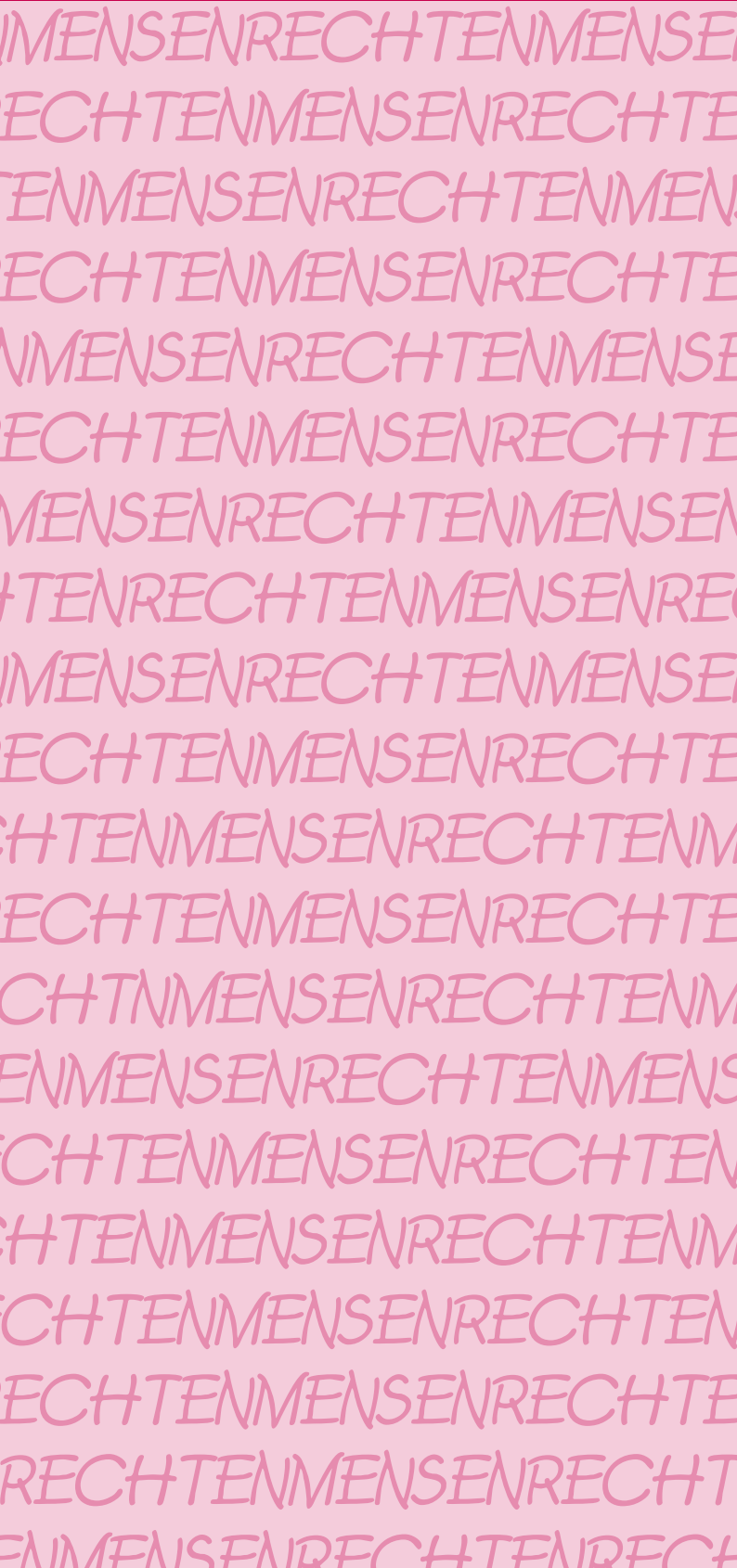


TvMR



zevende jaargang • oktober-november-december 2009 • nr. 4

driemaandelijks uitgave

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

Inhoud	Update 2
	• Prijs voor Mensenrechten 2009 • Kruisbeelden strijdig met vrijheid van religie • Internationale Privacydag 28 januari 2010
	Editoriaal 3
• Pietje Bell: jonge crimineel <i>Fiona Ang</i>	
Interview 4	
• "Om tot een duurzame oplossing van het conflict te komen, moeten recht en gerechtigheid hand in hand gaan" TvMR sprak met Jos Geysels <i>Paul Pataer & Astrid Thienpont</i>	
Artikelen 7	
• Het recht op toegang tot de rechter en de <i>political-acts</i> doctrine <i>Didier Pacqué</i>	
• Ras en religie: allebei anders, allebei gelijk? <i>Jozef De Witte</i>	
Rechtspraak 15	
• Arrest Raad van State over hoofddoekenverbod: complexiteit mis begrepen? <i>Catherine Van de Heyning</i>	

TvMR

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

ISSN 1379-0250

Redactie

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

Vormgeving: Bram Wets

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

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

Redactiesecretariaat

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

Redactionele samenwerking en disclaimer

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

Lidmaatschap Liga voor Mensenrechten en jaarabonnements

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

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

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

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

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

Prijs voor Mensenrechten 2009

De Liga voor Mensenrechten kende op 6 december de jaarlijkse Prijs voor Mensenrechten toe aan de Gentse vrederechter Freddy Evers, voorzitter van Magistratuur en Maatschappij (M&M), een vooruitstrevende denktank die al bijna twee decennia opkomt voor een humane, toegankelijke, doorzichtige en onafhankelijke justitie. M&M mengt zich sinds de Dutroux-zaak regelmatig in het politieke en maatschappelijke debat. Rode draad is dat justitie ten dienste van de burger moet staan. De rechterlijke macht moet de eigen tekortkomingen erkennen, zich open stellen voor externe controle en voor de noden van de burger, en verantwoording afleggen aan de maatschappij. Na enkele incidenten is de neiging om met enkele hapsnapmaatregelen snel te scoren groot, ook al gaat dat ten koste van de rechtzoekende, het evenwicht tussen de machten en het democratische debat. De toegang tot het gerecht, een grondrecht, wordt voor steeds meer burgers een probleem. De uitvoerende macht, politie en openbaar ministerie dreigen nogmaals terrein te winnen op de zittende magistratuur. Ook de onafhankelijkheid van de rechter ten aanzien van de uitvoerende macht moet meer dan ooit hoog gehouden worden. Tot slot vindt de Liga net als M&M dat justitie ook een sociale sprong moet maken: meer betrokkenheid bij de samenleving, meer oog voor de sociale context, meer aansluiting bij de noden van de burgers, meer respect voor grond- en mensenrechten.

Kruisbeelden strijdig met vrijheid van religie

Op 3 november oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens unaniem dat de aanwezigheid van kruisbeelden in Italiaanse publieke scholen strijdig is met het recht op vrijheid van religie en met het recht van ouders om hun kinderen onderwijs te verstrekken in overeenstemming met hun religieuze en filosofische overtuigingen. Het Hof meent dat publiek onderwijs op inclusiviteit moet zijn gericht, en geen platform mag bieden voor missionaire activiteiten of gepreek. De school zou een ontmoetingsplaats moeten vormen voor verschillende religieuze en filosofische overtuigingen, zodat leerlingen hierover kennis kunnen opdoen. Hieruit vloeit volgens het Hof voort dat de staat zich bij het vervullen van zijn onderwijsstaken neutraal moet opstellen en de ontwikkeling van een kritische mentaliteit bij de leerlingen moet stimuleren. Het Hof verwees in zijn arrest uitdrukkelijk naar het negatieve aspect van het recht op religie, i.e. het recht om niet te geloven. Dit recht omvatte, aldus het Hof, ook het recht om niet met symbolen of praktijken te worden geconfronteerd die een uitdrukking vormen van een geloof, een religie of het atheïsme, in het bijzonder indien dat geloof of die religie worden uitgedrukt door de staat en het individu zich in een situatie bevindt waarin het die symbolen en praktijken moeilijk kan vermijden. Met dit arrest lijkt het debat over de precieze betekenis van de woorden 'religieus symbool' geopend. De toekomst van met publieke middelen gefinancierde kersstallen lijkt daardoor opeens minder zeker.
Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Lautsi t. Italië, App. No. 30814/06 (3/11/2009)

Internationale Privacydag 28 januari 2010

Naar aanleiding van de viering van de 4e Internationale Data Protection Day organiseren een aantal maatschappelijke organisaties waaronder de Vrije Universiteit Brussel en de Liga voor Mensenrechten een reeks evenementen en activiteiten:

- **"Denk Privacy"**, een artistieke wedstrijd voor Europese middelbare scholieren gericht op de bewustmaking van de fundamentele rechten van privacy en gegevensbescherming (<http://dpd.eun.org/web/guest>), gevolgd door een publiek, politiek debat over de huidige en toekomstige uitdagingen voor de persoonlijke levenssfeer in het Europees Parlement (28 januari, mamiddag);
- een **"Pecha Kucha"** (<http://pechakucha.architempo.net/>), met artistieke, academische, en activistische presentaties gericht op het onderwerp van technologie, privacy en sociale waarden (Brussel, Kaaitheater, 20-23u). Organisatie: VUB;
- uitreiking van de **"European Civil Society Data Protection Award"**, gericht op het belonen van initiatieven die bijdragen aan de zichtbaarheid en de doeltreffendheid van het recht op privacy en de bescherming van persoonsgegevens in Europa. (Kaaitheater, Brussel, 28 januari, avond). Organisatie: Association Européenne pour la défense des Droits de l'Homme & European Digital Rights i.s.m. VUB;
- party **"Identiteit nog steeds onder controle?"**. Party met internationale Dubstep DJ's waarop tegelijkertijd aandacht wordt besteed aan de vele mogelijkheden, voordelen en risico's van security maatregelen en big brother problemen die aanwezig kunnen zijn en al dan niet duidelijk zijn voor het publiek oog (Botanique, Brussel, 22u tot laat).

Pietje Bell: jonge crimineel

In november dit jaar, aan de vooravond van de 20e verjaardag van het VN-Kinderrechtenverdrag, verscheen een Koninklijk Besluit in het Belgisch Staatsblad waarin de gevangenis van Tongeren open verklaard wordt voor minderjarigen. Deze gevangenis mag vanaf nu 34 jongeren herbergen.

Het idee van de Tongerse gevangenis werd geopperd in april 2008. Aanleiding was een nieuwsbericht dat ineens meer dan 10 jongeren vrijgelaten moesten worden omdat er geen plaats was in Everberg. Onmiddellijk werd het Vlaamse landschap gescreend op leegstaande gebouwen om aan dit schandaal tegemoet te komen, en nog geen week na de mediacommotie was Tongeren daar.

De Tongerse jeugdgevangenis dient 2 doelen. Er worden jongeren opgesloten die uit handen gegeven zijn: 16- à 18-jarigen die door de jeugdrechter verwezen worden naar het volwassenenstrafrecht. En Tongeren is een uitbreiding van Everberg, het federale detentiecentrum van België.

Dat uithandengegeven jongeren niet in gevangnissen voor volwassenen terecht komen, is goed nieuws (al wordt het Belgische concept van uithandengeving op zich internationaal wel veroordeeld). Voorwaarde is echter dat de jeugdinstelling qua infrastructuur en begeleiding aangepast is aan de leeftijd van de jongeren in kwestie. Het is maar de vraag of de Tongerse gevangenis – gebouwd in 1844 en jaren geleden reeds gesloten en omgevormd tot museum wegens totaal afgeleefd – daaraan voldoet.

Tongeren als 'spin-off van Everberg' ligt nog minder voor de hand. Elke uitbreiding van de Everbergwet zou niet via een KB maar via een wet – besproken en gestemd door het parlement – vastgelegd mogen worden. En het is wel heel ironisch dat er nu een buffer voor de buffer gecreëerd is. Jongeren mogen naar Tongeren gestuurd worden als Everberg vol zit, maar Everberg was zelf opgericht als buffer voor de gemeenschapsinstellingen. Wat volgt er nu? Een buffer voor de buffer Tongeren voor de buffer Everberg? Het gebrek aan een langetermijnvisie wordt zo pijnlijk duidelijk.

De vraag is ook hoe groot het probleem van minderjarige delinquentie in Vlaanderen eigenlijk is. Als we er de kranten op naslaan, lijkt het wel of de huidige jonge generatie verloren is. Ze hebben geen respect, meneer.

Of ook wel: "We leven in een eeuw van verval. De jeugd is niets waard. Jongeren hebben geen eerbied voor hun voorouders, ze zijn ongeduldig en opstandig. [...] De ouders worden oneerbiedig bejegend. Deze symptomen van onze tijd tonen aan dat het einde van de wereld nabij is!" Zo luidt een Egyptisch grafschrift van 4.000 jaar oud. De afbeelding van de jonge generatie door de oude generatie is van alle tijden. (Wat wel van deze tijd lijkt te zijn, is het verdwijnen van het fenomeen 'kattenkwaad'. Alles is 'overlast'. Pietje Bell: een jonge crimineel.)

Uiteraard moet jeugddelinquentie serieus genomen, voorkomen en bestreden worden. Maar laten we niet vergeten dat op een bevolking van 1,23 miljoen minderjarigen in Vlaanderen slechts 1,25% in de bijzondere jeugdzorg zit omdat ze een als misdrijf omschreven feit gepleegd hebben en/of in een problematische opvoedingssituatie (vb. slachtoffer van verwaarlozing, kindermishandeling,...). Het gaat dus om minder dan 20.000 jongeren. Binnen die groep zit 83% daar louter en alleen omdat ze in een problematische opvoedingssituatie zitten: 17.000 onder hen zijn dus geen 'criminelen'; zij hebben geen feiten gepleegd. De 'delinquente minderjarigen' beslaan 2.847 jongeren (vaak ook in een problematische opvoedingssituatie).

Tongeren herrees als gevolg van een storm van publieke verontwaardiging over het 'lakse systeem' dat 'jonge zware criminelen' ongestraft vrijuit liet gaan. Maar doen strenge vrijheidsstraffen de jeugddelinquentie daadwerkelijk afnemen? De kans op recidive blijft groot. Uit voorlopig onderzoek blijkt dat een project als Youth @t Risk, waarbij vrijwilligers en beroepskrachten ingezet worden om jongeren uit de bijzondere jeugdzorg gedurende bijna een jaar te begeleiden, wel werkt. Maar dat vraagt natuurlijk een bijzonder intensieve begeleiding. En werken met de context van de jongere (gezin, school, vrienden) vraagt nog veel meer mensen en middelen.

In de media kwam de opening van de Tongerse jeugdgevangenis slechts summier aan bod. Kritische stemmen werden nauwelijks gehoord. Er was dat bericht dat er "12 cipiers [zaten] te niksen" in de jeugdgevangenis, in afwachting van de eerste plaatsing. Waar blijft de publieke verontwaardiging over het feit dat de schaarse middelen ingezet worden om gevangnissen op te richten, in plaats van elke jongere die het nodig heeft met respect voor haar/zijn rechten te begeleiden? Of over de wachtlijsten in de hulpverlening (ook kinder- en jeugdpsychiatrie)? Laten we de 20e verjaardag van het Kinderrechtenverdrag in verontwaardiging vieren, zodat er misschien eindelijk iets verandert.

Fiona Ang*

* Fiona Ang is wetenschappelijk medewerker Instituut voor Constitutioneel Recht (K.U.Leuven). Standpunten ingenomen in deze rubriek zijn van strikt persoonlijke aard.

"Om tot een duurzame oplossing van het conflict te komen, moeten recht en gerechtigheid hand in hand gaan"

TvMR sprak met Jos Geysels

Paul Pataer & Astrid Thienpont *

Van 3 tot 7 november trok een delegatie van NGO-afgevaardigden, politici en vakbondslui naar Israël. De missie was georganiseerd door 11.11.11 en Broederlijk Delen en had tot doel aandacht te vragen voor de situatie ter plaatse. De leden konden er kennis maken met de situatie in Israël en de Palestijnse gebieden, en dit vanuit een rechtenbenadering. TvMR sprak met Jos Geysels, voorzitter van 11.11.11 en initiatiefnemer van de missie.

TvMR: Wat was precies de bedoeling van de missie?

Jos Geysels: we willen het middenveld en de politici alert maken en houden voor de situatie in Israël en Palestina. Zeker met het toekomstig EU-voorzitterschap van België is het belangrijk om de aandacht van onze politici hiervoor te vragen. We hebben ook bewust vertegenwoordigers van de meerderheidspartijen uitgenodigd; zo maakten oa Naima Lanjri (CD&V) en Hilde Vautmans (Open VLD) deel uit van de delegatie. Bijzonder aan deze missie was de focus op de rechtenbenadering. We hadden extra aandacht voor mensenrechten, humanitair recht, oorlogsrecht,... Vandaar ook dat Eva Brems, voorzitter Amnesty International Vlaanderen, erbij was. We ontmoetten veel vertegenwoordigers van mensenrechtenorganisaties.

TvMR: Wat was het grootste onrecht dat je ervaarde?

Jos Geysels: Ik maakte ook deel uit van de delegatie die vorig jaar (maart 2008) Israël en de Palestijnse gebieden bezocht. Ik wist dus al hoe schrijnend de situatie er is. De grootste schok was voor mij dan ook dat de situatie er helemaal niet op vooruit gaat. De werkloosheid vergroot, de vrijheidsbeleving gaat erop achteruit. Er is de muur, die voor een groot stuk niet op de in 1967 vastgelegde grenzen maar op Palestijns grondgebied staat. Er zijn controleposten en wegversperringen die het dagelijkse leven van de Palestijnen zo goed als onmogelijk maken. Trajecten die men op

vijf minuten zou moeten kunnen afleggen, nemen nu uren in beslag. In Gaza zochten de Palestijnen daarom hun toevlucht tot een tunneleconomie. Er werden een 500-tal tunnels gegraven tussen Egypte en Gaza voor de invoer van basisgoederen, auto's, koeien,... maar ook voor wapentransport. Hamas, dat de Gazastrook controleert, heft een taks van 15% op alles wat via de tunnels vervoerd wordt.

Ik ben overigens niet de enige die de indruk heeft dat er geen verbetering is. De mensen die we ontmoetten, meenden zelfs dat de situatie er sinds de Oslo-akkoorden¹ echt op achteruit ging. Het akkoord was een vergiftigd geschenk.

Door deze akkoorden werden de Gazastrook en de Westelijke Jordaanoever in drie categorieën verdeeld: Zone A - Onder bestuur van de Palestijnse Autoriteit, Zone B - Palestijnse Autoriteit maar onder Israëlisch militair bewind en Zone C - Onder bestuur van de regering van Israël.

Het was dus geen echte tweestatenoplossing, gezien er nog allerlei gebieden overbleven met een onduidelijk statuut. Vandaag wordt de tweestatenoplossing met reserves aanvaard in Israël, maar aan Palestijnse zijde wordt ze hoe langer hoe minder als haalbaar ervaren. In feite evolueert men meer en meer naar een, door Israël gedomineerde, binationale staat met Palestijnen als tweederangsburgers en dit in een gebied waarin grosso modo evenveel Israëli's als Palestijnen wonen.

TvMR: Hoe zou een tweestatenoplossing eruit zien? Gaat het dan om een zuiver Israëlische en een zuiver Palestijnse staat?

Geysels: Er wonen nog 17 a 18% Palestijnen in Israël. Sommige Israëli's spreken van uitdrijving mocht er een tweestatenoplossing komen; anderen zien geen graten in de aanwezigheid van een Palestijnse minderheid in Israël. Maar op dit moment gaat men als maar minder de richting uit van een tweestatenoplossing. De situ-

* Paul Pataer is bestuurder van de Liga voor Mensenrechten, Astrid Thienpont is er beleidsmedewerker.

¹ Declaratie van Principes over de Reglementen van Interim Zelfbestuur, 20 augustus 1993.

atie neigt eerder naar een anderhalve staat-oplossing. De Palestijnse staat zou bestaan uit drie kleine provincies (de Gazastrook, de westelijke Jordanoever en Oost-Jeruzalem) die sociaal-economisch niet leefbaar zijn. In die vorm is een tweestatenoplossing volksverlakerij.

De Israëlische overheid knibbelt ook voortdurend aan het Palestijnse gebied. De nederzettingen komen er niet toevallig of spontaan, ze zijn het gevolg van een bewuste politiek. Er wonen bijvoorbeeld veel Oost-Europese mensen die erheen gelokt worden met heel voordelige voorwaarden. Het kost de staat allemaal een bom geld. En dan is er natuurlijk de muur, door de Israëli's 'the fence' (het hek) genoemd. Die wordt niet gebouwd op de 'groene lijn', de grens die internationaalrechtelijk werd vastgesteld in 1967, maar op Palestijns grondgebied. De muur scheidt in werkelijkheid Palestijnen van Palestijnen.

TvMR: Dries Van Agt, oud eerste minister (CDA) van Nederland, meent dat één staat de enige zinvolle oplossing is. Volgens hem is de idee van twee onafhankelijke staten als maar minder realistisch.

Geysels: Vanuit intellectueel standpunt is deze conclusie erg begrijpelijk... maar als je met de mensen ter plaatse praat, besef je dat dit weinig realistisch is. Natuurlijk beweren zowel Israëli's als Palestijnen vrede te willen, maar die vrede kan volgens de Israëli's onmogelijk gerealiseerd worden via een éénstaatooplossing. Het hele concept van een onafhankelijke joodse staat, zoals goedgekeurd door de VN in 1948, zou daarmee op de helling gezet worden.

Jeruzalem is een cosmopolitische stad waar je drie godsdiensten en culturen ziet samenkomen. Dit zou een symbolische plaats van ontmoeting kunnen zijn, maar het gaat zeker niet die richting uit. Het beleid van de Israëlische overheid, die Oost-Jeruzalem inpalmt, geeft dit aan.

TvMR: Zien de Israëlische politici in dat deze situatie uitzichtloos is?

Geysels: Ik sprak met Knessetleden van verschillende partijen. Het bewustzijn dat er vrede moet komen, is er. Zij spreken van een tweestatenoplossing, maar hoe die er concreet moet uitzien, krijgen ze niet uitgelegd. Ook de Knessetleden zijn zich ervan bewust dat er een onderhandelde oplossing moet komen, en dat die moet gaan in de zin van de grenzen van '67. Maar ik vraag me af of dit niet louter retoriek is.

TvMR: Op 3 april 2009 besliste de Mensenrechtenraad van de VN een commissie op te richten om de inbreuken van het internationaal humanitair recht in Gaza tijdens de oorlog vorige winter te onderzoeken. Op 29 september 2009 werd hun rapport ("Goldstone rapport") voorgesteld. Het besluit luidt: "De commissie vindt dat de incidenten en het geheel van de gebeurtenissen die in dit rapport besproken worden, het resultaat zijn van een bewuste planning en van politieke besluiten. (...) Op basis van de beschikbare feiten is de commissie ervan overtuigd dat bepaalde daden van de Israëlische regering kunnen rechtvaardigen dat een bevoegde rechtbank zou besluiten dat misdaden tegen de mensheid zijn begaan."² Heeft dit rapport een invloed op de situatie?

Geysels: Voor de Palestijnen is dit rapport een belangrijk ijkpunt. Tijdens onze missie hadden we geen gesprekken met Hamas, we mochten Gaza niet binnen. We spraken wel met Fatah en andere partijen. Zij vonden het een heel belangrijk rapport; een neutrale figuur zei vanuit rechtenbenadering dat wat gebeurde in Gaza niet kan. Ze waren wel teleurgesteld over de resolutie die de VN-Mensenrechtenraad uiteindelijk goedkeurde.

Aan Israëlische kant ligt het rapport behoorlijk onder vuur. Zowel de overheid als de Israëlische mensenrechtenorganisaties hebben kritiek op het rapport, dat als eenzijdig anti-Israëliësch wordt gekapitteld. Israël en Hamas moeten nu zelf een ernstig onderzoek instellen, zoniet kan de zaak voor de VN-Veiligheidsraad komen. Hamas lijkt eventueel bereid om dit te doen, Israël lijkt afkerig. Er is nog geen definitieve beslissing, maar Israël heeft niet de gewoonte aan dit soort rapporten gevolg te geven.

TvMR: Hoe zit het met de Vredesbewegingen ter plaatse? Zijn die actief en kunnen ze iets bereiken?

Geysels: We hebben vertegenwoordigers van verschillende actiegroepen gezien, ook aan Israëlische kant, maar de vredesbewegingen hebben het momenteel heel moeilijk. Ook de linkse partijen, die de vredesbeweging zouden moeten steunen, staan erg zwak. Ze zijn het onderling oneens, wat leidt tot grote ruzies. De traditioneel linkse partijen zijn overigens meer en meer nationalistisch ingesteld.

TvMR: Is er volgens jou een instantie die kan optreden tegen alle mensenrechtenschendingen?

Geysels: Israël erkent het Internationaal Strafhof niet, dus dat staat alvast buitenspel. Het Internationaal Ge-

² Alle info en de tekst van het rapport zijn te raadplegen op <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/FactFindingMission.htm>.

rechtshof in den Haag oordeelde al eens dat de muur een schending was van het internationaal recht³, maar de beslissing was niet bindend en maakte weinig indruk op Israël. Ze vegen hun voeten aan internationale conventies. Dit heeft natuurlijk te maken met politieke machtsverhoudingen. Als de VS hun kritiek versterken, is er wel verandering mogelijk, zeker mocht de EU zich als derde partij opwerpen om de vrede te stimuleren. Ook om de problemen in Oost-Jeruzalem op te lossen is een derde partij nodig.

Maar een eerste voorwaarde is het engagement van de VS, en het is nog maar de vraag of we daarop kunnen rekenen... Het bezoek van Hillary Clinton op 31 oktober was voor de Palestijnen in elk geval een grote teleurstelling. Intussen vond op 10 november nog een gesprek plaats tussen president Obama en de Israëlische premier Netanyahu. Geen van beide partijen liet hierover iets los in de pers. De verwachtingen zijn niet bepaald hoog gespannen.

TvMR: Is er een rol weggelegd voor België?

Geysels: België heeft een betere naam aan Palestijnse dan aan Israëlische kant. België biedt heel wat humanitaire hulp in de Palestijnse gebieden. De Palestijnen verwachten dan ook veel van België, vooral van het toekomstige Belgische voorzitterschap van de EU. Zonder de EU kan België er weinig bereiken. Het kan wel druk uitoefenen via de economische relaties met Israël.

TvMR: Heb je Arabische leden van de Knesset kunnen spreken?

Geysels: Neen. We praatten wel met vertegenwoordigers van verschillende Palestijnse politieke partijen. Politiek werkt er helemaal anders dan hier. De invloed van Fatah en Hamas ondermijnt de democratische werking van meerderheid en minderheid en doorkruist

de regeringsvorming.

Maar de democratie wordt ook op andere manieren ondergraven. Israël meent dat het een democratisch land is omdat er vrijheid van meningsuiting is, de Arabieren er mogen stemmen en mogen zetelen in het parlement. Maar daaruit concluderen dat iedereen gelijke rechten heeft, zou fout zijn. Arabieren mogen bijvoorbeeld niet in het leger, maar legerdienst heeft allerlei voordelen voor huisvesting, kinderbijslag,... Ze worden zo tweederangsburgers. Dit is te weinig geweten. Vandaar ook het belang van de rechtenbenadering. Dankzij die benadering kan je de feitelijke situatie tot in de details objectief weergeven.

TvMR: U zei dat het niet uw eerste bezoek was aan Israël en de bezette gebieden. Heeft u zelf nog iets bijgeleerd tijdens deze missie?

Geysels: de mensenrechtenbenadering was voor mij vrij nieuw. Mensenrechten worden vaak beschouwd als soft law en softe politiek. In Israël en de bezette gebieden worden mensenrechten, humanitair recht en oorlogsrecht heel concreet. Zo is de conventie van Genève⁴ de objectieve maatstaf waaraan het gedrag van de Israëlische overheid in de bezette gebieden gemeten kan worden. Mensenrechten geven aan in welke richting de oplossing van het jarenlange conflict moet gaan. Om tot een duurzame oplossing te komen, moeten recht en gerechtigheid hand in hand gaan. De grote zwakte is natuurlijk de moeilijke afdwingbaarheid van mensenrechten. De straffeloosheid staat in schril contrast tot de ernst van de inbreuken. Gelukkig begint internationaal wel het besef te groeien dat de situatie van de Palestijnen echt onhoudbaar en dus onaanvaardbaar is.

De oplossing van dit muurvast gelopen conflict is overigens essentieel voor een stabiele vrede in heel het Midden-Oosten en ver daar buiten.

³ Internationaal Gerechtshof, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2004, p. 136, ISSN 0074, -9 juli 2004, <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>.

⁴ *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva, 12 August 1949.

Het recht op toegang tot de rechter en de *political-acts* doctrine

Didier Pacquéé *

Volgens artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna 'EVRM') heeft eenieder het recht een vordering aangaande diens burgerlijke rechten en verplichtingen door een onafhankelijk en onpartijdige rechter te laten beoordelen. Ondanks het feit dat dit principe in de meeste landen die partij zijn bij het EVRM vrij strikt wordt nageleefd, blijken er toch categorieën van handelingen te bestaan waarvan geoordeeld wordt dat deze onttrokken zouden kunnen blijven aan iedere vorm van rechterlijke toetsing. Eén categorie van dergelijke handelingen, is die van de zogenaamde "regeringsdaden", ook wel "acts of government" of "political acts" genoemd. Grofweg gaat het hier om beslissingen van de uitvoerende macht, waarvan geoordeeld wordt dat zij niet getoetst kunnen worden door de rechterlijke macht, vanwege het essentieel politieke karakter van de besluiten. De meest voorkomende toepassingen daarvan zijn te vinden in beslissingen met betrekking tot buitenlands beleid of oorlogsvoering. Deze zogenaamde 'political acts-doctrine' wordt nog steeds toegepast, en werd door het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna 'EHRM') recentelijk nog aanvaard als legitiem (*infra*). De vraag dient dan ook gesteld te worden wat de exacte inhoud is van deze doctrine, en of deze wel degelijk een beperking kan vormen voor het recht op toegang tot de rechter zoals gegarandeerd door artikel 6 EVRM.¹

'Political acts-doctrine' met verwijzing naar de Amerikaanse rechtspraak

Algemeen kan gesteld worden dat de *political acts*-doctrine geen specifieke wettelijke of constitutionele basis heeft, maar eerder een uitvloeisel is van historische ontwikkelingen en van rechtspraak en rechtsleer die het begrip verder hebben verfijnd. Zo ligt de oorsprong van deze doctrine in Frankrijk, waar ze een reactie vormde tegen de inmenging van de rechtscolleges (*les Parlements*) in het bestuur tijdens het Ancien Régime. Om zo een inmenging uit te sluiten, werd

na de Franse Revolutie een zeer strikte scheiding der machten ingevoerd, waarbij de gewone rechter onbevoegd werd (gemaakt) om bestuursgeschillen of geschillen waarin de uitvoerende macht betrokken was, te beoordelen.² De uitvoerende macht diende dus de regelmatigheid van haar handelingen zelf te beoordelen.³ In het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden werd dit systeem bevestigd, omdat werd geoordeeld dat rechterlijke controle op de uitvoerende macht een efficiënt bestuur zou verhinderen. Onze latere Belgische grondwetgever had dan weer, ook gegeven de historische context, een groter vertrouwen in de rechterlijke dan in de uitvoerende macht.

Door de afwezigheid van een wettelijke of constitutionele basis voor de *political acts*-doctrine, is er geen eenduidige definitie van wat een (van rechterlijke toetsing uitgesloten) regeringshandeling nu eigenlijk is. De invulling van dit begrip verschilt van land tot land en van situatie tot situatie. Aangezien de burger op dagelijkse basis wordt geconfronteerd met overheidshandelingen die in principe allemaal een politieke component hebben, en bijgevolg allemaal zouden kunnen gekwalificeerd worden als *political act*, komt de afwezigheid van een duidelijke begripsomschrijving de rechtszekerheid niet ten goede. Aangezien in de Amerikaanse rechtspraak dit begrip vrij extensief aan bod is gekomen, lijkt het raadzaam daar ten rade te gaan om een beter begrip te krijgen van de inhoud van de doctrine.

De basis voor de ontwikkeling van de *political acts* doctrine in de Verenigde Staten wordt klassiek gesitueerd bij de zaak *Marbury v. Madison*.⁴ President Adams benoemde kort voor het verstrijken van zijn ambtstermijn een aantal *Justices of the Peace*, waaronder Marbury. Marbury ontving zijn benoemingsbesluit evenwel niet vóór de machtswisseling, en de nieuwe regering onder Jefferson weigerde de afgifte van het besluit. Bij het Federale Hooggerechtshof vorderde Marbury daarop dat James Madison, de toenmalige *Secretary of State*, verplicht zou worden het benoemingsbesluit te overhandigen. Marbury baseerde zijn vordering op Sectie 13 van de *Judiciary Act 1789* die voorzag in een vordering tot afgifte ("*writ of mandamus*"), waar artikel III, sec-

* Didier Pacquéé doet onderzoek in het vakgebied internationaal recht aan de Universiteit Antwerpen.

¹ Met dank aan Steven Dewulf voor het nalezen en becommentariëren van een eerdere versie.

² A. ALLEN, Handboek van het Belgisch Staatsrecht, Deurne, Kluwer, 1995, 237. Zie ook R. ERGEC, «Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire», Rev.dr.intern.comp. 1986, 72-134.

³ Ibid.

⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

tie 2 van de Grondwet het Federale Hooggerechtshof bevoegd verklaarde voor dergelijke claims.

Het Hooggerechtshof kwam tot de conclusie dat (i) Marbury wel degelijk benoemd was, maar (ii) geen vordering tot afgifte kon afdwingen van het Hooggerechtshof aangezien de *Judiciary Act 1789* ongrondwettelijk was. Meer precies bezag het Hof deze wet in strijd met artikel III van de Amerikaanse Grondwet, gelet op de uitbreiding van de bevoegdheid van het Hooggerechtshof. Het Hof bekritiseerde met andere woorden de beslissing van de nieuwe administratie om te weigeren het benoemingsbesluit te overhandigen, maar stelde tegelijkertijd vast dat zij de administratie niet kon dwingen om tot afgifte van dit besluit over te gaan. Het Hof was er evenwel snel bij om te benadrukken dat zij door deze grondwetstoetsing – die daarvoor niet bestond – geenszins te veel macht naar zich trok:

“The province of the court is solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court.”⁵

Het Hof stelt dat zijn bevoegdheid enkel beperkt kan worden door de aard van de handeling die aan haar wordt voorgelegd (*“questions in their nature political”*). Door wie de handeling wordt gesteld (zoals in casu de uitvoerende macht) is principieel van geen belang. Het Hof kan wel degelijk handelingen van de uitvoerende macht toetsen, maar is niet bevoegd om politieke of discretionaire handelingen te beoordelen.

De vraag naar de exacte inhoud van deze *“questions in their nature political”* blijft. Het lijkt duidelijk dat deze benadering via ‘politieke vragen’ vrij verwarrend is nu zowat alle beslissingen van de uitvoerende macht politiek van aard zijn. Daarenboven oordeelde het Amerikaanse Hooggerechtshof in de jaren na *Marbury v. Madison* over een veelheid aan politieke onderwerpen, zoals wetgeving die Afro-Amerikanen uitsloot deel te nemen aan de stemming bij de *primaries*⁶ of wetgeving die de kiesdistricten indeelde, waarbij het Hof het principe van *“one person, one vote”* oplegde.⁷ Ook andere politiek belangrijke thema’s werden niet uit de weg gegaan, zoals de vraag of President Truman tijdens de Korea oorlog staalfabrieken in beslag kon nemen⁸, de *“Nixon tapes”*-zaak⁹ of de zaak *Clinton v. Jones*¹⁰. De politieke gevolgen van al deze beslissingen waarvoor het

Hof zich bevoegd achtte zijn duidelijk. Toch weerhield de sterk politieke context en het grote politieke belang van al deze zaken het Hof niet tussenbeide te komen. Aangezien de conclusie moet zijn dat de beperking van de bevoegdheid van het Hof niet gevonden kan worden in het politieke gewicht van een zaak, kunnen we verder op zoek gaan naar wat dan wel de determinerende factor is voor zulke bevoegdheidsbeperking.

De al vermelde zaak *Baker v. Carr* is toonaangevend in die context. *Baker v. Carr* ging over de indeling van de kiesdistricten, welke door Baker werd aangevochten. Elk district kon namelijk één senator verkiezen, maar als gevolg van de bevolkingsaanwinst in de steden was de stem van de stedelingen proportioneel gezien minder waard geworden dan de stem van de kiezers in de landelijke gebieden.¹¹ Tot aan deze zaak werd de vraag hoe kiesdistricten ingedeeld dienden te worden steeds als een politieke vraag beschouwd, nu dit politiek en maatschappelijk uiterst gevoelig lag. In *Baker v. Carr* overwoog het Hof niettemin dat uit de enkele omstandigheid dat de indeling van de kiesdistricten politiek relevant is, niet volgt dat dit een *“nonjusticiable political question”* is. Het Hof formuleerde daarbij zes criteria om na te gaan of er sprake is van een *“nonjusticiable political question”*:

“Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found

A) a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;

B) or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it;

C) or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion;

D) or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government;

E) or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made;

F) or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

Uit deze rechtspraak blijkt een duidelijkere aflijning van de *political acts*-doctrine: een rechter zal enkel onbevoegd zijn wanneer aan hem een politieke beslissing van de overheid wordt voorgelegd waarvoor geen juridische standaarden of toetsingsnormen voorhanden zijn. Het feit dat een beslissing wordt genomen door de overheid maakt ze op zich niet immuun, hoe politiek gevoelig ze ook mag zijn of hoe groot de politieke consequenties verbonden aan de beslissing ook mogen

⁵ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803).

⁶ *Bv. Terry v. Adams*, 345 U.S. 461, 73 S. Ct. 809, 97 L. Ed. 1152 (1953).

⁷ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁸ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

⁹ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

¹⁰ *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), waarin het Hof oordeelde dat de President geen immuniteit toekwam voor schadeclaims ingevolge seksuele intimidatie van vóór de ambtstermijn van de President.

¹¹ Zo had een district waarin bv. 5.000 mensen woonden het recht om één senator te verkiezen, terwijl een ander district waar 50.000 mensen woonden eveneens slechts één senator mocht verkiezen. Zulks werd door Baker gezien als een schending van het gelijkheidsbeginsel.

blijken. Toetsing is enkel onmogelijk wanneer een beslissing niet aan juridische normen onderworpen is.

Sinds deze rechtspraak is de *political acts*-doctrine in de Verenigde Staten geleidelijk aan minder relevant geworden. Dit blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit de zaken die door het Hoogerechtshof beslist werden in het kader van de oorlog tegen het terrorisme. Zo oordeelde het Hoogerechtshof in *Rasul v. Bush*¹² en *Hamdi v. Rumsfeld*¹³ dat de zogenaamde *enemy combatants* die werden vastgehouden op Guantanamo Bay wel degelijk recht hadden op toegang tot een Amerikaanse federale rechter. De Amerikaanse regering bepleitte niettemin dat alle zaken met betrekking tot Al-Qaida, de Amerikaanse militaire operaties in Afghanistan of de oorlog tegen de terreur *non-justiciable* waren, want *a quintessential political question*¹⁴ bevatten. De overweging van het openbaar ministerie in *Rasul v. Bush* vat dit mooi samen:

*"The extraordinary circumstances in which this litigation arises and the particular relief that petitioners seek implicate core political questions that the Constitution leaves to the President as Commander in Chief. Petitioners ask the courts to opine on the legality of the President's ongoing military operations and to release individuals who were captured during hostilities and who the military has determined should be detained. Particularly where hostilities remain ongoing, the courts have no jurisdiction, and no judicially-manageable standards, to evaluate or second-guess the conduct of the President and the military. These questions are constitutionally committed to the Executive Branch."*¹⁵

Het is opvallend dat het Hof enkel verwees naar *habeas corpus* in *Rasul v. Bush*, maar nergens inging op de vraag of deze kwestie een *political act* zou kunnen zijn. Zelfs de minderheidsopinie beperkte zich tot een scherpe veroordeling van het arrest, zonder dit te baseren op enige vorm van immuniteit van de overheid bij haar politiek handelen. Of zoals Justice Scalia zijn *dissenting opinion* eindigde en daarbij bijval vond van de toenmalige President van het Hof William Rehnquist:

"For this Court to create such a monstrous scheme in time of war, and in frustration of our military commanders' reliance upon clearly stated prior law, is judicial adventurism of the worst sort. I dissent."

Het is dus duidelijk dat de overheid in de Verenigde Staten zich niet al te veel illusies moet maken wanneer zij probeert een zekere immuniteit te verkrijgen door een beroep te doen op de politieke gevoeligheid van een bepaald dossier.

Hierna zal blijken dat de Europese opvatting onder het EVRM veel minder rechtsbescherming biedt voor de burger tegen het overheidsoptreden, en dat dit klaarblijkelijk gebaseerd wordt op een grotere traditie van étatisme die Europa nog steeds kenmerkt. Bij dit alles blijkt dan ook nog het illustere spook van de *"raison d'Etat"* rond te dwalen.

Political acts-doctrine onder verwijzing naar de recente rechtspraak van het EHRM

Het statuut van de *political acts*-doctrine in de landen van de Raad van Europa is om evidente redenen minder eenduidig dan in de Verenigde Staten. Zo is er allereerst vaak een verschil in opvatting tussen de verschillende landen. Frankrijk lijkt minder negatief te staan tegenover een beperking van de rechterlijke macht, terwijl in het Angelsaksische systeem in beginsel alle betwistingen onder de bevoegdheid van de gewone rechter vallen, ongeacht of de overheid er al dan niet bij betrokken is.¹⁶ In België is traditioneel weinig ruimte gegeven aan deze doctrine. De zeer kleine plaats die het begrip van regeringsdaden in België lijkt in te nemen is beperkt tot de rechtspraak van de Raad van State die echter nog steeds geen duidelijke stelling heeft ingenomen aangaande het bestaan van "regeringsdaden" of hun statuut.¹⁷ Als gevolg van de diversiteit binnen de Raad van Europa is er dan ook een veel minder duidelijke omschrijving van het begrip dan in de Amerikaanse rechtspraak, en is er tot op heden geen enkele definitie voorhanden.

In haar rapport over de juridische grondslagen voor beslissingen aangaande buitenlands beleid – beslissingen die traditioneel aanzien worden als *political acts* – schreef de Venice Commission¹⁸:

"[...] the ban on judicial review is becoming less absolute in nature. Firstly, it is open to review whether in taking a foreign policy

12 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

13 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

14 "The 'enemy' status of aliens captured and detained during war is a quintessential political question on which the courts respect the actions of the political branches." Zie Theodore B. Olson, *Solicitor General e.a., Supreme Court Briefs 03-334, onder Argument 2 (a)*.

15 Theodore B. Olson, *Solicitor General e.a., Supreme Court Briefs 03-334, voetnoot 8 met verwijzing naar de dissenting opinion van J. Black in Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950), 796.

16 *A ALLEN*, o.c., 238.

17 Zie meest recentelijk R.v.St. nr. 107.561, 10 juni 2002, Vanderdoren t. Belgische Staat, www.raadvst-consetat.be dat de vordering tot nietigverklaring betrof van het KB houdende de benoeming van de gouverneur van het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad. Volgens de verwerende partij ging het hier om een politieke beslissing die aan het toezicht van de Raad van State was onttrokken. De Raad van State beperkte zich tot de overweging dat de Koning had gehandeld als een administratieve overheid, zonder in te gaan op de waarde van het argument als zouden politieke beslissingen aan het toezicht van de Raad onttrokken zijn. Ten hoogste kan hieruit afgeleid worden dat de Raad oordeelde dat een KB houdende de benoeming van een burgemeester geen regeringsdaad vormt. Zie hierover ook D. PACQUEE, noot onder EHRM 14 december 2006, R.W. 2009, 127.

18 The European Commission for Democracy through Law, zijnde een raadgevend orgaan aan de Raad van Europa voor grondwettelijke materies.

*decision a given organ of the State exceeded the powers conferred on it by the constitution. The case-law of the United States Supreme Court is of significance here [...]. Secondly, certain constitutional courts have established precedents for reviewing not only whether decision-makers acted within the bounds of their authority, but also the very substance of the decision itself. This is true of preventive review of treaties' conformity with the constitution but also - and above all - of the concept whereby the executive is deprived of its traditional freedom of action whenever fundamental human rights are in issue."*¹⁹

Hoewel er dus een evolutie merkbaar is binnen de landen van de Raad van Europa om de *political acts*-doctrine in te perken, lijkt het EHRM deze leer niet krachtig af te wijzen, noch duidelijk af te bakenen. Zij had daartoe nochtans de kans in een recente zaak die aan haar werd voorgelegd, zijnde *Markovic e.a. t. Italië*.²⁰

De feiten kunnen kort samengevat worden als volgt. Toen de NAVO eind de jaren '90 gerichte bombardementen uitvoerde om een halt toe te roepen aan het toenemende geweld in (ex-)Joegoslavië, werd de Servische Radio en Televisie Studio in Belgrado geraakt. Daarbij kwamen zestien medewerkers van de omroep om. De familieleden van de slachtoffers dienden daarop een schadeclaim in bij een Romeinse rechtbank gebaseerd op artikel 2043 van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat (in vertaling door het EHRM):

"Any unlawful act which causes damage to another will render the perpetrator liable in damages under the civil law."

Zonder in te gaan op het gehele procedureverloop en alle aangehaalde argumenten²¹, is het van belang vast te stellen dat het Italiaanse Hof van Cassatie uiteindelijk oordeelde dat (zoals vertaald door het EHRM):

"The claim seeks to impute liability to the Italian State on the basis of an act of war, in particular the conduct of hostilities through aerial warfare. The choice of the means that will be used to conduct hostilities is an act of government. These are acts through which political functions are performed and the Constitution provides for them to be assigned to a constitutional body. The nature of such functions precludes any claim to a protected interest in relation thereto, so that the acts by which they are carried out may or may not have a specific content [...]. With respect to acts of this type, no court has the power to review the manner in which the function was performed." (eigen onderstreping)

De verzoekers lieten het daar niet bij en trokken naar Straatsburg. Voor het EHRM baseerden ze hun klacht op een schending van hun recht op toegang tot de rechter zoals dat vervat ligt in artikel 6 EVRM. Het Hof, zetelend in Grote Kamer, werd dus gevraagd om een uitspraak te doen over de verhouding van de *political acts*-doctrine tot het recht op toegang tot de rechter.

In dit beginselarrest oordeelde het Hof dat:

"[...] the Court of Cassation's ruling in the present case does not amount to recognition of an immunity but is merely indicative of the extent of the courts' powers of review of acts of foreign policy such as acts of war. It comes to the conclusion that the applicants' inability to sue the State was the result not of an immunity but of the principles governing the substantive right of action in domestic law. At the relevant time, the position under the domestic case-law was such as to exclude in this type of case any possibility of the State being held liable. [...] 115. It follows that the applicants cannot argue that they were deprived of any right to a determination of the merits of their claims. Their claims were fairly examined in the light of the domestic legal principles applicable to the law of tort. [...]" (eigen onderstreping)

Wat het EHRM hier lijkt te zeggen is dat het Italiaanse Hof van Cassatie de claim van verzoekers wel degelijk had onderzocht onder het geldende recht, maar tot de vaststelling diende te komen dat verzoekers geen "*substantive right of action*" hadden onder het Italiaanse recht. Bijgevolg kunnen zij niet voorhouden dat hen het recht was ontnomen om hun claim te laten onderzoeken door een bevoegde rechtbank.

Het kan echter niet ontkend worden dat de claim van verzoekers nooit werd onderzocht onder het toepasselijke Italiaanse (buitencontractueel) aansprakelijkheidsrecht. Zoals het Hof van Cassatie zelf bevestigt, ging het hier om een "*act of government*" hetwelk "*any claim to a protected interest in relation thereto*" uitsluit. Het Hof van Cassatie stelde zelfs uitdrukkelijk dat geen enkele rechtbank de bevoegdheid heeft om te oordelen over de manier waarop deze overheidshandeling werd uitgevoerd. Voorhouden, zoals het EHRM doet, dat de verdediging van verzoekers "*fairly examined*" werd "*in the light of the domestic legal principles applicable to the law of tort*" lijkt dan ook tegenstrijdig met het arrest van het Hof van Cassatie zelf, hetwelk een absolute immuniteit voor de gewraakte overheidshandeling betekent. Indien het correct is te stellen dat het hier ging om een absolute immuniteit van het handelen van de overheid, werd artikel 6 EVRM wel degelijk geschonden.

Daarenboven kan de vraag gesteld worden waarom het EHRM blindelings aanvaardt dat voor zulke overheidshandelingen geen "*substantive rights of action*" bestaat onder het nationale recht. Hoewel beslissingen om deel te nemen aan een NAVO campagne inderdaad politiek van aard zijn, neemt dat niet weg dat dit wel degelijk aan bepaalde rechtsnormen getoetst kan worden, zelfs al waren het de formele vereisten onder het Italiaans grondwettelijk recht om ten oorlog te trekken. Politieke beslissingen zijn inderdaad niet automatisch *non-justiciable*, zoals de US Supreme Court in *Baker v.*

19 Venice Commission, Report on the Legal Foundation for Foreign Policy, Strasbourg, 11 June 1998, CDL-DI(1998)003rev, available at [http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-DI\(1998\)003rev-e.asp?PrintVersion=True](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-DI(1998)003rev-e.asp?PrintVersion=True).

20 EHRM 14 december 2006, arrest Markovic e.a. t. Italië, www.echr.coe.int.

21 Zie hiervoor D. PACQUÉE, l.c., 124 - 125.

Carr duidelijk heeft aangetoond.

Zelfs zo aanvaard zou worden dat de beslissing in kwestie door de Italiaanse overheid volledig discretionair en bijgevolg *non-justiciable* was, blijft het een raadsel waarom de gevolgen van die beslissing niet vatbaar zouden zijn voor toetsing door een rechtbank. Het argument dat de rechterlijke macht niet uitgerust zou zijn om te oordelen over politieke beslissingen, gaat zeker niet op ten aanzien van de gevolgen van zulke besluiten. Daarenboven is de manier waarop een politieke beslissing wordt uitgevoerd, niet noodzakelijk zelf een politieke beslissing. De consequenties zijn dat zeker niet.

Een laatste verwijzing naar de Amerikaanse rechtspraak lijkt hier dan ook toepasselijk, omdat een zeer gelijkwaardige zaak als *Markovic* helemaal anders beoordeeld werd door de *Court of Appeals*.²² In de zogenaamde "tanker war" tussen Iran en Irak werd door een Amerikaanse oorlogsbodem een Iraans burgervliegtuig neergehaald. Alle 290 inzittenden kwamen daarbij om. Door de nabestaanden werd een klacht ingediend tegen de Verenigde Staten wegens buitencontractuele aansprakelijkheid op grond van nalatigheid. Hoewel de Verenigde Staten ingevolge een politieke beslissing deel namen aan de vijandelijkheden, oordeelde het *Court of Appeals* dat de gevolgen van deze politieke beslissing wel degelijk aan diens rechtsmacht onderworpen waren en beoordeeld konden worden:

"We note, as an initial matter, that governmental operations are a traditional subject of damage actions in the federal courts. [...] Thus, the federal courts have previously allowed damage actions alleging the negligent operation of naval vessels. [...] Accordingly, the fact that the plaintiffs' lawsuit involves the operation of a United States warship does not render it beyond judicial cognizance. Nor is the lawsuit rendered judicially unmanageable because the challenged conduct took place as part of an authorized military operation. The Supreme Court has made clear that the federal courts are capable of reviewing military decisions, particularly when those decisions cause injury to civilians. A key element in our conclusion that the plaintiffs' action is justiciable is the fact that the plaintiffs seek only damages for their injuries. Damage actions are particularly judicially manageable."

Het is duidelijk dat deze beslissing zowat het tegenovergestelde is van de beoordeling in *Markovic*. Naast het feit dat geoordeeld wordt dat de beslissing deel te nemen aan de vijandigheden getoetst kan worden, maakt de rechter hier een duidelijk onderscheid tussen de oorspronkelijke beslissing enerzijds, en de gevolgen ervan anderzijds. Met het besluit dat claims in schadevergoeding *particularly judicially manageable* zijn en niet buiten de bevoegdheid van de rechtbank vallen, kan enkel ingestemd worden.

Conclusie

De stelling van de voorstanders van de *political acts*-doctrine als zouden rechters niet uitgerust, noch bevoegd zijn om politieke beslissingen te toetsen, is een drogreden. Rechterlijke toetsing betekent immers geenszins dat de rechter zijn oordeel in de plaats zal stellen van de politieke beslissing, maar is beperkt tot de toetsing door de rechter van die beslissing aan de juridische normen waaraan ze onderworpen is. Enkel zo er geen juridische standaarden of toetsingsnormen voorhanden zijn, zal de rechter kunnen besluiten tot zijn onbevoegdheid.

Daarnaast is het eveneens ongerechtvaardigd de immuniteit van politieke beslissingen te doen uitstrekken tot de gevolgen ervan. Er is geen enkele reden om te aanvaarden dat de gevolgen van een politieke beslissing, of de manier waarop ze wordt uitgevoerd, niet aan juridische normen onderworpen zou zijn. Evenmin is het waarschijnlijk te geloven dat deze gevolgen niet door een rechter getoetst kunnen worden vanwege de vermeende politiek aard. Het is dus noodzakelijk steeds na te gaan of (i) er sprake is van een zuiver discretionaire beslissing van de overheid die aan geen enkele juridische norm getoetst kan worden, en (ii) de gevolgen ervan.

De beslissing in *Markovic* werd genomen met een meerderheid van 10 tegen 7. Het past dan ook bij wege van besluit de voornaamste bezorgdheid van de *dissenting opinion* weer te geven, ter bevestiging van het feit dat men ook in Europa bewust is van de gevaren die de "political acts" doctrine nog steeds inhoudt²³:

"In his address to the Parliamentary Assembly on 19 August 1949 presenting the proposal to institute the European Court of Human Rights, P.H. Teitgen said: "Three things still threaten our freedom. The first threat is the eternal reason of State. Behind the State, whatever its form, were it even democratic, there ever lurks as a permanent temptation, this reason of State. ... Even in our democratic countries we must be on guard against this temptation of succumbing to reason of State". Is there any reason to suppose that this warning addressed to the 14 member States of which the Assembly of the Council of Europe was composed at the time is of any less relevance to our present-day Europe of 46 nations? I regret that the conclusion adopted by the majority should have added the Court's authoritative backing to the strong plea that is made, even today, in favour of "reason of state". "Reason of state" has little time for law, still less for the "rule of law", which one can scarcely conceive of without there being a possibility of having access to the courts. [...] It is a matter of great concern that neither the Court of Cassation nor the Court provided any definition of what might qualify as an "act of government" or "political act" [...] or of what the limitations on such acts might be. Any act by a public authority will, directly or indirectly, be the result of a political decision, whether it is general or specific in content."

²² *Mitra Koohi, et al v. United States of America*, 976 F.2d 1328 (1992).

²³ *Dissenting opinion van rechter Zagrebelsky, bijgetreden door rechters Zupancic, Jungwiert, Tsatsa-Nikolovska, Ugrekhelidze, Kovler en David Thór Björgvinsson.*

Ras en religie: allebei anders, allebei gelijk?

Jozef De Witte *

In het laatste nummer van het TvMR schreef Pieter Vanden Heede over ras, religie en discriminatie, en dit naar aanleiding van het laatste 'Jaarverslag Discriminatie / Diversiteit' van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding. ¹ Hij stelt ondermeer dat het niet duidelijk is wat we precies onder islamofobie moeten verstaan, vraagt hij zich af of religie en ras zomaar mogen gelijk gesteld worden, of ze met elkaar mogen verward worden, en wat de consequenties zijn voor de godsdienstvrijheid wanneer men die door elkaar zou halen. Het Centrum is in elk geval blij dat zijn Jaarverslag niet onopgemerkt voorbijgaat, én dat het aanleiding geeft tot discussie en debat. Niemand heeft de waarheid in pacht, en 'du choc des idées jaillit la lumière'. Met grote belangstelling hebben wij het artikel gelezen en hier leest u een reactie.

Als we het hebben over discriminatie, is het goed om even te kijken naar wat de definitie is. Zonder de antidiscriminatie wetten² volledig en letterlijk te citeren, komt het eigenlijk op het volgende neer. Er is sprake van directe discriminatie wanneer een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium tot gevolg heeft dat een persoon minder gunstig wordt behandeld dan een andere persoon in een vergelijkbare situatie en wanneer hiervoor geen rechtvaardiging kan gegeven worden. Een indirecte discriminatie is een schijnbaar neutrale maatregel (reglement, bedrijfscultuur, ...) die als effect kan hebben dat personen op basis van een discriminatiegrond bijzonder benadeeld worden, en die niet kan gerechtvaardigd worden. Opdracht geven om te discrimineren is eveneens verboden: men mag dergelijke opdracht geven noch uitvoeren. De antidiscriminatie wet verbiedt eveneens bepaalde vormen van ongewenst gedrag dat verband houdt met één van de beschermde criteria, en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Tenslotte even aanstippen dat ook aanzetten tot haat, geweld of discriminatie jegens een individu of een groep met één van de beschermde kenmerken verboden is, en dat de rechter een strafverzwaring kan opleggen als discriminatie één van de motieven is bij misdrijven van gemeen recht (geweld, belaging, grafschennis, ...). Ongeveer dezelfde defini-

ties staan overigens in de decreten en ordonnanties die de gewesten en gemeenschappen hebben aangenomen, voor zover het hun bevoegdheden betreft. De kern van de zaak is: men mag geen onderscheid maken op basis van een kenmerk dat er in die concrete situatie niet toe doet. Een kenmerk dat in die gegeven situatie *niet wezenlijk* is, eigenlijk *onbelangrijk* is, en Van Dale geeft deze twee woorden weer als synoniemen van 'triviaal'. Pieter Vanden Heede citeert John Locke en diens argument dat 'religieuze kenmerken' even triviaal zijn als 'uiterlijke kenmerken', en hij vindt dat dit een gevaarlijke stelling is omdat men dan erg dicht bij de stelling komt dat religie *zélf* triviaal is. Daar gaat het helemaal niet om: religie *is* natuurlijk niet triviaal op zich, net zo min als alle andere beschermde kenmerken, maar in een groot aantal situaties is religie geen wezenlijk en geen belangrijk kenmerk. En wanneer religie in een gegeven situatie triviaal is, dan kan en mag men iemand niet uitsluiten op basis van dit triviale kenmerk. Waarmee we ineens hebben duidelijk gemaakt dat we in het hele debat scherp moeten voor ogen houden of we het over een religie hebben, dan wel over een aanhanger van een religie. Religies kunnen op zich rechten hebben in een samenleving, maar die vallen niet samen met de rechten van een aanhanger van die religie. De maatschappij kan maatregelen nemen om het recht op religie te beschermen, omdat zij meent dat dit in het kader van de bescherming van de vrijheden belangrijk is. En dat is wat de VN-richtlijnen doen. Maar in de context van het discriminatierecht – concreet in het kader van de EU-richtlijn 2000/78 – gaat het niet om de bescherming van de religie, wél om de bescherming van de individuele rechten van aanhangers van een religie in net die (arbeids)situaties waar religie triviaal is, of minstens hoort te zijn. De richtlijn 2000/78 beschermt tegen discriminatie op grond van geloofs- of levensbeschouwing, seksuele geaardheid, handicap en leeftijd in de arbeidssfeer, een nieuwe richtlijn die het toepassingsgebied voor deze discriminatiegronden uitbreidt naar goederen en diensten – net zoals voor ras en geslacht al het geval is, ligt volop ter discussie.

En wat als de religie er wél toe doet? Als men duidelijk kan aantonen dat religie er wél degelijk toe doet, dan is dit volgens de EU-richtlijnen en volgens de Belgische wetgeving geen discriminatie. Een concrete case: bij de vacature voor directeur van een katholiek rusthuis

* Jozef De Witte is directeur van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding

¹ Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, Discriminatie / Diversiteit, Jaarverslag 2008.

² Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, B.S. 30 mei 2007.

zocht men iemand die mee de christelijke inspiratie zou uitdragen. Volgens onze analyse kan dit perfect. Zou men echter dezelfde eisen stellen aan een tuinman, een keukenhulp, ... voor hetzelfde rusthuis, dan zou dit volgens ons té ver gaan. Voor een tuinman en een keukenhulp geldt dat de religieuze overtuiging 'triviaal' is, zo komt het ons voor.

Een volgende vraag van Pieter Vanden Heede ging over de 'gelijkstelling' van de discriminatiegronden 'ras' en 'religie'. Laat ons daar ook even bij stilstaan. Vandaag worden in België de facto 19 discriminatiegronden beschermd: geslacht, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, leeftijd, seksuele geaardheid, handicap, geloof of levensbeschouwing, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst en taal.

Geslacht en 'ras' zijn bij uitstek de gronden die al het langst – én mee daardoor ook het sterkst – beschermd worden, zowel internationaal als nationaal. Alleen al van daaruit zijn de gronden 'allemaal anders'. Er zijn overigens drie federale wetten: één voor geslacht, één voor alles wat met zogenaamd ras, nationaliteit en afkomst te maken heeft, en één voor alle andere gronden samen. Hoewel de drie wetten op een aantal vlakken sterk gelijk lopen, zijn er ook duidelijke verschillen als het gaat om rechtvaardiging, burgerrechtelijke en/of strafrechtelijke vervolging, ... In het 'Jaarverslag Discriminatie / Diversiteit 2007' (www.diversiteit.be) heeft het Centrum een stuk gewijd aan de verschillen tussen de discriminatiegronden.

Bij sommige gronden (zogenaamd ras, fysieke eigenschap, seksuele geaardheid) is er geen enkele vrije keuze, bij andere (geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, burgerlijke stand) is dat wél zo. Al kan men bij die 'keuzevrijheid' kanttekeningen plaatsen: het gaat stuk voor stuk om 'levenskeuzes', die daarom niet voor je hele leven gelden, maar waarbij je ook weer niet om de andere dag een andere keuze maakt. Is dat overigens relevant, dat het een keuze is? Dat is nog zeer de vraag. Want net deze keuzevrijheid is kenmerkend voor wat we een democratie noemen. Ze zijn stuk voor stuk ook gewaarborgd door internationale verdragen, door de grondwet, ... Daarbij hebben de Staten er zich toe verplicht deze vrijheden, deze 'keuzes', te beschermen, te respecteren, en te verzekeren. En daar maakt naar mijn smaak ook deel van uit: zorgen dat individuele mensen niet afgerekend worden op deze keuzes als ze er in een gegeven context gewoon niet toe doen. Wat zouden die vrijheden waard zijn als de Staat zélf én natuurlijke en rechtspersonen binnen die Staat de uitoefening van die vrijheid aangrijpen om je recht op een gelijke behandeling in een gelijke situatie op de helling te zetten? Dat komt neer op het zeer sterk beknotten van deze vrijheden.

De auteur werpt ook op dat er geen sluitende definitie is van 'religie', van 'geloofs- of levensbeschouwing'. Dat klopt: noch in de Europese richtlijnen, noch in onze Belgische antidiscriminatiewetgeving vinden we een definitie van geloof of levensbeschouwing. We vinden overigens evenmin een definitie van één van de 18 andere beschermde criteria. Dat heeft wellicht pragmatische redenen. Waar begin je aan een dergelijke definitie en vooral: waar eindig je? In diezelfde wetgeving staan wel meer begrippen die niet of niet uitputtend gedefinieerd zijn. Ik noem er enkele: 'redelijke aanpassingen' werpt meteen de vraag op hoe we 'redelijk' moeten begrijpen. En vanaf welk moment is een beroepsvereiste 'wezenlijk en bepalend' zodat men wel een onderscheid mag maken op basis van één van de criteria zonder in discriminatie te vervallen? Maar eenzelfde afwezigheid van definities vinden we terug in heel andere wetten. Wat is de precieze definitie van 'laster en eerroof'? Wat is 'goede trouw' en wat is de definitie van 'beheren als een goede huisvader'?

Maar specifiek als het over geloofs- of levensbeschouwing gaat, is er zeker nog een bijkomend argument om dat begrip niet te definiëren. De Staat kan immers niet tussenkomen in godsdiensten. Alleen al religie definiëren zou met recht en reden als een tussenkomst van de Staat in godsdienstzaken kunnen beschouwd worden. Mag ik in die context herinneren aan de commotie die ontstond toen bekend raakte dat de overheid een lijst met 'sekten' had opgesteld? In de praktijk rekent de wetgever dus op wat gangbaar is, wat het gezond verstand zegt, en op de interpretatie de rechter geeft. En eigenlijk werkt dat ook goed.

Even terug naar de essentie: in een democratie is er vrijheid van geloofs- en levensbeschouwing. Dat is de vrijheid om er één te hebben én om er géén te hebben; om te veranderen van geloof of van levensbeschouwing; en dus om van zijn geloof af te vallen. Maar in elk van al deze gevallen: de vrijheid om dat geloof of die levensbeschouwing niet alleen te hebben, maar ook om die te beleven, zowel in private kring als in het openbaar. De overheid moet die vrijheid actief beschermen, onder meer door zélf – als overheid – elke geloofs- of levensbeschouwing op een gelijke wijze te behandelen. Ze mag ook zélf haar burgers niet discrimineren op basis van een geloofs- of levensbeschouwing. De overheid moet ook verbieden dat natuurlijke of rechtspersonen andere natuurlijke of rechtspersonen discrimineren op basis van geloofs- of levensbeschouwing. Het gaat daarbij altijd om het beschermen van de individuele rechten van mensen, nooit van religies op zich. Het gaat om het garanderen van maximale ontplooiingskansen voor elkeen. Elk van ons moet volop kunnen deelnemen aan alle aspecten van het maatschappelijke leven, en niemand kan afgevoerd worden om redenen die er in die gegeven situatie niet toe doen.

Wat zien we de laatste jaren? Dat er een verschuiving is: 'un train peut en cacher un autre'. Het is wat mij betreft toch wel à te doorzichtig dat sommigen stilaan beseffen dat hun oproep om mensen en groepen van mensen uit te sluiten louter op basis van hun zogenaamd ras, hun nationale of etnische afkomst, ... niet langer in goede aarde valt. En dus hebben zij dat gezwind vervangen door een discours dat mensen wil uitsluiten op basis van hun 'cultuur', en meer in het bijzonder op basis van geloofs- of levensbeschouwing. Het is wel een heel merkwaardig toeval dat de mensen en groepen van mensen die zij vroeger en nu willen uitsluiten in overgrote mate dezelfde zijn. Een slim manoeuvre, dat er bij nogal wat mensen ingaat als zoete koek. Met als bijkomend voordeel dat je luidop kan rondbazuinen dat er bij god toch vrijheid van meningsuiting is, en dat geen enkele religie boven kritiek mag verheven zijn.

Natuurlijk is er vrijheid van meningsuiting, en dat betekent dat ook meningen die mensen of groepen van mensen kunnen kwetsen, schokken of verontrusten moeten toegelaten zijn, zo wil het de democratie. Natuurlijk moet religie kunnen bekritiseerd worden, dat spreekt voor zich. Neen, geen verstandig mens wil van blasfemie opnieuw een misdrijf maken. Maar laten we mekaar geen Liesbet noemen: daar gaat het sommigen ook in het geheel niet om. Zij hebben als loutere bedoeling om op te roepen tot haat, geweld en discriminatie en zo politiek succes te oogsten. Zij hebben als bedoeling om mensen uit te sluiten, het hen onmogelijk te maken om volwaardig te participeren aan de samenleving. Zij pleiten enerzijds zo sterk voor de scheiding van kerk en Staat, maar laten dan weer niet na te onderstrepen dat we in een joods-christelijke cultuur leven en dat éénieder zich daaraan te conformeren heeft. En daarmee zetten ze in feite de verworvenheden van de rechtsstaat bij het huisvuil. In een rechtsstaat is het immers de wet die bepaalt wat mag en kan, wat moet en niet moet. Met de roep om zich aan 'onze cultuur' te conformeren keren zij de facto terug naar een systeem waar elkeen maar moet 'weten', 'aanvoelen', 'leren' wat past en wat niet past in 'onze' cultuur, en waarbij 'zij' zich maar moeten aanpassen aan wat 'wij' doen. En waarbij het hen blijkbaar compleet ontgaat hoe complex een begrip als 'cultuur' is, hoe veelzijdig elke cultuur is, hoe de opdracht om zich te conformeren aan 'onze' cultuur per definitie een onmogelijke opdracht is. Want 'het is eigen aan een cultuur dat zij niet met zichzelf identiek is', zo stelde Derrida. Iedere cultuur is steeds eigen én anders, hoe kan je dan eisen dat iemand zich daaraan conformeert?

Hoe noem je dat gedrag dan van hen die anderen willen uitsluiten op basis van hun religie, en met name de islam? Een vlag dekt nooit helemaal de lading. We gebruiken het woord 'racisme' voor haat en discriminatie op basis van een 'zogenaamd ras'. Zogenaamd ras, omdat het er voor het begrip ras geen enkele wetenschappelijke fundering is; omdat het gewoon een

constructie is van hen die een onderscheid willen maken op basis van huidskleur, afkomst, ... Dus dekt het woord 'racisme' niet exact de lading. Dat zal ook bijna nooit lukken, om één enkel woord te vinden dat kort en goed de hele lading dekt. Dat weten commerciële ingestelde bedrijven en organisaties al langer dan vandaag, en liever dan ellenlange namen en dito afkortingen te gebruiken creëren zij nieuwe, kunstmatige namen die een hele context moeten oproepen, een hele lading moeten dekken: NCMV werd Unizo, OMOB werd Ethias, ASLK werd Fortis, om er maar enkele te noemen. Maar zelfs een nieuwe naam vraagt om heel precies te definiëren wat de lading is. Je kan je dus afvragen of het wel de moeite loont een nieuwe vlag te zoeken: aan een nauwkeurige definitie van de lading ontsnap je nooit. Dus laat ons maar verder het woord 'antisemitisme' gebruiken voor elke vorm van (aanzetten tot) haat, geweld of discriminatie op basis van een (verondersteld) deel uitmaken van de joodse gemeenschap, die in zekere zin een mengelmoes is van etnische afkomst, cultuur, godsdienst, ... En laat ons maar verder het woord 'islamofobie' gebruiken voor elke vorm van (aanzetten tot) haat, geweld of discriminatie op basis van het (verondersteld) deel uitmaken van de moslim-gemeenschap. Ook hier gaat het om een mengelmoes van minstens cultuur en geloof, vaak ook van origine.

Maar bovenal: laat ons met zoveel mogelijk opkomen en blijven opkomen tegen deze en alle vormen van (aanzetten tot) haat, geweld en discriminatie. Elke mens heeft recht op veiligheid en op ontplooiing. Wie vrij spel geeft aan (aanzetten tot) haat, geweld en discriminatie ondergraaft mee de fundamenten van de democratie. Wie echter opkomt tegen de vrijheid van meningsuiting, tegen het recht om schokkende, verontrustende en kwetsende meningen te geven – ook over godsdiensten – ondergraaft evenzeer de democratie. Religies hebben géén recht op veiligheid, zij kunnen en mogen aangevallen worden.

Dat is voor ons als Centrum de scherpe lijn. Wordt iemand werk, onderwijs, een huis of wat dan ook ontzegd op basis van zijn godsdienst, terwijl die er in die gegeven context niet toe doet? Dat is discriminatie. Discriminatie is wettelijk verboden, en dat is maar goed ook. Want discriminatie is moreel verwerpelijk: hoe kan men een christelijk of humanistische of welke ethiek dan ook verzoenen met het uitsluiten van medemensen? Discriminatie gaat tenslotte in tegen het welbegrepen eigenbelang van een samenleving. Een samenleving heeft er alle belang bij dat elk van haar leden zich ten volle kan ontplooiën: in het onderwijs, op de arbeidsmarkt, in de vrije tijd, ... Een samenleving die meent dat zij talenten mag laten verloren gaan zal daar een zware prijs voor betalen. Een samenleving die optimale kansen biedt aan elk talent, investeert in elk talent, los van huidskleur of religie of wat dan ook, zal zien dat deze investering tot en met rendeert.

Arrest Raad van State over hoofddoekenverbod: complexiteit mis begrepen?

Raad van State, 2 juli 2009, nr. 195.044

Catherine Van de Heyning*

Achtergrond

De start van het nieuwe schooljaar 2009-2010 betekende een nieuwe episode in de discussie rond een hoofddoekenverbod op school. Twintig jaar nadat deze discussie wereldnieuws werd door de weigering van leerlingen die een hoofddoek droegen door het College van het Franse Creil, stelden ook de athenea van Antwerpen en Hoboken een dergelijk verbod in. Leerlingen en organisaties kondigden aan tegen het nieuwe reglement van deze athenea naar de Raad van State te trekken. Daarop vaardigde het Gemeenschapsonderwijs een algemeen verbod uit op het dragen van religieuze symbolen waarbij de Antwerpse scholen over alle netten zich aansloten.

Deze stap van het Gemeenschapsonderwijs was geïnspireerd door een arrest van 2 juli 2009 van de Raad van State. Hierin stelde de Raad dat enkel het Gemeenschapsonderwijs een algemeen verbod op het dragen van religieuze symbolen kon uitvaardigen en dit niet toekwam aan een scholengroep alleen. Het Gemeenschapsonderwijs leidde uit dit arrest af dat de bestaande hoofddoekenverboden van schoolgroepen enkel konden blijven als het Gemeenschapsonderwijs zelf een dergelijk algemeen verbod instelde. Een duiding bij dit arrest lijkt dan ook relevant voor een goed begrip van het juridische kader van een algemeen verbod op het dragen van religieuze symbolen.

De feiten speelden zich af in twee basisscholen te Etterbeek en Elsene die tot dezelfde scholengroep behoorden. De directeurs van deze scholen ontsloegen een islamleerkracht die in beide scholen werkte omdat ze weigerde haar hoofddoek af te doen buiten de les. Dit was nochtans zo voorgeschreven door het reglement van de scholen op basis van een beslissing genomen door de Raad van Bestuur van de scholengroep. De islamleerkracht meende dat haar ontslag gestoeld was op een reglement dat haar recht op godsdienstvrijheid schond en indruiste tegen de actieve pluralistische opvatting van de neutraliteit in het Gemeenschapsonderwijs. De leerkracht vroeg de Raad van State om de beslissing van ontslag te vernietigen. De scholengemeenschap stelde dat een verbod op godsdienstige symbolen juist voortvloeide uit de neutraliteit van het Gemeenschapsonderwijs.

Arrest Raad van State

Het zwaartepunt van het arrest lag op de vraag of een scholengroep een dergelijk algemeen verbod op het dragen van opzichtige religieuze symbolen kon instellen. Het Bijzonder Decreet betreffende het Gemeenschapsonderwijs stelt dat de invulling van de grondwettelijke neutraliteit van het officieel onderwijs toekomt aan de Raad voor het Gemeenschapsonderwijs (RAGO).¹ De Raad van State benadrukt in eerdere arresten dat een school wel een verbod kan instellen voor het dragen van bepaalde symbolen indien in concreto bleek dat het dragen van deze symbolen de ordehandhaving op school onmogelijk maakte of dit problematisch was vanuit een veiligheids oogpunt.

De directeurs stelden dat ook zij een afweging in concreto hadden doorgevoerd. De directeurs baseerden het ontslag van de islamleerkracht op de weigering van de leerkracht nog les te geven zolang ze de hoofddoek niet mocht dragen. Ze beoordeelden dat de leerkracht daarmee op "ongepaste wijze" protesteerde tegen het verbod. De Raad verwierp dit argument omdat de brieven ter kennisgeving van ontslag om dringende redenen enkel verwezen naar de weigering om de hoofddoek af te nemen. De Raad van State meende dat er in dit geval geen concrete redenen werden aangevoerd waarom de islam leerkracht haar hoofddoek niet zou mogen dragen. Het ging dus volgens de Raad van State om een algemeen hoofddoekenverbod zonder afweging in concreto. De Raad van State besloot dat de beslissing van de scholengemeenschap dus indruiste tegen het Bijzonder Decreet betreffende het Gemeenschapsonderwijs.

De directeurs verdedigden dat het Decreet wel toelaat aan scholengroepen algemene regels uit te vaardigen die slechts een uitvoeringsmodaliteit uitmaken. De Raad wees de stelling van de scholengemeenschap af als zou een hoofddoekenverbod rechtstreeks volgen uit de neutraliteitsverklaring. De Raad van State beklemtoonde dat men uit deze verklaring even goed kan opmaken dat in principe religieuze symbolen wel zijn toegelaten zolang dit geen daden van indoctrinatie, kwetsend gedragen of proselitisme uitmaken. Zo verwees de Raad naar de passage van de verklaring die stelt dat leerkrachten "vrij hun persoonlijk engagement [kunnen] doen kennen, maar

* Catherine Van de Heyning is FWO onderzoeker aan de Universiteit Antwerpen.

¹ Art. 33 § 1, Bijzonder Decreet van 14 juli 1998 betreffende het Gemeenschapsonderwijs, B.S. 30 september 1998.

op bedachtzame wijze". Dit geldt volgens de Raad zowel binnen de specifieke context van de les godsdienst als buiten de klas. De directeurs brachten geen argumenten aan als zou de leerkracht haar overtuiging op niet behoedzame wijze te kennen hebben gegeven. Het dragen van de hoofddoek moest dan ook gezien worden als een uiting van een persoonlijk engagement.

De Raad erkende dat het dragen van de hoofddoek niet altijd toelaatbaar is, maar benadrukte dat een algemeen verbod en dus de ontoelaatbaarheid van de hoofddoek niet volgt uit de neutraliteitsverklaring. Een dergelijke beslissing kan een scholengroep niet maken, tenzij er in concreto blijkt dat de ordehandhaving of veiligheid op school in het gedrang komt. Om die reden concludeerde de Raad van State dat de invoering van een algemeen hoofddoekenverbod geen uitvoeringsmodaliteit is van de neutraliteitsverklaring zoals voorzien in de wet. Een dergelijke beslissing komt enkel het RAGO toe.

Betekenis van het arrest

Dit arrest lijkt twee duidelijke richtlijnen mee te geven ten aanzien van een hoofddoekenverbod. Ten eerste, enkel het RAGO kan een algemeen hoofddoekenverbod uitvaardigen terwijl een school dit enkel kan als blijkt dat in concreto het dragen van hoofddoeken problematisch is omwille van de ordehandhaving of veiligheid. In lijn met deze rechtspraak achtte het Hof van Beroep te Antwerpen het hoofddoekenverbod van een Provinciale handelsschool redelijk omdat een kleine minderheid van leerlingen zich een bijzonder militante houding t.a.v. het dragen van een hoofddoek hadden aangemeten waarbij ze leerkrachten ervan beschuldigden hen lagere punten te geven vanwege hun hoofddoek.²

Met het arrest van 2 juli 2009 benadrukt de Raad van State dat een scholengroep echter geen algemeen hoofddoekenverbod kan instellen. Welk orgaan een dergelijk hoofddoekenverbod instelde en of dit gebeurde op basis van specifieke omstandigheden in de school dan wel op algemene wijze, zijn belangrijke elementen om te oordelen over de wettelijkheid van een dergelijk verbod. Een verzoekster die protesteerde tegen het hoofddoekenverbod in de Antwerpse athenea beriep zich op dit arrest om te stellen dat enkel het RAGO een algemeen verbod kon uitvaardigen. De Raad van State stelde dat het arrest echter niet van toepassing was op de situatie van de Antwerpse athenea aangezien de directies van de scholen hier de beslissing zelf hadden genomen en dit op basis van een concrete situatie.³ In ietwat crypti-

sche bewoording voegde de Raad van State er echter aan toe dat dit niet betekende dat de motieven die de school aandroeg een "deugdelijke grondslag" vormden voor het ingestelde verbod voor het schooljaar 2009-2010. De Raad moest hier echter niet op ingaan aangezien de klacht onontvankelijk was omdat de verzoekster de klacht indiende na de beroepstermijn van 60 dagen na bekendmaking.

Ten tweede, de Raad van State stelt vast dat men in de neutraliteitsverklaring niet noodzakelijkerwijze een algemeen hoofddoekenverbod kan lezen. De Raad wijst erop dat het Decreet enkel een beperking van de vrijheid van uitdrukking toelaat als deze voortvloeit uit de neutraliteitsverklaring. Een algemeen verbod op het dragen van religieuze symbolen volgt daar niet noodzakelijkerwijze uit. De Raad benadrukt dat in deze verklaring even goed een actieve en pluralistische opdracht voor het Gemeenschapsonderwijs gelezen kan worden. Een leerkracht kan een godsdienstig engagement te kennen geven zolang dit niet neerkomt op overtuigingsdrang of indoctrinatie. De Raad stelt dat het dragen van de hoofddoek op school door een islamleerkracht verenigbaar kan zijn met op een bedachtzame manier engagement op het godsdienstig vlak te manifesteren.

Opvallend aan dit arrest is dat de Raad van State weliswaar grondig ingaat op de vraag welk orgaan een algemeen verbod kan instellen en de betekenis van de neutraliteitsverklaring, maar niet op de vraag of een algemeen verbod in strijd is met de godsdienstvrijheid als vervat in internationale verdragen en de grondwet. Een dergelijk moeilijke afweging diende ook niet gemaakt te worden aangezien de beslissing opzich gezet werd op basis van het feit dat een scholengroep geen algemeen verbod kon uitvaardigen. Het RAGO reageerde hierop door begin september een algemeen verbod voor leerlingen en leerkrachten op het dragen van opzichtige religieuze symbolen uit te vaardigen voor het gehele Gemeenschapsonderwijs. De vaststelling dat enkel het RAGO een beslissing kan nemen in verband met een algemeen geldende regeling tot invulling van de neutraliteitsverklaring betekent nog niet dat de genomen beslissing van het Gemeenschapsonderwijs voor een algemeen verbod met ingang van volgend schooljaar grondwettig zou zijn. Indien deze vraag voorkomt, zal de Raad van State zich wel degelijk moeten uitspreken over de verstaanbaarheid van een dergelijk verbod met de godsdienstvrijheid.

² Hof van Beroep te Antwerpen, 14 juni 2005, nr. 2004/AR/2811, CDPK 2006, afl. 2, p. 438 met noot Brems, Eva.

³ Raad van State, 15 september 2009, nr. 196.092.