

Grondwettelijk Recht

De belangrijkste evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof sedert de bijzondere wet van 9 maart 2003

André ALEN¹
Buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven en Rechter in het Arbitragehof

Evelyne MAES²
Assistente K.U.Leuven

Willem VERRIJDT³
Assistent K.U.Leuven

1 Hij is de auteur van de teksten I - V.

2 Zij is de auteur van de teksten VI en IX.

3 Hij is de auteur van de teksten VII en VIII.

I. Inleiding

1. Op de 11^{de} VRG-Alumnidag 2004 bespraken we¹ de voornaamste evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof tussen 1998 en 2003, vóór de bijzondere wet van 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof². Toen hadden we vele bladzijden te onze beschikking, wat thans niet meer het geval is. Toen betrof ons onderzoek (1998-2003) 953 arresten, thans (2004-2006) toch nog 615 arresten. Het voorgaande noopt ons tot een meer thematisch overzicht, waarin bepaalde onderwerpen noodgedwongen ontbreken³. Desondanks trachten we in dit overzicht de meest “markante arresten”⁴ van de behandelde periode te vermelden.

II. De bijzondere wet van 9 maart 2003

2. Ter uitvoering van artikel 142 G.W. heeft de bijzondere wet van 9 maart 2003 de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof uitgebreid tot de ganse Titel II van de Grondwet inzake de rechten en vrijheden (i.p.v. voordien enkel de artikelen 10, 11 en 24), alsook tot de grondwetsartikelen 170 en 172, die het wettigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel inzake belastingen waarborgen, en 191, dat betrekking heeft op de rechten van de vreemdelingen. Vóór de bijzondere wet van 9 maart 2003 toetste het Arbitragehof ook al aan die bepalingen, doch enkel op onrechtstreekse wijze⁵, via en in samenhang met de artikelen 10 en 11 G.W., die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie waarborgen. Die artikelen verbieden volgens traditionele rechtspraak van het Arbitragehof elke wetgevende discriminatie in het genot van de rechten en vrijheden, ongeacht de rechtsbron (de Grondwet, internationale verdragen – zelfs zonder directe werking – die België binden, algemene rechtsbeginselen) waaruit deze voortvloeien. De grote nieuwigheid van de bijzondere wet van 9 maart 2003 is dat zij het Arbitragehof in staat heeft gesteld om *rechtstreeks* te toetsen aan de voormelde grondwetsbepalingen, zonder de “omweg” van de artikelen 10 en 11 G.W. te moeten aanwenden.

¹ A. ALEN en K. MUYLLE, “Recente evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof”, in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 167-267.

² *B.S.*, 11 april 2003 (1e uitgave).

³ Bv. de tegenstellingen tussen het Arbitragehof en het Hof van Cassatie; de eerbied van de wetgever voor de arresten van het Arbitragehof (bv. inzake de wetgeving op de milieutaksen: AH, nr. 156/2006, 18 oktober 2006, en nr. 9/2007, 11 januari 2007); het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te Luxemburg (AH, nrs. 124 en 126/2005, 13 juli 2005); de noodzaak tot samenwerking tussen onderscheiden overheden, buiten een geschreven verplichting, als onderdeel van het evenredigheidsbeginsel, dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening (AH, nr. 132/2004, 14 juli 2004; nr. 128/2005, 13 juli 2005; nr. 163/2006, 8 november 2006);...

⁴ Zie L. THÉRY, “Markante arresten uit twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof: een vergelijking tussen de commentaren in de rechtsleer en de weerklank in de geschreven pers”, *T.B.P.*, 2006, 387-410, inz. 400.

⁵ Met uitzondering van artikel 24 G.W. inzake de vrijheid van onderwijs, waaraan het Arbitragehof sedert 1989 rechtstreeks toetst.

3. Ondanks de bedoeling van de bijzondere wetgever om de partijen te ontlasten van ingewikkelde redeneringen en constructies via de artikelen 10 en 11 G.W., blijken zij in de praktijk hieraan zo sterk gewend te zijn dat zij vaak, naast de grondwetsbepalingen waaraan het Arbitragehof nochtans rechtstreeks vermag te toetsen, ook nog de schending van de artikelen 10 en 11 G.W. inroepen⁶. Niettemin neemt het aantal gevallen van rechtstreekse toetsing gestadig toe. Vooral de toetsing aan het fiscaal (zie hieronder IV) en het strafrechtelijk (zie hieronder V) wettigheidsbeginsel neemt een belangrijke plaats in het Hof in. Dit is ook het geval voor de vaak ingeroepen artikelen 22 en 23 (zie hieronder VI) G.W. Ook de vrijheid van meningsuiting en van drukpers⁷ (zie hieronder VIII) komt regelmatig ter sprake in de rechtspraak van het Hof.

4. “Terwijl de bevoegdheidsuitbreiding van het Arbitragehof tot de rechtstreekse toetsing aan de artikelen 170, 172 en 191 G.W. er slechts toe leidt dat de vroegere omweg via de artikelen 10 en 11 niet meer nodig is, leidt de bevoegdheidsuitbreiding van het Hof tot de rechtstreekse toetsing aan Titel II van de Grondwet tot een bijkomend gevolg: niet alleen is de omweg via de artikelen 10 en 11 niet meer vereist, maar ook gebeurt de toetsing meer en meer in het licht van de inhoud van analoge waarborgen in internationale verdragsbepalingen. Dit is een gevolg van de rechtspraak van het Arbitragehof om bij de toetsing aan de grondrechten in Titel II van de Grondwet rekening te houden met analoge rechten of vrijheden in internationale verdragen die België binden (zie hieronder III).

5. In een belangwekkende studie van de zaken, die bij het Arbitragehof zijn ingediend sedert de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 9 maart 2003 (21 april 2003) en die op 1 maart 2006 tot een arrest hebben geleid (400 arresten), komt de auteur⁸ tot de bevinding dat in 150 arresten aan grondrechten wordt getoetst, terwijl in de andere zaken de toetsing nog steeds uitsluitend aan de artikelen 10 en 11 G.W. plaatsheeft⁹. De studie bevestigt derhalve wat we hierboven onder nr. 3 reeds opmerkten. Nog interessanter is de vaststelling van dezelfde auteur dat de uitsluitende toetsing aan de artikelen 10 en 11 G.W. in 20 % van de gevallen tot schending leidt, terwijl dit percentage dubbel zo hoog ligt (40 %) wanneer aan grondrechten wordt getoetst. Dit leidt hem ertoe te schrijven dat de stelling van het Arbitragehof dat de toetsing strikter is wan-

6 Zie bv. de opmerkingen daaromtrent in AH, nr. 195/2004, 1 december 2004, en in nr. 25/2006, 15 februari 2006.

7 Zie bv. AH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004 (een rechterlijk publicatieverbod van geschriften is slechts mogelijk wanneer er reeds een verspreiding is geweest); nr. 47/2006, 22 maart 2006 (artikel 18 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten kan, omwille van de cascadeverantwoordelijkheid in artikel 25, tweede lid G.W., niet van toepassing zijn op journalisten die verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst); nr. 91/2006, 7 juni 2006 (het recht op het bronnengeheim mag niet worden voorbehouden aan beroepsjournalisten, maar komt toe aan eenieder die journalistieke activiteiten uitoefent).

8 J. THEUNIS, “De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Themis-Staatsrecht*, Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006, 28 en 46, nrs. 2, 23 en 24.

9 Waarvan 80 % afkomstig is van prejudiciële vragen.

neer fundamentele rechten of beginselen in het geding zijn, geen loze bewering blijkt te zijn¹⁰.

III. De samenlezing van Titel II van de Grondwet met analoge verdragsbepalingen

6. Nu dat het Arbitragehof vroeger al toetste aan de artikelen 10 en 11 G.W., in samenhang gelezen met de mensenrechtenverdragen (waarbij het reeds rekening hield met de in deze verdragen besloten materiële vereisten), lag het in de rede dat het Hof, wanneer het toetst aan de grondrechten in Titel II van de Grondwet, het deze grondrechten in samenhang zou lezen met verdragsbepalingen die België binden en een draagwijdte hebben die analoog is aan die grondwetsbepalingen. Dit principe werd voor het eerst gevestigd in het arrest nr. 136/2004 van het Arbitragehof¹¹.

Het werd nadien nog verfijnd vanaf het arrest nr. 189/2005¹², om te beklemtonen dat het Hof niet rechtstreeks kan toetsen aan verdragsbepalingen. Hierbij toont het Hof zich echter niet formalistisch: wanneer het wordt verzocht een wetgevende norm te toetsen aan een grondrecht gewaarborgd in Titel II van de Grondwet *én* aan analoge verdragsbepalingen, gaat het Hof ervan uit dat het gaat om een verzoek om te toetsen aan de desbetreffende grondwetsbepaling, *in samenhang gelezen* met de desbetreffende verdragsbepalingen¹³. Hetzelfde deed het Hof reeds wanneer het werd verzocht te toetsen aan de artikelen 10 en 11 G.W. *én* aan verdragsbepalingen¹⁴. Die laatste toetsing blijft overigens nodig wanneer het gaat om de toetsing aan rechten en vrijheden in verdragsbepalingen die geen hiermee overeenstemmende bepaling in de Grondwet hebben¹⁵.

7. Bij een aangevoerde schending van rechten en vrijheden gewaarborgd in Titel II van de Grondwet is het zelfs niet nodig de schending van analoge verdragsbepalingen in te roepen, opdat het Arbitragehof toch deze laatste in zijn

¹⁰ J. THEUNIS, *l.c.*, 46, nr. 24.

¹¹ AH, nr. 136/2004, 22 juli 2004: “[...] vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II [...] van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen”.

¹² AH, nr. 189/2005, 14 december 2005.

¹³ AH, nr. 147/2005, 28 september 2005.

¹⁴ AH, nr. 73/2005, 20 april 2005.

¹⁵ Meestal gaat het om het recht op een behoorlijke rechtsbedeling, gewaarborgd door artikel 6 EVRM: J. THEUNIS, *l.c.*, 38-40, nrs. 14-17 (in dat geval vereist het Hof geen vergelijkingspunt, zoals dat wel het geval is wanneer een louter verschil in behandeling moet worden beoordeeld). Uiteraard blijft eveneens de samenlezing van de artikelen 10 en 11 G.W. nodig met rechten en vrijheden in de Grondwet of uit algemene rechtsbeginselen, wanneer het Arbitragehof niet rechtstreeks vermag te toetsen.

toetsing betreft¹⁶. Dit is overigens een algemene gedragslijn in de rechtspraak van het Arbitragehof: het Hof legt de grondwetsbepalingen uit in het licht van analoge verdragsbepalingen, vooral het EVRM zoals geïnterpreteerd door het EHRM¹⁷. Dat is bv. het geval wanneer het gaat om beperkingen op rechten en vrijheden, die volgens het EHRM moeten zijn voorgeschreven door een voldoende precieze bepaling, moeten beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig moeten zijn met een wettige doelstelling. Wanneer de Grondwet voor de beperking op een grondrecht een formeel wetgevende norm vereist, moet die beperking niet alleen hieraan voldoen¹⁸ maar daarenboven ook beantwoorden aan de voormelde materiële vereisten die voortvloeien uit de mensenrechtenverdragen die een analoog grondrecht waarborgen¹⁹. In het zeldzame geval dat de Grondwet in geen enkele beperking voorziet, zoals bv. artikel 29 G.W., dat de onschendbaarheid van het briefgeheim waarborgt, legt het Hof die bepaling uit in het licht van andere grondwets- en verdragsbepalingen om ertoe te besluiten dat toch een beperking mogelijk is indien ze noodzakelijk is om de inachtneming van andere grondrechten te waarborgen²⁰. Ook heeft het Arbitragehof aangenomen dat, hoewel de aangevoerde grondwetsbepalingen het recht op leven niet als dusdanig waarborgden, de uitoefening van de erin gewaarborgde rechten de eerbiediging van het recht op leven veronderstelt, zodat zij in samenhang kunnen worden gelezen met de verdragsbepalingen die dat recht uitdrukkelijk beschermen²¹.

8. De tegenspraak tussen de voormelde rechtspraak van het Arbitragehof en de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie²², volgens welke het EVRM primeert op de Grondwet tenzij wanneer deze een ruimere bescherming biedt, stelt de rechter voor een probleem wanneer voor hem de schending wordt ingeroepen door een wetgevende norm van grondrechten die zowel in de Grondwet als in het EVRM (of in een ander verdrag met rechtstreekse werking) zijn gewaarborgd: moet hij omtrent de toetsing van de wetgevende norm aan de Grondwet een prejudiciële vraag stellen aan het Arbitragehof, dat immers de grondrechten in de Grondwet toch samenleest met analoge verdragsbepalingen, of kan hij, zoals het Hof van Cassatie vooropstelt, wanneer de Grondwet geen ruimere bescherming biedt, de wetgevende norm zelf toetsen aan het verdrag met rechtstreekse werking, zoals sedert het Smeerkaasarrest van 27 mei

¹⁶ Bv. AH, nr. 108/2006, 28 juni 2006 (uitlegging van artikel 22 G.W. in het licht van artikel 8 EVRM).

¹⁷ Voor een zeer goed voorbeeld (i.v.m. de verspreiding van persoonsgegevens van een om doping geschorste sportbeoefenaar op een voor eenieder toegankelijke website): AH, nr. 162/2004, 20 oktober 2004 (schorsing), en nr. 16/2005, 19 januari 2005 (vernietiging).

¹⁸ Gelet op de voorrang aan de ruimste bescherming (artikel 53 EVRM).

¹⁹ AH, nr. 202/2004, 21 december 2004; nr. 131/2005, 19 juli 2005; nr. 151/2006, 18 oktober 2006.

²⁰ AH, nr. 202/2004, 21 december 2004.

²¹ AH, nr. 91/2006, 7 juni 2006 (*in casu* werd de schending ingeroepen van de artikelen 22*bis* en 23, eerste lid G.W., in samenhang gelezen met de artikelen 2.1 EVRM en 6.1 BUPO).

²² Cass., 9 en 16 november 2004: zie hieromtrent A. ALEN en J. CLEMENT, “De hiërarchie der rechtsnormen”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Themis-Staatsrecht*, Cahier 36, o.c., 18-20, nrs. 23-28.

1971 het geval is? Volgens ons dient de bijzondere wetgever dit probleem van samenloop van grondrechten zo spoedig mogelijk te regelen²³.

IV. De door de Grondwet aan de wetgever voorbehouden aangelegenheden

9. Vaak bepaalt de Grondwet dat een aangelegenheid “bij” of “door” een wetgevende norm moet worden geregeld. In dat geval gaat het, in de verhouding tot de uitvoerende macht, om een door de Grondwet voorbehouden aangelegenheid, waarvan de essentiële elementen niet mogen worden opgedragen aan de uitvoerende macht. Bij wetgevende delegaties van essentiële elementen in de door de Grondwet voorbehouden aangelegenheden²⁴ toetste het Arbitragehof voorheen aan de artikelen 10 en 11 G.W., omdat aldus aan een categorie van rechtsonderhorigen een grondwettelijke waarborg wordt ontnomen, nl. de regeling van de aangelegenheid door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Dergelijke delegaties schonden dan ook het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, tenzij aan drie cumulatieve voorwaarden was voldaan: het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden die de machtiging verantwoorden; een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige machtiging; het voorzien in en het doen van een wettelijke bekrachtiging binnen een relatief korte termijn, bij ontstentenis waarvan de genomen besluiten moeten worden geacht geen uitwerking te hebben gehad. De toetsing verloopt thans nog steeds via de artikelen 10 en 11 G.W., behoudens voor wat de grondwetsbepalingen betreft waaraan het Hof, sedert de bijzondere wet van 9 maart 2003, rechtstreeks vermag te toetsen. In de praktijk toetst het Hof vaak aan de artikelen 170, §§ 1 en 2, en 172, tweede lid, G.W., die het fiscaal wettigheidsbeginsel inhouden²⁵. Hierbij stelt het Hof de grondwettigheid van delegaties van essentiële elementen inzake belastingen afhankelijk van de drie voormelde cumulatieve voorwaarden²⁶. Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat het Arbitragehof in onderwijs- en strafza-

23 Voor een proeve van oplossing: zie het voorstel in A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 120-123.

24 Het Arbitragehof heeft slechts éénmaal aangenomen dat wetgevende delegaties van essentiële elementen *buiten* de door de Grondwet voorbehouden aangelegenheden een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel kunnen uitmaken: AH, nr. 31/2004, 3 maart 2004. Deze rechtspraak werd nadien verlaten: AH, nr. 190/2005, 14 december 2005, en nr. 56/2006, 19 april 2006.

25 Voor een exhaustief overzicht van die rechtspraak: zie J. THEUNIS, “Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof”, *T.F.R.*, 2006, 79-96.

26 Bv. AH, nr. 88/2004, 19 mei 2004 (geen schending); nr. 195/2004, 1 december 2004 (schending); nr. 57/2005, 16 maart 2005 (schending); nr. 143/2005, 21 september 2005 (geen schending); nr. 186/2005, 14 december 2005 (schending). In die arresten neemt het Hof als uitzonderlijke omstandigheid aan het feit dat “de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van een belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken”.

ken een versterkt wettigheidsbeginsel aanneemt, zodat elke wetgevende delegatie van essentiële elementen in deze aangelegenheden een grondwetsschending inhoudt, zonder dat het Hof rekening houdt met de drie voormelde cumulatieve voorwaarden.

V. Het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel

10. Het Arbitragehof waakt niet alleen over het in de artikelen 12, tweede lid, en 14 G.W. besloten *formele* wettigheidsbeginsel, maar eveneens over de *kwalitatieve* vereisten waaraan de strafwet moet voldoen. Zij “moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het vereist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, degene die de feiten begaat, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van zijn daden kan zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet een beoordelingsbevoegdheid toekent aan de rechter voor zover zij de bijzondere eisen ter zake van nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid waaraan de strafwetten moeten voldoen, niet miskent”²⁷.

Wegens een onvoldoende nauwkeurige normatieve inhoud heeft het Hof een aantal strafbaarstellingen vernietigd²⁸. Het was vooral het verschil in marge van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter dat maakte dat de rechtspraak van het Arbitragehof strenger was dan die van het EHRM en van het Hof van Cassatie²⁹. Vanaf het arrest nr. 92/2005 is het Arbitragehof zich meer gaan inspireren op de in dat arrest aangehaalde rechtspraak van het EHRM³⁰. Voortaan luidt het als volgt: “Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet aan de rechter een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen”^{31 32}.

²⁷ AH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004.

²⁸ AH, nr. 69/2003, 14 mei 2003 (i.v.m. de begrippen “openbare orde”, “goede zeden”, “fout” en “de veiligheid van de Staat aantasten”); nr. 136/2004, 22 juli 2004 en nr. 14/2005, 19 januari 2005 (i.v.m. de begrippen “onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder” en “ernstige inbreuk op essentiële stedenbouwkundige voorschriften”); nr. 158/2004, 20 oktober 2004 (i.v.m. de toegelaten gebruikershoeveelheid cannabis en i.v.m. de begrippen “problematisch gebruik” en “openbare overlast”).

²⁹ A. DE NAUW, “Nieuwe wendingen inzake het *lex certa* beginsel”, in *Liber Amicorum L. Dupont*, Leuven, Univ.Pers., 2005, 757-773. Zie ook A. JACOBS, “Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d’arbitrage”, *ibidem*, 821-845.

³⁰ EHRM, 25 mei 1993, *Kokkinakis*, Série A, nr. 260 A; 22 november 1995, *S.W.*, Série A, nr. 335 B; 15 november 1996, *Cantoni*, Recueil, 1996-V.

³¹ AH, nr.92/2005, 11 mei 2005 (geen schending). Verderop vermeldt het arrest: “Het is slechts bij het onderzoek van een specifieke strafbepaling dat het mogelijk

Om nog nauwer aan te sluiten bij de rechtspraak van het EHRM, wordt, vanaf het arrest nr. 71/2006, hieraan nog toegevoegd: “Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen”³³.

In een studie over de rechtspraak van het Arbitragehof besluit de auteur³⁴ dat het Hof meerdere, vruchtbare inspanningen heeft geleverd om de eis van precieze en nauwkeurige formulering (*lex certa*) inhoudelijk te verfijnen³⁵, doch ook dat het Hof in zijn recente nuancering van rechtszekerheid (het kunnen inschatten van het risico van strafrechtelijke aansprakelijkheid) op het verkeerde spoor zit³⁶.

VI. De *standstill*-verplichting uit artikel 23 G.W.

11. Sinds de invoeging in de Grondwet van artikel 23³⁷ beschermt de Grondwet, naast de burgerlijke en politieke rechten, ook – zij het niet op gelijke wijze – de economische, sociale en culturele rechten. Uit de parlementaire voorbereiding van die grondwetsbepaling blijkt dat de Grondwetgever weliswaar geen directe werking wilde toekennen aan deze “rechten van de tweede generatie”, maar toch een mogelijke afdwingbaarheid erkende via de rechtsfiguur van de *standstill*-verplichting. In 2002 omschreef het Arbitragehof deze rechtsfiguur als volgt: “[...] dat de aanneming van artikel 23 de verplichting zou te weegbrengen om, zonder daarom precieze subjectieve rechten te verlenen, de

is om, rekening houdend met de elementen eigen aan de misdrijven die zij wil bestraffen, te bepalen of de door de wetgever gehanteerde algemene bewoordingen zo vaag zijn dat ze het door artikel 12, tweede lid, van de Grondwet gewaarborgde wettigheidsbeginsel zouden schenden”.

32 In dezelfde zin: AH, nrs. 116 en 117/2005, 30 juni 2005; nr. 125/2005, 13 juli 2005 (waarin daarenboven sprake is van “de aangelegenheden waarop zij van toepassing zijn” en wordt gewezen op de rechterlijke verplichting om strafbepalingen strikt te interpreteren); nr. 156/2005, 20 oktober 2005 (alle geen schending).

33 AH, nr. 71/2006, 10 mei 2006 (beperkte schending). In dezelfde zin AH, nr. 81/2006, 17 mei 2006 (geen schending), en nr. 98/2006, 14 juni 2006 (geen schending inzake de strafbaarheidstelling; wel schending van de artikelen 10 en 11 G.W., zoals in het arrest nr. 71/2006, inzake de strafmaat wegens “een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare misdrijven”.

34 E. CLAES, “Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en de rechtspraak van het Arbitragehof. Erosie van legaliteit?”, *T.B.P.*, 2006, 451-469.

35 Zo vermeldt hij: het verbod van “overinclusieve” strafbaarstellingen; de vereiste dat de strafbaarstelling voldoende normatieve inhoud heeft; het verschaffen van duidelijkheid omtrent het moreel element van het misdrijf; een motivering dat tegen de achtergrond van het beoogde beleidsdoel flexibele bewoordingen noodzakelijk zijn.

36 In nog meer kritische zin: E. DEGRAVE, “La légalité pénale et la Cour d’arbitrage”, *J.T.*, 2006, 477-489.

37 Grondwetsbepaling van 31 januari 1994 (*B.S.*, 12 februari 1994).

voordelen van de van kracht zijnde normen te handhaven door het verbod in te stellen om tegen de nagestreefde doelstellingen in te gaan (de zogenaamde “standstill-verplichting”)³⁸.

Concreet houdt dit volgens het Arbitragehof in dat de *standstill*-verplichting “de wetgevers de verplichting oplegt om geen afbreuk te doen aan het recht dat wordt gewaarborgd in de wetgeving die van toepassing was op de dag dat artikel 23 in werking is getreden”.

Dit betekent evenwel niet dat de wetgevers hun wetgevende normen niet meer zouden kunnen wijzigen. De *standstill*-verplichting verbiedt de wetgevers slechts “om maatregelen te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen van het in artikel 23 [...] gewaarborgde recht, maar zij ontzegt hun niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze zou worden gewaarborgd”³⁹.

12. Het Arbitragehof heeft tot nu toe slechts voor twee in artikel 23, derde lid G.W. opgesomde rechten de *standstill*-verplichting aanvaard⁴⁰. In 2002 deed het Hof dit voor de eerste maal voor het recht op sociale bijstand⁴¹, in 2006 voor het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu⁴². Bovendien is de toetsing verschillend voor beide rechten. Alleen een aanzienlijke vermindering van het door de voorheen bestaande wetgeving geboden beschermingsniveau van het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu, *zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang*, kan tot een schending van artikel 23, derde lid, 4° G.W. leiden⁴³. De wetgever kan zich evenwel niet op dergelijke redenen beroepen wanneer het beschermingsniveau van het recht op sociale bijstand wordt bedreigd⁴⁴. Wat het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu betreft, lijkt het Arbitragehof aan te sluiten bij de rechtspraak van de Raad van State, volgens welke een versoepeling van de bestaande milieunormen slechts bestaanbaar met de Grondwet kan worden geacht indien daarvoor dwingende redenen voorhanden zijn⁴⁵.

13. Een bijkomende vraag is naar welk beschermingsniveau als referentiepunt voor de naleving van de *standstill*-verplichting moet worden verwezen. De rechtspraak van het Arbitragehof lijkt op dit vlak niet volledig uitsluitend te bieden. In 2002 – nog bevestigd in 2004 – gebruikte het Hof als referentiepunt het beschermingsniveau dat werd geboden door de wetgeving die van toepas-

38 AH, nr. 169/2002, 27 november 2002.

39 AH, nr. 169/2002, 27 november 2002.

40 Voor het overige luidde het dat “[...], zonder dat het nodig is de normatieve draagwijdte van artikel 23 in zijn geheel te onderzoeken, [...]” of ook “zonder zich uit te spreken over de vraag of artikel 23 [...] te dezen een *standstill*-verplichting impliceert, [...]”.

41 AH, nr. 169/2002, 27 november 2002.

42 AH, nr. 135/2006, 14 september 2006.

43 AH, nrs. 135 en 137/2006, 14 september 2006, en nr. 145/2006, 28 september 2006. Die rechtspraak werd al aangekondigd in AH, nr. 130/2004, 14 juli 2004, nr. 150/2004, 15 september 2004, en nr. 189/2005, 14 december 2005.

44 AH, nr. 169/2002, 27 november 2002; nr. 5/2004, 14 januari 2004; nr. 123/2006, 28 juli 2006.

45 R.v.St., nr. 80.018, 29 april 1999. Zie S. WYCKAERT, “Het “standstill”-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State”, *A.J.T.*, 1999-2000, 413-419.

sing was op de dag dat artikel 23 G.W. in werking is getreden⁴⁶. In 2006 wijzigt het Arbitragehof evenwel zijn “refrein” inzake de toetsing aan artikel 23, derde lid, 2° G.W. (het recht op sociale bijstand) en oordeelt het Hof dat de *standstill*-verplichting “verbiedt [...] de bescherming die de wetgevingen vroeger op dat gebied boden aanzienlijk te verminderen”⁴⁷.

Wat het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu betreft, oordeelt het Hof dat “het beschermingsniveau dat geboden wordt door de van toepassing zijnde wetgeving”, niet in aanzienlijke mate mag verminderen⁴⁸. Of een vast dan wel een variabel referentiepunt te verkiezen is, wordt bepaald door het beschermingsniveau van de “vroegere” wetgeving, die dateert van na de inwerkingtreding van artikel 23 G.W., zijnde 12 februari 1994, en thans wordt gewijzigd: bood deze vroegere wetgeving een betere bescherming dan de wetgeving die van toepassing was op 12 februari 1994, dan is dit variabel referentiepunt in het voordeel van de rechtzoekende. Bood deze echter een niet-aanzienlijke slechtere bescherming en biedt de nieuwe wetgeving opnieuw een niet-aanzienlijk slechtere bescherming tegenover de vroegere wetgeving, dan kan “af en toe een beetje achteruitgaan” inderdaad ook “stilstaan” zijn⁴⁹.

VII. Interpretatieve wetten

14. Op de 11^{de} VRG-Alumnidag 2004 vermeldden we de rechtspraak⁵⁰ van het Arbitragehof inzake interpretatieve wetten⁵¹. Deze rechtspraak, die nadien in meerdere arresten werd herhaald⁵², stelde drie principes voorop. Het *eerste principe* hield in dat een wet enkel interpretatief kon zijn indien ze “een wetsbepaling die betekenis geeft die zij, volgens de wetgever, reeds bij de aanneming ervan zou moeten hebben gekregen”⁵³. Elke interpretatief genoemde bepaling die aan een vroegere bepaling een andere betekenis geeft dan de enige mogelijke manier waarop die uitgelegde bepaling redelijkerwijs kon worden begrepen (bv. een wijziging, aanvulling of opheffing), is een zuiver retroactieve bepaling, waarvan de grondwettigheid dient te worden beoordeeld volgens

46 AH, nr. 169/2002, 27 november 2002, en nr. 5/2004, 14 januari 2004 (i.v.m. het recht op sociale bijstand).

47 AH, nr. 123/2006, 28 juli 2006.

48 AH, nrs. 135 en 137/2006, 14 september 2006, en nr. 145/2006, 28 september 2006.

49 J. THEUNIS, “Het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu”, in K. DEKETELAERE, *Feestbundel Milieurecht*, Brugge, die Keure, 2005, 87-90. Zie ook G. MAES, “Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in artikel 23 G.W.: progressieve (sociale) grondrechtenbescherming”, *R.W.*, 2005-06, 1081-1094.

50 AH, nr. 189/2002, 19 december 2002, *C.D.P.K.*, 2003, 318, noot K. MUYLLE en J. VAN NIEUWENHOVE, *R.W.*, 2002-03, 1457, noot P. POPELIER en *T.O.R.B.*, 2002-03, 478, noot R. VERSTEGEN.

51 A. ALEN en K. MUYLLE, “Recente evoluties in de rechtspraak van het Arbitragehof”, in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 216.

52 Zie ook AH, nr. 160/2003, 10 december 2003; nr. 193/2004, 24 november 2004; nr. 25/2005, 2 februari 2005; nr. 177/2005, 7 december 2005; nr. 20/2006, 1 februari 2006.

53 AH, nr. 189/2002, 19 december 2002, B.12.1.

de strenge criteria die het Arbitragehof hiervoor hanteert⁵⁴. Het *tweede principe* houdt in dat er in het strafrecht in beginsel geen interpretatieve wetten mogelijk zijn omwille van het principiële verbod van retroactiviteit in deze materie. Het *derde principe* houdt in dat een interpretatieve wet nooit mag terugkomen op in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen.

Wanneer deze drie principes worden nageleefd, is een interpretatieve wet toelaatbaar, aangezien haar retroactiviteit het rechtszekerheidsbeginsel veeleer behartigt dan het, zoals een zuiver retroactieve wet dat doet, te schenden. Ze werkt dan ook terug tot op de datum van inwerkingtreding van de geïnterpreteerde wet, en ze wordt door de rechter toegepast in alle zaken waarvan het rechtspunt niet definitief is beslecht⁵⁵.

15. De rechtsleer uitte nogal wat kritiek op deze rechtspraak. De voornaamste kritiek op het *eerste principe* luidde dat het de techniek van de interpretatieve wet overbodig maakte. Wanneer een wet slechts voor één mogelijke uitlegging vatbaar is, is het immers niet nodig ze met een interpretatieve wet te verklaren. Pas wanneer ze door haar vaagheid of onvolledigheid aanleiding geeft tot verschillende interpretaties, heeft de techniek van de interpretatieve wet enig nut⁵⁶. De strafrechtsgeleerden achten bovendien het *tweede principe* overbodig, aangezien interpretatieve wetten geen nieuwe betekenis aan de strafwet geven, maar slechts de betekenis vertolken die de wet *ab initio* wordt geacht te hebben gehad⁵⁷, en aangezien het strenge eerste principe reeds tot gevolg had

⁵⁴ Deze rechtspraak, gegrond op de art. 10 en 11 G.W., *in samenhang gelezen met het rechtszekerheidsbeginsel*, houdt in dat *binnen het strafrecht* elke retroactiviteit die leidt tot een nieuwe strafbaarstelling of een strengere straf, wordt gesanctioneerd (art. 7 EVRM en art. 15 BUPO). *Buiten het strafrecht* wordt een onderscheid gemaakt tussen (1) retroactieve wetten die *niet tussenkomen* in hangende rechtsgedingen: deze kunnen worden verantwoord wanneer de retroactiviteit onontbeerlijk is, hetzij voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, hetzij voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst; (2) retroactieve wetten die *wel tussenkomen* in hangende rechtsgedingen: deze kunnen enkel worden verantwoord op grond van *uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang*; (3) retroactieve wetten die terugkomen op een in *kracht van gewijsde* gegane rechterlijke beslissing: deze worden *nooit* toegelaten.

⁵⁵ Art. 7 Ger.W. Het Hof van Cassatie en de Raad van State herzien met toepassing van de interpretatieve wet de beslissingen van een lager rechtscollege dat - ook al was de interpretatieve wet nog niet uitgevaardigd wanneer dit zich uitsprak - een andere (mogelijke) interpretatie gegeven had aan de geïnterpreteerde wet (zie Cass., 7 april 1959, *Pas.*, 1959, I, 787; Cass., 27 juni 2002, www.cass.be; R.v.St., nr. 13.779, 6 november 1969, Cabay, www.raadvst-consetat.be).

⁵⁶ K. MUYLLE en J. VAN NIEUWENHOVE, noot onder AH, nr. 189/2002, *C.D.P.K.*, 2003, 327; P. POPELIER, noot onder AH, nr. 189/2002, *R.W.*, 2002-03, 1461-1462, die verwijst naar de parlementaire voorbereiding bij de herziening van art. 84 en 133 G.W., *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1979, nr. 100/25, 4. Zie ook H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 4e uitgave, 71-72.

⁵⁷ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in hoofdlijnen*, deel I, Antwerpen, Maklu, 2003, 107-108; zie ook L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 131; F. TULKENS en M. VAN DE KERCKHOVE, *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story Sci-

dat elke strafrechter tot de in de interpretatieve wet gegeven interpretatie had moeten komen⁵⁸. Aldus kunnen zij geen schending van het rechtszekerheidsbeginsel inhouden.

16. Het onwerkzame eerste principe werd recent verlaten: in het arrest nr. 102/2006 luidt het nu dat een interpretatieve wet een wet is “die aan een wetsbepaling de betekenis geeft die de wetgever bij de aanneming ervan heeft willen geven en die zij redelijkerwijze *kon* krijgen”⁵⁹. Na deze wijziging volstaat het dus dat de wetgever kiest voor één van de interpretaties waarvoor de geïnterpreteerde wet vatbaar was⁶⁰. Deze logische wijziging brengt de rechtspraak van het Hof opnieuw in overeenstemming met de bedoeling die de Grondwetgever met de techniek van de interpretatieve wet had⁶¹: enerzijds, kan de techniek opnieuw worden aangewend om eerdere wetten die “onzeker, onduidelijk en controversieel”⁶² zijn, te verduidelijken; anderzijds, wordt ook vermeden dat de wetgever deze techniek kan misbruiken om het principiële verbod van retroactiviteit te omzeilen wanneer hij het recht retroactief een onverwachte wending wil geven⁶³.

Aan de overige kenmerken van de interpretatieve wet verandert dit arrest niets: (1) de retroactiviteit ervan blijft principieel toelaatbaar, hetgeen in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel logisch is; (2) een interpretatieve wet kan nooit terugkomen op een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing, wat in het licht van de scheiding der machten ook een evidentie is; (3) niettegenstaande twee recente terminologische aanpassingen⁶⁴, blijft de interpretatieve wet in het strafrecht op het verbod van retroactiviteit botsen. Dit laatste lijkt nog steeds overbodig: ook onder het versoepelde eerste principe valt moeilijk in te zien hoe de authentieke keuze, zelfs met retroactief effect, voor een interpretatie die als één van de mogelijke interpretaties reeds in de geïnterpreteerde wet was terug te vinden, en dus door een strafrechter had kunnen worden gevonden zonder nieuwe tussenkomst van de wetgever, kan indruisen tegen de redelijke verwachtingen van de rechtsonderhorige.

entia, 1997, 193; J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, “Het niet-terugwerken van strafwetten”, *Ann. Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen*, 1950, 156.

58 P. POPELIER, *l.c.*, 1463.

59 AH, nr. 102/2006, 21 juni 2006, B.5.2. (eigen cursivering). Zie ook AH, nr. 19/2007, 25 januari 2007, dat het voorgaande arrest bevestigt.

60 P. POPELIER, noot onder AH, nr. 102/2006, *R.W.*, 2006-07, 647-648.

61 Zie hieromtrent E. HUYTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique (1830-1831)*, Brussel, Société typographique belge, 1844, II, 15 en IV, 69.

62 Zie Cass., 7 oktober 1919, *Pas.*, 1919, I, 218; *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1979, nr. 100/25, 4.

63 Zie Cass., 21 september 1956, *Arr.Verbr.*, 1957, 17.

64 Zie eerst AH, nr. 177/2005, 7 december 2005, B.12.3 en nr. 20/2006, 1 februari 2006, B.7.3.: “onder voorbehoud van de in het strafrecht van toepassing zijnde regels”; vervolgens nr. 102/2006, 21 juni 2006, B.5.2.: “onder voorbehoud van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel”.

VIII. De Antidiscriminatiewet

17. De Antidiscriminatiewet⁶⁵, die voor een aanzienlijk deel een uitvoering was van twee Europese richtlijnen⁶⁶, deed reeds vóór haar aanneming veel stof opwaaien⁶⁷. Ook nadien werd ze vaak en grondig becommentarieerd⁶⁸. Deze wet verbiedt zowel directe⁶⁹ als indirecte⁷⁰ discriminatie, bevat strafrechtelijke en burgerrechtelijke sancties, kent een speciaal bewijsmechanisme, en regelt het toezicht en de actiemogelijkheden van het Centrum voor gelijke kansen en racismebestrijding. Op 6 oktober 2004 sprak het Arbitragehof zich in één van zijn belangrijkste arresten uit over enkele facetten van deze controversiële wet⁷¹. Aangezien de toetsing aan analoge verdragsbepalingen (zie nrs. 6-8) en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (zie nr. 10) reeds hoger aan bod kwamen, focussen wij hier op de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel (nr. 18) en aan de vrijheid van meningsuiting (nr. 19).

65 Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *B.S.*, 17 maart 2003, err. *B.S.*, 13 mei 2003. Latere aanpassingen: Wet van 9 juli 2004 (art. 108), *B.S.*, 15 juli 2004; Wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen, *B.S.*, 28 juli 2006.

66 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (de zgn. Rasrichtlijn); Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (de zgn. Kaderrichtlijn). Beide richtlijnen vinden hun grondslag in art. 13 EG-verdrag.

67 Zie o.m. S. SOTTIAUX, “De antidiscriminatiewet is goede zaak”, *Juristenkrant*, 2002, nr. 56, 2-3; M.E. STORME, “Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat”, *Juristenkrant*, 2002, nr. 57, 4; K. LEMMENS, “Nous sommes tous des juifs allemands”, *Juristenkrant*, 2002, nr. 59, 2-3; X, “Beeldenstormer Storme”, *Juristenkrant*, 2003, nr. 76.

68 Zie o.m. J. VELAERS en J. VRIELINK (eds.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003; M. DE VOS en E. BREMS, *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2003; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX, J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 441-573; O. DE SCHUTTER, “La loi belge tendant à lutter contre la discrimination”, *J.T.*, 2003, 845-856; S. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d’une “horizontalisation” des droits de l’homme”, *A.P.T.*, 2003, 208-252.

69 Dit houdt in dat iemand wordt benadeeld louter omwille van een bepaald kenmerk.

70 D.i. elke situatie waarin een ogenschijnlijk neutrale bepaling of handeling personen met een bepaald kenmerk in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, zonder dat hiervoor een legitiem doel voorhanden is en de middelen in redelijke verhouding tot dat doel staan.

71 AH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004. Een zeer lezenswaardige commentaar werd geschreven door J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *T.B.P.*, 2004, 601-614. Zie ook S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *Juristenkrant*, 20 oktober 2004, 4 en J. DE WIT, “De antidiscriminatiewet discrimineert”, *Juristenkrant*, 20 oktober 2004, 5.

18. Wat verwondering kan wekken, is dat deze wet ter bestrijding van discriminatie zelf aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel werd getoetst. De voornaamste reden hiervoor is dat de discriminatiegronden limitatief werden opgesomd: geslacht, ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, fortuin, leeftijd, geloof of levensbeschouwing, gezondheidstoestand, handicap of een fysieke eigenschap (art. 2, § 1). Notoir afwezige discriminatiegronden waren de politieke overtuiging⁷² en de taal⁷³. Het Hof maakte voor de toetsing van deze bewuste lacune aan de artikelen 10 en 11 G.W. een onderscheid tussen de burgerrechtelijke en de strafrechtelijke bepalingen van de wet. *Op burgerrechtelijk, arbeidsrechtelijk en procesrechtelijk vlak* achtte het Hof het niet pertinent bepaalde discriminaties te beteugelen en andere niet, en besloot het tot vernietiging van de limitatieve lijst in art. 2, § 1 en van alle bepalingen die hiernaar verwezen. Hierdoor verkreeg de Antidiscriminatiewet een ruimere draagwijdte dan diegene die de wetgever had bedoeld. De rechtsleer vraagt zich hierbij af of het Hof zijn bevoegdheid niet heeft overschreden door een gewilde lacune zelf in te vullen en zich zo op het terrein van de wetgever te begeven⁷⁴.

Op strafrechtelijk vlak beoordeelde het Hof hetzelfde onderscheid minder streng. De wetgever kan niet worden verplicht een algemene strafbaarstelling uit te vaardigen, maar moet daarentegen zorgvuldig oordelen welke gedragingen al dan niet een strafrechtelijke sanctie verdienen. Wel moeten de gemaakte keuzes redelijkerwijze worden verantwoord. Dergelijke verantwoording is aanwezig voor de strafbaarstelling van een limitatieve lijst van discriminatiegronden (art. 6, § 1). Het gaat immers vooral om misbruiken van de vrijheid van meningsuiting, waarover ook het EHRM oordeelt dat strafsancities zoveel als mogelijk moeten worden vermeden. Ook de gronden voor strafverzwaring (art. 7 tot 14, voornamelijk racistische motieven) zijn redelijkerwijze te verantwoorden. Voor het feit dat voor privé-personen enkel het aanzetten tot discriminatie strafbaar wordt gesteld, en niet de discriminatie zelf, verwijst het Hof naar het bijzonder opzet dat in het eerste geval is vereist, met name de “bijzondere wil om aan te zetten tot discriminatie, haat en geweld”, om te oordelen dat ook dit onderscheid verantwoord is. Het Hof vindt daarentegen geen redelijke verantwoording voor de strafbaarstelling van discriminatie door openbare ambtenaren (art. 6, § 2).

19. De belangrijkste grief tegen de Antidiscriminatiewet was dat zij een middel was om politiek incorrecte meningsuitingen te bestrijden⁷⁵. De verzoekers

72 Deze doelbewuste lacune had een tweevoudig doel: enerzijds, wou men het politieke debat open houden (*Parl. St.*, Senaat, 2001-02, nr. 2-12/15, 6); anderzijds, werd gewezen op het gevaar dat een dergelijke discriminatiegrond zou worden misbruikt door personen die juist de discriminatie willen verdedigen (*ibid.*, 17 en 23).

73 Een amendement om “taal” toe te voegen als discriminatiegrond werd verworpen (*Parl. St.*, Senaat, 2001-02, nr. 2-10, 114). In de parlementaire voorbereiding vindt men hiervoor geen uitdrukkelijke motivering, maar de rechtsleer vermoedt dat de voornaamste bezorgdheid was de moeizaam bereikte taalwetgeving en taalevenwichten in ons land niet in gevaar te brengen.

74 J. VELAERS, *l.c.*, 603-604, die verwijst naar P. POPELIER, “De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling”, *R.W.*, 1996-97, 1249.

75 J. VELAERS, *l.c.*, 609.

vroegen een toetsing van enkele wetsbepalingen aan de vrijheid van meningsuiting, zoals voorzien in artikel 19 G.W. en artikel 10 EVRM. (1) Het “*aanzetten tot discriminatie, haat of geweld*” (art. 6, § 1, eerste streepje) vormt een toelaatbare beperking, aangezien deze zowel voldoet aan de beperkingsgronden neergelegd in artikel 10, § 2 EVRM als aan die bepaald in artikel 19 G.W.: ze is voorzien bij wet, ze streeft het behartigenswaardige belang van het recht op gelijke behandeling na, en ze is evenredig ten opzichte van het nagestreefde doel. Voor deze evenredigheidsstoets hanteert het Hof wel een restrictieve definitie van het begrip “aanzetten” (het louter verspreiden van informatie valt er niet onder) en leest het in deze bepaling een vereiste van bijzonder opzet, met name een voornemen om aan te zetten tot discriminerend, haatdragend of gewelddadig gedrag⁷⁶.

(2) Het Hof is strenger voor het “*openlijk het voornemen te kennen geven tot discriminatie, haat of geweld*”, op basis van een limitatieve lijst van discriminatiegronden (art. 6, § 1, tweede streepje). Dit is een ontoelaatbare inmenging in de vrijheid van meningsuiting, aangezien het verder gaat dan nodig is om het doel te bereiken. Deze bepaling smooit volgens het Hof elk debat, aangezien ze verhindert dat de auteur van het voornemen kan worden tegengesproken en ervan zou kunnen worden afgebracht het voornemen te verwezenlijken. De rechtsleer is zeer kritisch voor deze motivering⁷⁷. (3) Ook art. 2, § 4⁷⁸, dat alleen burgerrechtelijk werd gesanctioneerd, wordt vernietigd, omdat deze bepaling geen betrekking heeft op handelingen, maar op uitlatingen die een verschil in behandeling impliceren dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd: “De wet geeft niet aan waarin of wanneer die discriminerende uitlatingen de in een democratische samenleving toelaatbare drempel overschrijden van het verkondigen van ideeën welke kunnen “schokken, verontrusten of kwetsen”. Aldus voldoet die bepaling niet aan de strikte vereisten waaraan de beperking van de vrijheid van meningsuiting is onderworpen”.

(4) Tot slot geeft het Hof in één van de belangrijkste overwegingen van het arrest een grondwetsconforme interpretatie aan artikel 19, § 1, van de Antidiscriminatiewet, dat voorziet in een vordering bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend als in kort geding, om de staking te bevelen van daden waardoor de bepalingen van de wet worden overtreden. De vraag kan rijzen – en grammaticaal gezien zou ze positief moeten worden beantwoord – of hieronder ook preventieve beperkingen kunnen vallen om een bepaalde toespraak te houden, een radio- of televisieprogramma uit te zenden, of een boek of tijdschrift te publiceren⁷⁹. Het Hof interpreteert deze vordering tot staking evenwel grondwetsconform, met name in het licht van het verbod op preventieve beperkingen voorzien in de artikelen 19 en 25 G.W. Dit houdt in dat de rechter pas kan optreden indien er reeds verspreiding is geweest. Een maatre-

⁷⁶ Voor een kritische beoordeling van deze redenering, zie *ibid.*, 610.

⁷⁷ *Ibid.*, 610

⁷⁸ Deze bepaling luidde: “Elke vorm van directe of indirecte discriminatie is verboden bij [...] het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van een tekst, een bericht, een teken of enig andere drager van discriminerende uitlatingen”.

⁷⁹ Zie hierover uitvoerig: J. VELAERS, *l.c.*, 613-614.

gel die pas daarna wordt genomen, kan niet meer als preventief worden beschouwd⁸⁰.

IX. Addendum: overheidsaansprakelijkheid voor ongrondwettig verklaarde wetgevende normen?

20. Kan een door het Arbitragehof ongrondwettig verklaarde wetgevende norm aanleiding geven tot overheidsaansprakelijkheid wegens fout van de desbetreffende wetgever? Tot nog toe gold (en geldt) het arrest van het Hof van Cassatie van 27 juni 1845, volgens hetwelk de wet geen aanleiding kan geven tot een aansprakelijkheidsvordering⁸¹. Recente rechtspraak van het Hof van Cassatie doet evenwel vermoeden dat het zijn rechtspraak ter zake zal herzien. Op 1 juni 2006 heeft het Hof, in voltallige kamer, zonder dat dit nochtans nodig was om het bestreden arrest te verbreken, geoordeeld dat de Belgische Staat in beginsel aansprakelijk kan worden gesteld voor een fout van het Parlement⁸². Vervolgens oordeelde het Hof van Cassatie, ditmaal in een eentalige Franse kamer, op 28 september 2006 dat de Belgische Staat aansprakelijk is voor het foutief verzuim van de wetgevende macht om de passende maatregelen te nemen om het recht op behandeling van een geschil door de rechter binnen een redelijke termijn (artikel 6, §1 EVRM) te waarborgen⁸³. De trend lijkt gezet... In beide arresten volgt het Hof de conclusies van het openbaar ministerie, waarin bovendien wordt onderzocht of een ongrondwettigheidsverklaring van een wetgevende norm aanleiding kan geven tot overheidsaansprakelijkheid wegens een fout van de wetgever, en het openbaar ministerie telkenmale bevestigend antwoordt op deze vraag.

21. Lagere rechtscolleges hebben de overheid reeds veroordeeld tot schadevergoeding wegens fout van de wetgever, nadat het Arbitragehof de ongrondwettigheid van de wetgevende norm had vastgesteld⁸⁴. Zij werden hiertoe zeker niet ontmoedigd door de rechtsleer⁸⁵ en krijgen daarentegen bijval in de con-

80 Zie ook Cass. 29 juni 2000, *A.J.T.*, 2000-01, 581 en 565, commentaar S. VAN GARSSE; *J.P.* 2000, nr. 398, 25, noot F. TULKENS en A. STROWEL. Zie ook J. VELAERS, "De censuur kan nooit worden ingevoerd. Over de motieven van het censuurverbod", in *Censuur, Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 13-50.

81 Cass., 27 juni 1845, *Pas.*, 1845, I, (392), 409.

82 Cass. (voltallige kamer) AR C.05.0494.N, 1 juni 2006 (Belgische Staat / Universele Kerk van het Koninkrijk Gods, e.a.), *J.L.M.B.*, 2006, 1524, noot Y. THIELS en I. WOUTERS, *J.T.* 2006, 461, noot S. VAN DROOGHENBROECK, *NjW* 2006, 559, noot I. BOONE, *R.W.*, 2006-07, 213, concl. M. DE SWAEF en noot A. VAN OEVELEN, *T.B.P.*, 2006, 435, noot K. MUYLLE.

83 Cass. (1e k.) AR C.02.0570.F, 28 september 2006 (Etat belge / Ferrara Jung) *J.L.M.B.*, 2006, 1548, noten J. WILDEMEERSCH en M. UYTENDAELE, *J.T.*, 2006, 594, concl. J.F. LECLERCQ, *Rev. not. b.* 2006, 648, noot D. STERCKX.

84 Bv. Luik, 16 december 2004, *J.L.M.B.*, 2005, 819 en Rb. Hasselt, 10 november 2004, *F.J.F.*, 2005, 225.

85 O.m. W. VAN GERVEN, "De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht", in M. STORME, *Recht halen uit aansprakelijkheid*,

clusies van het openbaar ministerie bij het Hof van Cassatie. Overigens stelde procureur-generaal du Jardin in zijn mercuriale van 3 september 2001 dat “niets [...] zich evenwel [verzet] tegen een aansprakelijkheidsvordering voor de burgerlijke rechter nadat het bevoegde rechtscollege de onwettigheid van de wetgevende norm heeft vastgesteld”⁸⁶.

22. Nochtans wenste de wetgever op het Arbitragehof niet dat een ongrondwettigheidsverklaring door het Arbitragehof tot een aansprakelijkheid van de overheid kon leiden, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de (uiteindelijk bijzondere) wet op het Arbitragehof⁸⁷. De krachten uitgaande van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁸⁸, van de rechtsleer, van de lagere rechtscolleges, en thans van het Hof van Cassatie en de conclusies van het openbaar ministerie bij dit Hof, lijken sterker te zullen worden dan de wil van de (bijzondere) wetgever. Dat binnenkort ook het Hof van Cassatie een aansprakelijkheidsvordering tegen de overheid na een ongrondwettigheidsverklaring van een wetgevende norm door het Arbitragehof zal aanvaarden, lijkt bijna onafwendbaar, tenzij wanneer de Grondwetgever en/of de bijzondere wetgever dienomtrent zouden optreden.

Beknopte bibliografie

- Boeken:

A. ALEN (ed.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005 (ook verschenen in afzonderlijk nummer *T.B.P.*, 2005, nrs. 4-5).

A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 36, Brugge, die Keure, 2006 (met drie bijdragen over de rechtspraak van het Arbitragehof).

A. ARTS e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State, Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2006.

Gent, Mys & Breesch, 1993; P. POPELIER en A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving”, in *Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 119; G. MAES, “Sanctie bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving”, *R.W.*, 2003-04, 1209; H. VUYE, “Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2005, 125-204.

86 J. DU JARDIN, “Voltallige zitting voor een eenduidige interpretatie van het recht”, *R.W.*, 2001-02, 658.

87 Verslag HERMAN-MICHELSEN en LALLEMAND bij het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/2, 117; Verslag MICHEL en TANT bij hetzelfde ontwerp, *Parl. St.*, Kamer 1982-83, nr. 647/4, 7 en Aanvullend Verslag LALLEMAND bij het ontwerp betreffende de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen vernietigende arresten op de rechterlijke beslissingen gewezen in strafzaken, *Parl. St.*, Senaat, 1983-84, nr. 579/3, 42.

88 H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur* en *Factortame III*, C-46/93 en C-48/93, *Jur.*, 1996, I, 1029.

A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS en M. VERDUSSEN (eds.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Brussel, Bruylant, 2004.

X, *La Cour d'arbitrage: un juge comme les autres?*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004.

- *Artikelen*:

P. POPELIER, "Het vernieuwde Arbitragehof: de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk", *CDPK*, 2006, 3-29.

L. THÉRY, "Markante arresten uit twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof: een vergelijking tussen de commentaren in de rechtsleer en de weerklank in de geschreven pers", *T.B.P.*, 2006, 387-410.

J. THEUNIS, "Limitation des droits fondamentaux en Belgique. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *CDPK*, 2005, 704-713.

P. VANDEN HEEDE en G. GOEDERTIER, "Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof", *T.B.P.*, 2003, 458-479.

J. VELAERS, "Het Arbitragehof 'derde fase': de bijzondere wet van 9 maart 2003", *R.W.*, 2003-04, 1401-1416.