het discriminatieverbod is het risico dan weer dat het verbod (dat om een reden bekendstaat als het ‘boekverbod’) op discriminatoire wijze zal worden toegepast en afgedwongen (nl. enkel sanctionering van nikabdraagsters).

33. Zie in die zin ook de Dienst Wetsevaluatie van de Senaat, die onder andere de opname van een opzetvereiste bepleitte (‘zij die zich *wetens en willens* onherkenbaar in een voor het publiek toegankelijke plaats begeven’ etc.), om minstens het gevolg te ondervangen ‘dat talrijke personen strafbaar worden die onbedoeld onherkenbaar zijn’ (*ibid.*, 4). Niet alleen gaat het Grondwettelijk Hof hieraan voorbij, het aanvaardt – later in het arrest – zelfs dat het verbod de rechtszekerheid *ten goede* kwam, aangezien er voordien enigszins uiteenlopende lokale bepalingen bestonden (GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.27; over die lokale bepalingen, zie: J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 399-404). Op dat laatste punt gaat het Hof dan weer voorbij aan het feit dat het algemene verbod nu net de lokale verboden onverlet laat, doordat de wet tegelijk de Nieuwe Gemeentewet aanpaste en het zodoende mogelijk maakte om de lokale bepalingen toe te passen als er geen sanctionering plaatsvindt op grond van het strafrechtelijke verbod. In de praktijk blijkt bovendien dat het nog altijd vooral de lokale bepalingen zijn die toegepast worden.

34. Enkele andere middelen – met name die genomen uit de (rechtstreekse) schending van het Handvest van de grondrechten – acht het Hof niet ontvankelijk (GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.10.3, B.42.2 B.53.2). De vrijheid van vereniging, tot slot, wordt volgens het Hof door de bestreden bepaling niet geraakt, zodat de middelen die daarop gesteund zijn, ongegrond zijn (*ibid.*, B.66.2).

blemen oplevert voor openbare veiligheid', aangezien iedereen in het openbaar 'herkenbaar moet zijn'.³⁵ Er werd in het parlement ook gewag gemaakt van het plegen van misdrijven door personen met een bedekt gezicht.³⁶

16. Het Hof meent dat de wetgever terecht de vrees koestert dat gezichtsbedekking de openbare veiligheid in het gedrang brengt. Zo stelt het dat identiteitscontroles bemoeilijkt kunnen worden als iemand die gezichtsbedekking draagt, medewerking zou weigeren. Ook voor misdrijven zou de wetgever terecht vrezen. Of in elk geval zou het een probleem zijn wanneer personen die hun gezicht verhullen, misdrijven zouden plegen, omdat zij dan niet herkenbaar zouden zijn.³⁷

Het Hof erkent bij dit alles nochtans dat zich in België nog geen veiligheidsproblemen hebben gesteld naar aanleiding van het dragen van gezichtssluiers. Het Hof vindt echter dat het niet is omdat er (nog) geen probleem is, dat de wetgever niet zou mogen optreden; hij mag 'anticiperen':

*"Het is (...) niet omdat een gedraging nog niet een omvang zou hebben aangenomen die de maatschappelijke orde of de veiligheid in gevaar zou brengen, dat de wetgever niet zou mogen optreden. Het kan hem niet kwalijk worden genomen tijdig op een dergelijk risico te anticiperen door gedragingen te bestraffen wanneer vaststaat dat de veralgemening ervan een reëel gevaar met zich zou meebrengen."*³⁸

Die redenering van het Hof is opmerkelijk. De Amerikaanse auteur, Philip K. Dick, beschreef in 1956 in het dystopische – en later verfilmde – kortverhaal *The Minority Report* hoe in een totalitaire samenleving helderzienden (*precogs*) misdaden voorspellen.³⁹ De potentiële misdadigers werden preventief gevat en opgesloten, tot bleek dat niet alle potentiële misdadigers ook werkelijk misdaden zouden plegen. Het onderscheid tussen de samenleving uit *Minority Report* en de Belgische situatie is dat in het kortverhaal de antidemocratische maatregelen tenminste nog aan-

toonbaar dienstig waren om de veiligheid te verhogen.⁴⁰

17. Vóór de totstandkoming van het boerkaverbod maakte de wet op het politieambt identiteitscontroles door de politie reeds mogelijk⁴¹; er valt moeilijk in te zien waarom dit niet volstond als waarborg voor de openbare veiligheid. De hypothese van mogelijke onwil tot medewerking aan controles kan bezwaarlijk als grondslag dienen en ontbeert elke onderbouwing. Het oplichten van de gezichtssluier is een eenvoudige en snelle handeling.⁴² Bovendien geldt het risico van non-coöperatie bij identiteitscontroles niet enkel voor gesluierden of andere gezichtsbedekten, maar ook voor talloze andere mensen die zouden weigeren hun identiteitsbewijs te tonen. Het is onduidelijk waarom dit risico in het geval van gezichtsbedekking een algemeen verbod zou legitimeren, terwijl dit in andere gevallen simpelweg door geijkte politiemethoden opgelost wordt.⁴³ Er is bijvoorbeeld geen reden om aan te nemen dat in het ene geval een weigering waarschijnlijker zou zijn of frequenter zou voorkomen dan in het andere geval.

Veiligheid vereist de mogelijkheid van identificatie, maar geen continue herkenbaarheid door iedereen, om het even waar in de publieke ruimte. De beperking van de betrokken rechten lijkt dus niet noodzakelijk ten aanzien van de veiligheidsvereisten in België. Temeer daar de meeste vormen van gezichtsbedekking totaal geen veiligheidsrisico opleveren, zoals de analyse in het kader van het legaliteitsbeginsel liet zien (*supra* II). Het verbod is daarmee evenmin passend ('overinclusief').⁴⁴

Ten aanzien van degenen die wél een veiligheidsrisico vormen, lijkt het verbod ook niet pertinent. Immers: de enkelingen die van plan zijn een bank te overvallen, zullen zich er allicht weinig van aantrekken dat het ook nog eens een overtreding oplevert als ze daarbij hun gezicht bedekken.⁴⁵ Zelfs in die gevallen lijkt het overigens weinig waarschijnlijk dat hiervoor, in Europa, een gezichtssluier zou worden gebruikt. Al-

35. *Ibid.*, B.4.2. Verwijzend naar: *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/1, 5-6; *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-219/1, 5-6; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 10 en 13; *Parl.St.* Kamer 2010-11, CRIV 53 PLEN 30, 54, 68 en 71.

36. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.20.2. Verwijzend naar: *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/5, 8; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 7.

37. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.20.2.

38. *Ibid.*, B.20.3.

39. P.K. DICK, 'The Minority Report', *Fantastic Universe* 1956, nr. 4. De verfilming, getiteld *Minority Report*, dateert uit 2002 en werd geregisseerd door Steven Spielberg, met Tom Cruise in de hoofdrol. In de film kunnen de *precogs* overigens enkel moord en doodslag voorspellen. In het kortverhaal gaat het ook om andere criminele feiten.

40. Zie voor deze analogie ook J. FLO en J. VRIELINK, 'Belgisch Grondwettelijk Hof acht "boerkaverbod" grondwettig', *NJBlog* 18 december 2012; J. FLO, 'Geen Sinterklaas voor 207 moslima's', *Tertio* 12 december 2012, 10. De analogie is uiteraard een hyperbool. Niettemin lijkt het zo, als louter hypothetische risico's met strafbepalingen mogen worden gesanctioneerd, dat allerlei andere zaken ook kunnen worden verboden, zoals ruim zittende kledij (waar wapens onder gedragen kunnen worden) of rugzakken (waar wapens, bommen en maskers in vervoerd kunnen worden).

41. Art. 34, § 1 Wet op het politieambt maakt het mogelijk voor politieambtenaren om de identiteit van iedereen te controleren wanneer zij aanwijzingen hebben om te denken dat die persoon de openbare orde zou kunnen verstoren of heeft verstoord.

42. Zie in die zin bv. M. LANGOUCHE en A. LINERS, 'Identiteitscontrole van personen met een boerka', *Het Politiejournaal* 2011 (februari), 19; A. DUCHATELET et al., *Handboek openbare orde*, Brussel, Politeia, 2009, Deel II/Identiteitscontroles, 21.

43. De reden voor het verschil in behandeling is des te onduidelijker omdat inmiddels vaststaat dat het gezicht een onbetrouwbaar identificatiemiddel is. Bij immigratiecontroles en dergelijke hebben oogherkenningsmiddelen en vingerafdrukken daarom reeds lang het gebruik van foto's vervangen.

44. Zie over dit begrip, als onderdeel van de pertinentietoets, waarbij een criterium te ruim bemeten is in het licht van zijn doel: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 43.

45. Zie in de zin dat het verbod noodzakelijk zou zijn voor identificatie van personen die dit soort misdrijven plegen, de overwegingen van de Ministerraad in A.5.3 van het arrest. Zie voor empirische ondersteuning van het feit dat het verbod op gezichtsbedekking geen effect heeft op daders van (gewapende) overvallen een studie van de VUB: N. Vanhecke, 'Camera's houden overvallers niet tegen. Onderzoek naar motieven daders van overvallen', *De Standaard*, 16 maart 2013.

thans, elke terrorist of crimineel, behept met een minimum aan intelligentie, zou niet snel kiezen voor een dergelijke vermommen, daar weinig dingen op straat zoveel aandacht trekken en achterdocht opwekken als nikabs en boerka's.⁴⁶ Voor zover criminelen aandacht willen vermijden, zullen ze dus andere, meer subtiële vermommingsverkiezen, die vaak niet eens onder het verbod zullen vallen.⁴⁷

18. Al bij al toont de Staat niet aan in welke zin de verbodsmaatregel een gewettigde, noodzakelijke en evenredige inperking van de vrijheden vormt in een democratische samenleving, en de maatregel is bovendien inconsequent in het licht van de veiligheidsdoelstelling. Als het Hof, opnieuw, al niet voor vernietiging wilde kiezen, was het dan niet mogelijk geweest om het verbod minstens via grondwetsconforme interpretaties in te perken tot plaatsen waar daadwerkelijk een verhoogd veiligheidsrisico geldt (bijvoorbeeld banken, vliegvelden, gevangenissen etc.)?⁴⁸

B. 'Samen leven'

19. De doelstelling van het bevorderen van het 'samen leven' (*'le vivre ensemble'*) acht het Grondwettelijk Hof eveneens legitiem. Het Hof geeft aan dat in dit verband door de indieners van het oorspronkelijke wetsvoorstel Emmanuel Levinas werd aangehaald, die zou menen dat 'ons mens-zijn door ons gelaat tot uiting komt'.⁴⁹ 'Al wat beoogt de mens in ons aan het oog te onttrekken', zou daarom – aldus nog de aangehaalde indieners – verboden moeten worden:

*"Wij leven in een samenleving die ervan uitgaat dat onderlinge contacten en het bestaan van een gemeenschappelijk burgerpact (een weerspiegeling van de nieuw gestructureerde samenleving) noodzakelijke voorwaarden zijn om ons samen-leven te verbeteren. Daarom kunnen de indieners het beginsel 'herkennen om te kennen' niet verloochenen."*⁵⁰

De wetgever achtte het 'van essentieel belang dat kan worden voortgebouwd – via dialoog en contact – aan een democratische samenleving' en meende dat personen van wie alleen de ogen zichtbaar zijn, 'onmogelijk

lijk [kunnen] deelnemen aan de democratische dynamiek'.⁵¹

20. Het Hof volgt de wetgever daarin, stellende dat 'de individualiteit van ieder rechtssubject van een democratische samenleving (...) niet denkbaar [is] zonder dat diens gelaat, dat een fundamenteel element daarvan vormt, zichtbaar is'.⁵² De wetgever kon er dan ook van uitgaan 'dat het verkeer in de openbare sfeer, die van nature de gemeenschap aanbelangt, van personen van wie dat fundamentele element van de individualiteit niet zichtbaar is, het onmogelijk maakt menselijke relaties, die noodzakelijk zijn voor een leven in een maatschappij, tot stand te brengen'.⁵³

*"Aangezien het verbergen van het gezicht tot gevolg heeft het rechtssubject, lid van de samenleving, elke mogelijkheid tot individualisering door middel van het gezicht te ontnemen, terwijl die individualisering een fundamentele voorwaarde vormt die is verbonden aan zijn essentie zelf, beantwoordt het verbod op het dragen van een dergelijk kledingstuk op de voor het publiek toegankelijke plaatsen, ook al is het de uiting van een geloofsovertuiging, aan een dwingende maatschappelijke behoefte in een democratische samenleving."*⁵⁴

21. Wat de overwegingen van de wetgever betreft, kan op filosofisch vlak worden opgemerkt dat het afleiden dat een boerkaverbod gewettigd (of zelfs noodzakelijk) is, op grond van de schrijfsels van Levinas, getuigt van een fundamenteel gebrek aan vertrouwdheid met 's mans ideeën. Weliswaar schreef Levinas dat de mens in 'het gelaat van de ander' de ervaring heeft van het (moreel) aangesproken worden door de ander, maar 'gelaat' dient in Levinas' filosofie niet in de dagelijkse 'oppervlakkige' zin opgevat te worden van het fysieke aangezicht.⁵⁵ Veeleer gaat het om iemands aanwezigheid in ons midden, de zodanige verschijning van de ander waarvan een appel uitgaat, een uitnodiging tot verantwoordelijkheid en zorg. Bovendien is de filosofie van Levinas juist bij uitstek gericht op respect, gastvrijheid en ruimte voor de ander *als* ander, zodat de claim dat zijn ideeëngoed steun biedt voor zoiets

46. Vgl. M. NUSSBAUM, 'Beyond the Veil: A Response', *New York Times* 15 juli 2010.

47. En voor zover ze dat niet doen, maken art. 51 en 53 Strafwetboek het mogelijk om personen te sanctioneren als zou blijken dat het dragen van een kledingstuk dat het gezicht verbergt, het begin vormde van de uitvoering van een misdrijf (strafbare poging).

48. J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 411; S. OUALD CHAIB, 'Belgian Constitutional Court Says Ban On Face Coverings Does Not Violate Human Rights', *Strasbourgobservers.com*, 14 december 2012.

49. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.2. Zie ook *ibid.*, B.4.4. Passages in de parlementaire voorbereidingen waarnaar verwezen werd, zijn: *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/1, 6-7 en *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-219/1, 6-7.

50. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.2. Verwijzend naar *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/1, 6-7, en *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-219/1, 6-7). Het zou immers, aldus de Ministerraad, 'aan de wetgever toekomen om, binnen de beoordelingsruimte waarover hij beschikt, de sociale normen van het leven in België vast te stellen' (GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, A.21).

51. *Ibid.*, B.4.4. Verwijzend naar: *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 10. Vgl. ook de volgende door het Hof geciteerde passage: 'Wat doet het recht anders dan de relaties tussen individuen regelen? Wanneer die individuen elkaar niet meer kunnen herkennen, wanneer tussen die individuen geen relatie meer mogelijk is, kunnen de relaties tussen die personen niet meer worden geregeld. De onderlinge herkenning is dus een essentieel beginsel dat ten grondslag ligt aan het recht; ik zou zelfs zeggen dat het voorafgaat aan het recht. Al wat afbreuk doet aan die mogelijkheid tot onderlinge herkenning dient bijgevolg te worden bestreden' (GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.5).

52. *Ibid.*, B.21.

53. *Ibid.*, B.21.

54. *Ibid.*, B.21.

55. Zie o.m. J. BLOECHL (ed.), *The Face Of the Other and the Trace of God: Essays On the Philosophy Of Emmanuel Levinas*, New York, Fordham University Press, 2000; R.A. COHEN, *Face to Face With Levinas*, Albany, State University of New York Press, 1986.

als het boerkaverbod, gewrongen (en wrang) aandoet.⁵⁶

22. Op juridisch vlak is het opmerkelijk dat het Grondwettelijk Hof aanvaardt dat een inbreuk op de godsdienstvrijheid *de facto* wordt gelegitimeerd door een inbreuk op het recht op privacy: de verantwoording van de inperking op de godsdienstvrijheid is hier immers gelegen in de bedoeling om binnen te dringen in de privacy van mensen, door in hun plaats te beslissen dat hun gelaat altijd zichtbaar moet zijn.⁵⁷ Daarbij lijkt het Hof te accepteren dat het aan de Staat is om te bepalen hoe menselijke communicatie moet verlopen om waardevol te zijn, of zelfs maar toelaatbaar of ‘democratisch’. Behoort het in een democratische rechtsstaat niet juist tot ieders individuele vrijheid of men op straat al dan niet contacten met anderen wenst?⁵⁸ Zelfs indien men het bevorderen van dergelijk contact als een legitiem doel zou aanvaarden, dan lijkt het enkele bruggen te ver om dit te doen door strafrechtelijk optreden.

Overigens voert de wetgever voor zijn (veronder)stelling dat een gezichtssluier communicatie en participatie in een democratische samenleving onmogelijk maakt, geen bewijs aan. Het Grondwettelijk Hof legt de lat op dat vlak dus bijzonder laag. Temeer daar het beschikbare empirische onderzoek de veronderstelling van de wetgever tegensprekt. Zowel in Denemarken⁵⁹, Frankrijk⁶⁰, Nederland⁶¹ als België⁶² zelf blijkt dat vrouwen die een gezichtssluier dragen, zich allesbehalve afsluiten voor hun omgeving en ruimere samenleving, maar vaak juist eigen(zinnige) manieren zoeken en vinden om contact te leggen met anderen. Bovendien, als de claim erin bestaat dat effectieve (verbale) communicatie onmogelijk is door het loutere feit dat je iemands gezicht niet kunt zien, dan wordt dit alvast weerlegd door gsm’s en andere telefonische communicatie.⁶³

Verder geldt dat het verbod niet passend (‘onderinclusief’)⁶⁴ is als de grondslag van het verbod gelegen is in non-communicatie of -participatie op straat. Er zijn

immers veel vormen van dergelijk gedrag die *niet* inhouden dat iemands gezicht bedekt is. In supermarkten is het tegenwoordig bijvoorbeeld vrij gangbaar geworden dat boodschappen worden betaald met de oordoppen van een iPod nog in en zonder een woord te wisselen. De alomtegenwoordigheid van smartphones maakt verder dat zelfs de blik van veel personen op straat continu op schermpjes gefixeerd is.⁶⁵ Hoewel ik geen voorstander van dergelijk on sociaal gedrag ben, zou een strafrechtelijk verbod erop veel te verregaand zijn. Waarom dit anders is waar het louter *verondersteld* on sociaal gedrag betreft door middel van gezichtsbedekking, is niet duidelijk.

23. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat de achterliggende overweging bij het argument van ‘samen leven’ gelegen is in de maatschappelijke aanstoot waartoe gezichtsbedekking, en gezichtssluiers in het bijzonder, aanleiding geven.⁶⁶ Het probleem daarmee is dat wat precies aanstoot geeft, verschilt van persoon tot persoon en van groep tot groep. Zo is het goed voorstelbaar dat gevluchte Cubanen aanstoot nemen aan T-shirts met afbeeldingen van Che Guevara.⁶⁷ Sommige radicale moslims zullen dan weer vrouwen zonder hoofddoek aanstootgevend vinden. En in de regio waar ik ben opgegroeid – in de Nederlandse ‘Bijbelgordel’⁶⁸ – vinden bepaalde fundamentalistische christenen vrouwen in minirokjes aanstootgevend. Toch verbiedt men, op grond van die subjectieve ervaringen van aanstoot, al die kledingstijlen niet.

Het belangrijkste verschil tussen de zojuist genoemde voorbeelden en gezichtssluiers – vanuit het argument van ‘samen leven’ (!) – is dat het in de eerste gevallen gaat om aanstoot genomen door minderheidsgroepen, terwijl gezichtssluiers aanstootgevend zijn voor de meerderheidssamenleving. Men riskeert evenwel de godsdienstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting volledig uit te hollen door een algemeen verbod toe te staan, louter omdat een bepaalde religieuze uiting een bevolkingsgroep choqueert, verontrust of kwetst.

56. Vgl. o.m. D. EGEE-KUEHNE, ‘Facing the Veil in Education: Todd and the “Veiling” Question’, *Philosophy of Education* 2010, 357-359. Het is overigens ook interessant om na te gaan wat het Levinasbeginsel zoals begrepen door de indieners van het wetsvoorstel nog zoal zou impliceren: geen ethische plichten ten aanzien van foetussen zolang we ze niet zien? Geen ethische plichten ten aanzien van mensen wier gelaat drastisch verminkt is?
57. J. FLO en J. VRIELINK, ‘Het boerkaverbod: grondwettelijke grenzen worden Schengenzone’, *De Juristenkrant* 2012, nr. 260, 15.
58. Daar kan aan worden toegevoegd dat het zeker in België überhaupt niet gebruikelijk is dat er, tussen onbekenden, in ‘plaatsen toegankelijk voor het publiek’ veel wordt gecommuniceerd.
59. *Rapport om brugen af niqab og burka*, 10 november 2009, Instituut for Tvaerkulturelle og Regionale Studier (o.l.v. M. Warbug).
60. N. BOUTELDJIA, *Unveiling the Truth. Why 32 Muslim Women Wear the Full-face Veil in France*, New York/Budapest/Londen, Open Society Foundations, 2011.
61. A. MOORS, *Gezichtssluiers. Draagsters en debatten*, Amsterdam, Universiteit van Amsterdam, 2009.
62. E. BREMS et al., *Wearing the Face Veil in Belgium. Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Gent, Human Rights Centre (Universiteit Gent), 2012. Zie ook: E. BREMS, Y. JANSSENS, K. LECOYER, S. OUALD CHAIB, V. VANDERSTEEN en J. VRIELINK, ‘The Belgian “Burqa Ban” Confronted with Insider Realities’ in E. BREMS (ed.), *Empirical face veil research*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (te verschijnen).
63. J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 411.
64. Zie over dit begrip, als onderdeel van de pertinentietoets, waarbij een criterium te eng bemeten is in het licht van zijn doel: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *o.c.*, 43-44.
65. M. BENZAKOUR, ‘De smartphone is de nieuwe boerka’, *Joop.nl* 2 december 2012. Vgl. J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 411.
66. Zie, naast de parlementaire voorbereidingen, ook de overweging van de Ministerraad dat erover moet worden gewaakt dat personen hun ‘religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen (...) niet op overdreven of te ostentatieve wijze op de openbare weg’ uiten (GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, A.5.3).
67. D. VAN TIENHOVEN, ‘The recht volledig (on)bedekt te zijn’, *Liberale Media*, 25 juli 2011.
68. De Bijbelgordel, genoemd naar het gelijknamige fenomeen in de Verenigde Staten, is een aanduiding voor de geografische band in Nederland die loopt van het westen van de provincie Overijssel naar de provincie Zeeland. In die regio wonen relatief veel orthodoxe protestanten (‘bevindelijk gereformeerden’). Zie T. BERNTS, G. DE JONG en H. YAR, ‘Een religieuze Atlas van Nederland’ in W.B.H.J. VAN DE DONK et al. (eds.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, Amsterdam, WRR/Amsterdam University Press, 2006, 103 e.v.

Daarbij zou het niet mogen uitmaken of het gaat om een meerderheid of om een minderheid.

C. Vrouwenrechten

24. Parlementsleden hadden het dragen van de gezichtssluier tot slot aangemerkt als ‘een schokkende achteruitgang van de rechten en vrijheden van de vrouwen, alsook van de gendergelijkheid’ en als ‘een beknotting van de fundamentele rechten van de vrouw’, ‘een symbool van onderwerping’. Of nog, als ‘een schending van haar waardigheid’.⁶⁹

Bij dit argument kan worden opgemerkt dat het het meest onthullend is voor het feit dat het verbod hoofdzakelijk op gezichtssluiers is gericht. Immers, waar het veiligheidsargument en in zekere zin ook het argument van ‘samen leven’ nog betrekking (kunnen) hebben op gezichtsbedekking in het algemeen, is het argument inzake vrouwenrechten uitsluitend gericht op de islamitische gezichtssluier. Het Grondwettelijk Hof acht niettemin het ingevoerde (algemene) verbod ook verantwoord vanuit deze laatste overwegingen, zowel in geval van dwang (1) als waar het gaat om een persoonlijke keuze (2).

1. Dwang

25. Waar het gaat om dwang, zo stelt het Hof, kan de wetgever er sowieso van uitgaan dat ‘fundamentele waarden van een democratische samenleving’ zich daartegen verzetten en het verbod rechtvaardigen.⁷⁰ Het Grondwettelijk Hof gaat daarbij voorbij aan het feit dat de wet in deze hypothese niet degene bestraft die de dwang uitoefent, maar juist het *slachtoffer* van die (veronderstelde) dwang.

26. Het Hof volstaat – iets verder in het arrest – met een vermelding van artikel 71 van het Strafwetboek (overmacht of dwang), dat in dergelijke gevallen als schulditsluitingsgrond zou kunnen fungeren.⁷¹ Het Hof lijkt evenwel niet in te zien dat een vrouw die dermate onderdrukt is dat ze tegen haar zin een gezichtssluier moet dragen, het niet snel in haar hoofd zal halen om dat artikel in te roepen, gezien de sociale sancties die ze daarmee zou uitlokken.

Bovendien is het de vraag of iemand die onder sociale of familiale druk een gezichtssluier draagt, werkelijk met succes artikel 71 Strafwetboek zal kunnen inroepen. De toepassingsvoorwaarden van dat artikel zijn

immers behoorlijk streng.⁷² Het moet gaan om dwang die onweerstaanbaar is⁷³ en die dwang mag niet (mede) aan de dader zelf te wijten zijn: als de dader de situatie had kunnen voorkomen of afwenden, dan is geen sprake van schulditsluitende dwang of overmacht. De kans is dan ook niet onbestaande dat een rechter een beroep op artikel 71 Sw. zou afwijzen op grond van het feit dat een vrouw, die tegen haar wil een gezichtssluier draagt, bijvoorbeeld gelegenheden voorbij heeft laten gaan om zich tot een politieagent te wenden, of er een aan te roepen op straat.

27. Tot slot lijkt het Hof zichzelf hier ook tegen te spreken. Enerzijds zegt het dat het ‘boekverbod’ sowieso gerechtvaardigd is in geval van dwang (nochtans wetend dat enkel de vrouwen gesanctioneerd worden op basis van het verbod), terwijl het anderzijds aangeeft dat vervolgd, in geval van dwang, artikel 71 Sw. kunnen inroepen.⁷⁴ Deze twee zaken vallen moeilijk met elkaar te rijmen.

2. Keuze

28. Ook als het dragen van de gezichtssluier een ‘wel-overwogen keuze van de vrouw’ is, dan nog meent het Grondwettelijk Hof dat gendergelijkheid een verbod verantwoordt. Dit omdat enkel de vrouw verplicht is om het kledingstuk te dragen en omdat dit haar ‘een fundamenteel element van haar individualiteit [ontneemt]’.⁷⁵ De wetgever acht zichzelf dus goed geplaatst, en het Hof ondersteunt dit, om vrouwen desnoods tegen hun wil te ‘emanciperen’. Dit terwijl uit al het beschikbare empirische onderzoek ter zake blijkt dat de vrouwen in kwestie door hun kledij veel eerder uiting geven aan hun individualiteit dan deze op te geven.⁷⁶

Dat laatste kan vreemd en contra-intuïtief lijken, maar de Duitse filosofe Andrea Roedig laat bijvoorbeeld zien dat, op dezelfde manier dat de gezichtssluier geïnterpreteerd (en verboden) kan worden als een symbool van vrouwenonderdrukking, de crucifix – bezien met de afstandelijkheid van een ongeïnformeerde buitenstaander – opgevat kan worden als een teken van fascinatie met marteling en onmenselijke behandeling.⁷⁷

De zuiver externe, ongeïnformeerde beoordeling die de wetgever en het Hof van de gezichtssluier maken om het verbod te legitimeren, druist in tegen de kern van de godsdienstvrijheid. Die vrijheid behelst net dat

69. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.3. Zie ook *ibid.*, B.4.4. Zie in de parlementaire voorbereidingen: *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 9, 10 en 12; *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2289/5, 7, 10-11, 15, 27 en 30; *Parl.St.* Kamer 2010-11, CRIV 53 PLEN 30, 54, 56-59, 66 en 68.

70. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.22.

71. Het Hof stelt: ‘Voor het overige dient te worden opgemerkt dat ten aanzien van de personen die hun gezicht onder dwang zouden verbergen, artikel 71 van het Strafwetboek bepaalt dat er geen misdrijf is wanneer de dader gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan’ (*ibid.*, B.29.2).

72. Zie o.m. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2009, 336-342.

73. Zijn (of haar) wil moet volledig uitgeschakeld zijn.

74. J. FLO en J. VRIELINK, ‘The Constitutionality of the Belgian “Burqa Ban”, *openDemocracy.net* 14 januari 2013.

75. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.23. Vgl. *ibid.*, B.37.2.

76. Cf. *supra* voetnoten 59-62 voor verwijzingen.

77. A. ROEDIG, ‘Das Kreuz mit der Burka’, *Der Standard* 19 juli 2010.

de rechterlijke macht zich terughoudend moet opstellen bij het beoordelen van wat al dan niet een religie uitmaakt en aan de betekenis die gehecht moet worden aan bepaalde praktijken.⁷⁸ Het feit dat het dragen van een gezichtssluier een religieuze praktijk is en ook als zodanig aanvaard wordt door het Hof, impliceert dan ook dat terughoudendheid moet worden betracht in het opleggen van eigen, zeker negatieve, interpretaties ervan. Door aan een bepaalde religieuze praktijk een negatieve betekenis toe te kennen, die niet gedeeld wordt door de draagsters, wordt deze kern van de godsdienstvrijheid miskend. Althans, in de afwezigheid van doorslaggevende, bijkomende gegevens die de visies en claims van de draagsters objectief tenietdoen of in diskrediet brengen.⁷⁹ Daarvan lijkt hier evenwel geen sprake te zijn.

29. Vrijheid, waaronder de godsdienstvrijheid, en persoonlijke autonomie houden bovendien in dat mensen dingen kunnen doen waarvan anderen denken dat die schadelijk zijn voor henzelf. Het is een algemeen strafwetgevend uitgangspunt dat een strafbaar gestelde gedraging niet louter voor de ‘dader’ zelf (in *casu* dan nog beweerdelijk of vermeend) schadelijk moet zijn.⁸⁰ Aansluitend bij dat laatste oordeelt ook het Europees Hof dat persoonlijke autonomie ‘peut également inclure la possibilité de s’adonner à des activités perçues comme étant d’une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne’.⁸¹ Met andere woorden, zelfs wanneer een bepaalde praktijk voor een persoon schadelijk is (of als zodanig wordt gepercipieerd), moet men rekening houden met iemands persoonlijke autonomie. Toegepast op de gezichtssluier, impliceert dit dat de keuze van een vrouw voor dergelijke kledij behoort tot haar persoonlijke autonomie.

30. Verder staat het Hof niet stil bij de mogelijke consequenties van de argumentatie die het hanteert. Veralgemening van het principe dat de godsdienstvrijheid beperkt kan worden als religieuze vereisten genderspecifiek zijn én – naar het oordeel van de wetgever – ‘een fundamenteel element van iemands individualiteit aantasten’, zou immers een verbod op veel andere godsdienstige praktijken en symbolen legitimeren, zoals islamitische hoofddoeken, katholieke nonnenhabijen (en monnikspijen), geschoren hoofden van orthodox-joodse vrouwen en (jongetjes)besnijdenispraktijken in diverse religies. Het Hof gaat volledig voorbij aan dit gevolg, of beargumenteert althans niet waarin andere zaken zich op dit vlak – en gegeven de gehan-

teerde criteria – onderscheiden van (een verbod op) de gezichtssluier.

31. Tot slot hanteren zowel de wetgever als het Hof het begrip (menselijke) ‘waardigheid’. Hieraan zou door het dragen van de gezichtssluier afbreuk worden gedaan. Menselijke waardigheid is echter een fundamenteel betwist en multi-interpretabel begrip.⁸² Zo kan men evengoed zeggen dat het net de wet is die afbreuk doet aan de waardigheid van vrouwen, door degenen onder hen die een gezichtssluier (willen) dragen te stigmatiseren als een bedreiging voor de openbare veiligheid en door hen autonomie en keuzevrijheid te ontnemen. Men hoeft de gezichtssluier daarom nog niet te ondersteunen of toe te juichen, maar een verbod erop onder het mom van een door de Staat opgelegd begrip van ‘waardigheid’ lijkt evenmin verdedigbaar.

D. Evenredigheid

32. Na te hebben geoordeeld dat de nagestreefde doelstellingen legitiem zijn, en dat de beperking van de betrokken rechten noodzakelijk en pertinent is, stelt het Grondwettelijk Hof tot slot dat de wet ook evenredig is, omdat de wetgever heeft gekozen voor de lichtste categorie van strafrechtelijke sanctionering:

*“[De] maatregel [heeft] geen gevolgen die niet evenredig zijn met de nagestreefde doelstellingen, aangezien de wetgever heeft gekozen voor de lichtste strafrechtelijke sanctie. De omstandigheid dat de straf zwaarder kan zijn in geval van herhaling, leidt niet tot een ander besluit. De wetgever vermocht van oordeel te zijn dat de overtreder die wordt veroordeeld voor een strafrechtelijk bestraft gedrag, dat gedrag niet zal herhalen onder de dreiging van een zwaardere sanctie.”*⁸³

Dit staat op gespannen voet met eerdere rechtspraak van het Hof. In andere zaken waarin grondrechten werden beperkt, gaf het Hof juist onomwonden aan dat strafbepalingen – waar mogelijk – vermeden moesten worden, ten gunste van andere maatregelen. Zo stelde het Hof – in zijn arrest in verband met de discriminatiewet van 2003 – dat de Staat in het algemeen, maar ‘in het bijzonder bij het nemen van maatregelen die de vrijheid van meningsuiting kunnen beperken’ moet ‘vermijden dat strafrechtelijke maatregelen worden genomen wanneer andere maatregelen, zoals burgerrechtelijke sancties, het mogelijk maken de nagestreefde doelstelling te bereiken’, om vervol-

78. Zie hierover uitvoerig J. VRIELINK, ‘Symptomatic Symbolism. Banning the Burqa “As a Symbol”’ in E. BREMS (ed.), *Empirical Face Veil Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (te verschijnen). Zie ook P. VAN SASSE VAN YSSELT, ‘Over het verbod op het dragen van een gezichtssluier en van andere gelaatsbedekkende kleding’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, 14.

79. Interpretatieve terughoudendheid betekent uiteraard niet dat alles toegelaten is onder het mom van religie; praktijken die objectief aantoonbaar indruisen tegen de openbare orde en het algemene welzijn (zoals mensenoffers) kunnen uiteraard verboden worden.

80. Zie bv. T.A. DE ROOS, *Strafbaarstelling van economische delicten (diss. Utrecht)*, Arnhem, Gouda Quint 1987, 54-58.

81. EHRM 17 februari 2005, K.A. en A.D. t. België, § 83. Vgl.: EHRM 29 april 2002, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, § 66.

82. Zie uitvoerig E. BREMS en J. VRIELINK, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet? Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet*, Alphen aan de Rijn, Kluwer, 2010.

83. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.29.1. Zie ook: *ibid.*, B.37.3 en B.62.

gens ook enkele strafbepalingen te vernietigen.⁸⁴ De minst repressieve maatregelen verdienen met andere woorden de voorkeur en nalaten om daarvoor te kiezen, kan tot vernietiging leiden. Met dit eerder ontwikkelde uitgangspunt werd in het arrest van 6 december 2012 geen rekening gehouden.

33. Het enige voorbehoud dat het Grondwettelijk Hof op dit punt maakt bij het verbod, is dat het niet mag gelden in 'plaatsen bestemd voor de erediensten', daar dit op onevenredige wijze afbreuk zou doen aan de godsdienstvrijheid.⁸⁵ Eenzelfde voorbehoud maakte de Franse Grondwettelijke Raad (*Conseil Constitutionnel*) bij het Franse verbod.⁸⁶ Hoe ver is de overheidsbemoeienis echter al gekomen als het recht op maskeren in gebedshuizen onder de aandacht moet worden gebracht via grondwetsconforme interpretaties?⁸⁷

IV. Democratie, rechtsstaat en counter-majoritarianism

34. Zo blijkt uiteindelijk elk doel legitiem en het verbod, in het licht van die doelen, ook noodzakelijk en evenredig: het Grondwettelijk Hof aanvaardt zonder meer alle motieven die het verbod schragen. De toetsing door het Hof is dermate marginaal, dat de Grondwet hierdoor paradoxaal genoeg volledig aan het gezicht wordt onttrokken, ondanks de veelheid van grondrechten en -beginselen die in het spel zijn.

35. In diverse reacties is aangevoerd dat de terughoudende toetsing door het Hof een goede zaak is, zeker in dit geval.⁸⁸ Nog los van de (de)merites van het 'boerkaverbod' zou het geen pas geven indien het Hof een wetgevende maatregel zou vernietigen waarrond een vrijwel absolute consensus bestond onder de democratisch verkozen vertegenwoordigers van het volk; een veeleer unieke situatie, zeker in België. Het Hof, dat eenzelfde democratische legitimiteit zou ontberen als het parlement, zou zich daarom terecht terughoudend hebben opgesteld. Temeer daar grondrechten, naar hun aard, onvermijdelijk waardegeladen oordelen inhouden.⁸⁹

Eremagistraat Jan Nolf gaf aan dat de terughoudende opstelling bovendien deels te maken heeft met de specifieke samenstelling van het Belgisch Grondwettelijk Hof, dat voor de helft uit oud-politici bestaat. Die laatste zouden zijns inziens minder snel geneigd zijn om de wetgever terug te fluiten:

*"Dat het Hof voor de helft samengesteld is uit oud-politici is natuurlijk ook een typisch Belgisch compromis: het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft dezelfde opdracht maar een zuiver juridisch profiel. Ooit gaan we ook in België naar een zuiverder situatie. Ooit. Maar ik hoop het nog mee te maken, want de ultieme opdracht van het Hof bestaat erin de rechtsstaat te waarborgen. Dat is geen kwestie van cijfers of procenten. In de kantelmomenten van de geschiedenis was de kwestie van mensenrechten zelden een kwestie van 'meerderheid'."*⁹⁰

Dit laatste raakt de kern van het probleem. Terughoudendheid om zomaar allerlei democratisch tot stand gekomen maatregelen te vernietigen, is vanuit een instelling als het Hof op haar plaats. De vraag is echter wanneer je die terughoudendheid moet laten varen, of minstens wanneer toetsing niet louter marginaal zou moeten zijn. Ter zake heeft het Grondwettelijk Hof – wellicht mede wegens zijn politieke aard – geen coherente, of minstens geen consequente, doctrine.⁹¹

36. Nochtans betreft het boerkaverbod een schoolvoorbeeld van het type situatie waarin een strikte(re) toetsing niet alleen gewettigd is, maar zelfs als noodzakelijk kan worden beschouwd, net vanuit democratisch en rechtsstatelijk oogpunt.

Dit houdt verband met het feit dat grondrechten – en in het verlengde daarvan constitutionele toetsing – er bij uitstek zijn om minderheden te beschermen tegen een dictatuur van de getalsmatige meerderheid. Democratie vereist naast regeermacht voor de meerderheid ook effectieve waarborgen voor minderheidsrechten, door een '*counter-majoritarian force*'.⁹² Dit geldt *a fortiori* wanneer het gaat om onpopulaire minderheden: sommige groepen zijn immers maatschappelijk dermate onpopulair, dat zij altijd als verliezers uit de bus komen in een zuiver getalsmatig democra-

84. Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 2004/157, B.18. Vgl. ook de rechtspraak van het EHRM ter zake, o.m.: *Incal t. Turkije*, 9 juni 1998, § 54 en *Sürek nr. 2 t. Turkije*, 8 juli 1999, § 34.

85. GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.30.

86. De Raad stelde: 'Toutefois l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public' (Conseil constitutionnel 7 oktober 2010, nr. 2010-613 DC, § 5).

87. J. FLO en J. VRIELINK, 'Het boerkaverbod: grondwettelijke grenzen worden Schengenzone', *De Juristenkrant* 2012, nr. 260, 15.

88. Niet alleen in reacties werd dit argument aangehaald. In de procedure voor het Hof zelf zette bijvoorbeeld de tussenkomende gemeente Etterbeek in op dit gegeven om de noodzakelijkheid van het verbod te schragen: 'Ten aanzien van het noodzakelijke karakter van de maatregel, herinnert de tussenkomende partij eraan dat de wet is aangenomen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers met 129 stemmen voor, 1 stem tegen en 2 onthoudingen' (GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, A.37.4).

89. Voor een overzicht van bezwaren tegen (activistische) constitutionele rechtspraak, zie bv. J. WALDRON, 'The Core of the Case Against Judicial Review', *Yale Law Journal* 2006, 1346-1406.

90. J. NOLF, zoals geciteerd in E. EERDEKENS, 'Boerkaverbod: hoe een vals probleem een echt probleem kan worden', *Knack* 7 december 2012.

91. Zie hierover kritisch o.m. W. VERRIJDT, 'Over toetsingscriteria en toetsingsintensiteit. Haalt het Grondwettelijk Hof de Straatsburgse standaarden?', *TBP* 2012, nr. 2, 76-91; S. SOTTIAUX, 'Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen', *RW* 2008-09, 690-702; S. FEYEN, *Beyond Federal Dogmatics. The Influence of European Union Law on Belgian Constitutional Case Law Regarding Federalism*, Leuven, Leuven University Press, 2013 (te verschijnen). In het laatstgenoemde werk laat FEYEN zien dat het Hof doctrines eigenlijk louter hanteert als (te nemen of te laten) 'tools', waardoor de rechtspraak van het Hof veel minder voorspelbaar is dan gedacht (of verondersteld) door een dogmatieke rechtsbenadering.

92. Zie o.m. I. SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press 2006, 3.

tisch proces.⁹³ Dergelijke minderheden zijn groeperingen wier macht zo beperkt is en die dermate verguisd worden door de samenleving, dat zij nooit in staat zullen zijn 'to marshal enough votes to protect their interest'.⁹⁴ Om deze minderheden te beschermen tegen de willekeur van de meerderheid, is een verhoogde gestrengheid in toetsing van maatregelen die hun grondrechten raken noodzakelijk. Zeker wanneer, zoals hier, de meerderheid overhaast en ondoordacht handelt, op grond van ongefundeerde assumpties. In dergelijke gevallen zou een strikte grondwettelijke toetsing hét middel moeten zijn om de meerderheid in bedwang te houden of te corrigeren.⁹⁵

In het licht hiervan is het arrest van het Grondwettelijk Hof, rechtsstatelijk gezien, een gemiste kans. Iets wat overigens ook wordt bevestigd door de stellingnames van diverse internationale instellingen en mensenrechtenorganisaties.⁹⁶ Wie fundamentele rechten van individuen zonder meer opoffert aan de wil van de meerderheid, overschrijdt een grens; een grens die bewaakt moet worden door instellingen zoals het Hof. In sommige andere materies heeft het Hof die rol bovendien voluit gespeeld en grenzen gesteld.⁹⁷ Bij het boerkaverbod blijken diezelfde grondwettelijk grenzen echter verworpen tot een soort Schengenzone...⁹⁸

93. Vgl. ook John Hart ELY's ideeën inzake zogenaamde '*representation-reinforcement*'. ELY beargumenteert dat strikte grondwettelijke toetsing, in sommige gevallen, juist democratie in haar formele aspect (indirect) bevordert, doordat (en wanneer) dit politieke en maatschappelijke participatie faciliteert of waarborgt. Aan de constitutionele rechter komt dan de taak toe te garanderen dat de regerende meerderheid niet haar macht misbruikt om obstakels in het electorale proces of voor participatie in de samenleving op te werpen. Zie J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.
94. L.G. SIMON, 'The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?', *California Law Review* 1985, 1509.
95. In de VS gaat toepassing van dit idee in de rechtspraak terug op de beroemde vierde voetnoot in de beslissing van het Hooggerechtshof in de zaak *Carolene Products (United States v. Carolene Products. Co.*, 304 U.S. 144 (1938)). Uiteindelijk zou dit bij toetsing van een aantal grondrechten (waaronder het gelijkheidsbeginsel, de vrijheid van meningsuiting, de godsdienstvrijheid en het kiesrecht) resulteren in een driedeling: een '*rational basis test*', een '*intermediate scrutiny test*' en een '*strict scrutiny test*'. Zie o.m. J. GERARDS, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, 38; B. ACKERMAN, 'Beyond *Carolene Products*', *Harvard Law Review* 1985, 741-742.
96. Zowel de vorige Hoog Commissaris voor Mensenrechten van de Raad van Europa, Thomas Hammarberg, als de huidige, Nils Muižnieks, sprak zich uit tegen een verbod. Ook stemde een unanieme Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa een resolutie die zich tegen een algemeen verbod kantte (Resolutie 1743 van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa (23 juni 2010), § 16-17)), gevolgd door een aanbeveling (Aanbeveling 1927 van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa (23 juni 2010)). Wat mensenrechtenorganisaties betreft, gaven onder andere Amnesty International en Human Rights Watch aan dat een algemeen verbod strijdig is met de vrijheid van meningsuiting en de godsdienstvrijheid.
97. Daarbij kan bv. gedacht worden aan de, onder invloed van de 'jacht' op het (vroegere) Vlaams Blok, doorgeslagen wetgeving inzake racistische meningsuitingen. In die materie stelde het Hof paal en perk aan de steeds verdergaande inperkingen op de vrijheden waartoe de Belgische wetgever overging. Zie hierover: J. Vrielink, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen, Maklu, 2010.
98. J. FLO en J. VRIELINK, 'Het boerkaverbod: grondwettelijke grenzen worden Schengenzone', *De Juristenkrant* 2012, nr. 260, 15.