

Antiracisme en rechtsstatelijke strafrechtspleging



[Erik Claes]

Docent en postdoctoraal onderzoeker
FWO-Vlaanderen
(KULeuven)



[Jogchum Vrielink]

Assistent
(KULeuven)

Hoe het antiracismebeleid verzoenen met de beginselen van een rechtsstatelijke strafrechtspleging?

Dat de overheid niet altijd zware inspanningen levert om van deze evenwichtsoefening een succesnummer te maken, blijkt uit het 'actieplan tegen racisme' dat door (vertrekkend) minister Marie Arena namens de regering werd voorgesteld.

Eén van de voorgestelde maatregelen was het voornemen om de ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten om te zetten tot een verplichte bijkomende straf bij elke veroordeling op basis van de antiracismewetten¹ (dat wil zeggen de Antiracismewet² en de Negationismewet³).

Na een kort overzicht van de betrokken antiracismewetten wordt in een eerste stap voormeld voorstel getoetst aan het strafrechtelijke beginsel van proportionaliteit, maar ook aan het – voor het strafrecht wat minder vertrouwde – grondrechtelijk beginsel van evenredigheid. Hieruit zal blijken dat het voorstel op gespannen voet staat met de rechtsstatelijke uitgangspunten van beide beginselen. In een tweede stap worden enkele hypothesen naar voren geschoven die een antwoord kunnen geven op de vraag hoe het komt dat bepaalde personen en instanties zo gemakkelijk geneigd zijn om naar strengere penale instrumenten te grijpen, zonder daarbij op een zorgvuldige wijze de eerbiediging van een aantal fundamentele rechtsbeginselen in rekening te brengen. In een derde stap wordt getracht uit de analyse enkele oriëntatiepunten af te leiden die meer garanties kunnen bieden voor een evenwicht tussen het antiracismebeleid enerzijds, en een rechtsstatelijke strafrechtspleging anderzijds.

Inleiding	1-2	IV. Het evenredigheidsbeginsel (art. 10 lid 2 EVRM) en de verplichte ontzetting	28
I. De antiracismewetten in vogelvlucht	3	A. Is de evenredigheidstoetsing wel nodig?	29-31
A. Antiracismewet: misdrijven en straffen	4-7	B. Evenredigheidstoetsing	32
B. Negationismewet: misdrijven en straffen	8-9	1. Verschaald voorwerp evenredigheidstoetsing	33-35
II. Verplichte ontzetting en haar rechtvaardiging	10	2. Verschaald bereik evenredigheidstoetsing	36-43
A. Algemeen: ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten	11-13	3. Verschaalde aard en opbouw evenredigheidstoetsing	44-47
B. Ontzetting als bijkomende straf in de antiracismewetten	14-19	4. Besluit	48
III. Het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel en de verplichte ontzetting	20	V. Antiracismebeleid, controlecultuur en instrumentalisme	49-51
A. Externe vergelijking	21-24	Besluit	52-54
B. Interne vergelijking	25-27		

1 Wetsvoorstel met betrekking tot het verlies van bepaalde burgerlijke en politieke rechten, tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, alsmede van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-

socialistische regime is gepleegd, *Parl. St. Kamer* 2003, nr. 51-0185/1 (EERDEKENS).

2 Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaald door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 8 augustus 1981. Gewijzigd bij Wet 15 februari 1993 (*B.S.* 19 februari 1993), Wet 12 april 1994 (*B.S.* 14 mei 1994), Wet 7 mei 1999 (*B.S.* 25 juni 1999), Wet 20 januari 2003 (*B.S.* 12 februari 2003) en Wet 23 januari 2003 (*B.S.* 13 maart 2003).

3 Wet 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, *B.S.* 30 maart 1995. Gewijzigd bij Wet 7 mei 1999 (*B.S.* 25 juni 1999).

Deze bijdrage analyseert een wetsvoorstel dat ertoe strekt de strafrechter te verplichten tot het uitspreken van de bijkomende straf van de ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten bij elke veroordeling op basis van de Antiracisme- en Negationismewet. Het voorstel wordt kritisch getoetst aan het strafrechtelijk proportionaliteitsbeginsel en het grondrechtelijk evenredigheidsbeginsel.

Cette contribution analyse une proposition de loi qui tend à obliger le juge pénal à prononcer la punition supplémentaire de la privation des droits civils et politiques lors de toute condamnation en vertu de la loi concernant le racisme et le négationnisme. La proposition est examinée de manière critique à la lumière du principe de la proportionnalité en droit pénal et constitutionnel.

Erik CLAES en Jogchum VRIELINK, “Antiracisme en rechtsstatelijke strafrechtspleging”, *NJW* 2005, 151-168.

Inleiding

1. Het initiatief tot het ‘actieplan tegen racisme’ kwam er mede door racistische incidenten die in de zomer van 2004 helaas hoogtij vierden. In Antwerpen moest vooral de joodse gemeenschap het ontgelden, terwijl de brutale overval op het asielzoekerscentrum in Broechem (Ranst) vooral gericht was op moslims. Gezien de gewelddadige aard van de voorvallen, was het volledig terecht dat de regering reageerde met (voorstellen van) beleids- en zelfs juridische maatregelen. De betreffende gedragingen bedreigen de fundamentele van onze plurale democratische samenleving en er kan dan ook geen enkel begrip of tolerantie voor bestaan. Opmerkelijk genoeg had het strijdplan echter in zeer beperkte mate betrekking op de aanpak van de geweldspro-

blematiek⁴. De meerderheid van de voorstellen was in meer algemene zin gericht op de verdergaande bestrijding van racisme en extreemrechts⁵. Eén van de voorgestelde maatregelen die vanuit het perspectief van een rechtsstatelijke strafrechtspleging heel wat vragen oproept, is het voornemen om de ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten om te zetten tot een verplichte bijkomende straf bij elke veroordeling op basis van de antiracismewetten. Deze maatregel was reeds vóór de bekendmaking van Marie Arena’s ‘actieplan’ als wetsvoorstel (her)ingediend⁶ in de Kamer van volksvertegenwoordigers door de heer Claude Eerdeken op 29 augustus 2003⁷. Door opname in het voornoemde plan schaarde echter het (kern)kabinet zich achter het voorstel. Hoewel het voorstel tot op heden nog niet geleid heeft tot een bespreking in het parlement, zal daarin – gezien deze steun voor de maatregel – allicht op korte termijn verandering komen⁸.

2. Anticiperend op de parlementaire discussie omtrent deze voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten wordt genoemd voorstel kritisch doorgelicht tegen de achtergrond van enkele beginselen van een behoorlijke strafrechtsbedeling.

I. De antiracismewetten in vogelvlucht

3. Een toetsing van de voorgestelde (straf)maatregel vereist om te beginnen enig inzicht in de strafbaarstellingen van de antiracismewetten. In het volgende worden dan ook kort de constitutieve bestanddelen en elementen van de verschillende misdrijven uit enerzijds de Antiracismewet⁹ en anderzijds de Negationismewet¹⁰ besproken.

A. Antiracismewet: misdrijven en straffen

4. De Antiracismewet is de meest uitgebreide van de twee wetten en vormt – tot op zekere hoogte – de implementatie van de verplichtingen die België heeft op basis van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie¹¹. De wet omvat een, op het Verdrag gebaseer-

4 Zie o.m.: B. EECKHOUT, Arena zet tanden in oprukkend racisme. Strijdplan goedgekeurd tegen racisme en xenofobie, *De Morgen* 15 juli 2004; B. BRINCKMAN, Federaal actieplan tegen racisme, *De Standaard* 15 juli 2004, 5; X, Racist mag in België niet meer stemmen, *De Volkskrant* 15 juli 2004. Het plan omvatte de volgende tien voorstellen: 1. Elke veroordeling op basis van de antiracismewetten moet in de toekomst leiden tot het verlies van de politieke en burgerrechten van de veroordeelde; 2. Nauwere samenwerking van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (hierna: CGKR) met politie en parket; 3. Strengere controle op en optreden tegen ‘internet-racisme’; 4. Oprichten van ‘platformen van de democratie’ in grootsteden om op lokaal niveau initiatieven te stimuleren om het samenleven te bevorderen; 5. Instellen van een forum van journalisten omtrent de beeldvorming rond allochtonen; 6. Antiracistische maatregelen door en ten aanzien van de politiediensten; 7. Betere screening door staatsveiligheid van ‘risicoplaatsen’ waar racistische of antisemitische boodschappen verspreid kunnen worden; 8. Invoeren van veiligheidsmaatregelen ter bescherming van de risicogevoelige gebouwen van de joodse gemeenschap en opvangcentra voor asielzoekers; 9. Aanpassen van de wet om het De Post en andere (overheids)bedrijven mogelijk te maken om pamfletten van ‘extreemrechtse’ partijen

niet te verspreiden; 10. Instellen van een ‘barometer van de verdraagzaamheid’ om de evolutie in de xenofobe gevoelens in België te meten.

5 Het ging hierbij in verschillende gevallen om maatregelen die al herhaaldelijk zijn ingediend, maar die het tot nu toe steeds niet hebben gehaald (m.n. voorstellen 1, 3, 6 en 9).

6 Heringediend, na het in een eerdere legislatuur niet te hebben gehaald. Zie: Wetsvoorstel met betrekking tot het verlies van bepaalde burgerlijke en politieke rechten, tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, alsmede de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 50-1341/1 (EERDEKENS en JANSSENS).

7 Wetsvoorstel met betrekking tot het verlies van bepaalde burgerlijke en politieke rechten, tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, alsmede van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-

socialistische regime is gepleegd, *Parl. St. Kamer* 2003, nr. 51-0185/1 (EERDEKENS).

8 Ook een recente indiening van soortgelijke voorstellen in verschillende parlementen doet vermoeden dat het de indieners ernst is. Zie o.m.: Wetsvoorstel tot instelling van de automatische opheffing van het recht verkozen te worden bij een veroordeling op grond van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden alsmede de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1442/1 (MAINGAIN en LIBERT).

9 Voor een uitvoerig overzicht van de Antiracismewet, zie: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 291-413.

10 Voor een uitvoerig overzicht van de Negationismewet, zie: *ibid.*, 415-441.

11 Goedgekeurd d.m.v. Wet 9 juli 1975 houdende goedkeuring van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, opgemaakt te New York op 7 maart 1966, *B.S.* 11 december 1975.

de, limitatieve lijst van discriminatiegronden. In de huidige redactie gaat het daarbij om het volgende vijftal: zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming¹². 'Discriminatie' wordt in de wet gedefinieerd als: «elke vorm van onderscheid, uitsluiting beperking of voorkeur, die tot doel heeft of ten gevolge heeft of kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan, aangetaast of beperkt» (art. 1 lid 1 Antiracismewet)¹³. Discriminatie in deze (ruime) zin is op zichzelf echter geen misdrijf op basis van de Antiracismewet. De term moet altijd worden gelezen in samenhang met de concrete strafbaarstellingen waar het een onderdeel van uitmaakt. Wat betreft deze strafstellingen, omvat de wet drie typen, te weten: meningsuitingen, feitelijke gedragingen en hoedanigheden.

5. De meningsuitingen die de Antiracismewet straft, zijn neergelegd in artikel 1 lid 3 van de wet. Enerzijds gaat het om het aanzetten tot discriminatie, (segregatie), haat of geweld tegen een persoon of tegen groep, een gemeenschap of de leden ervan op basis van de discriminatiegronden (art. 1 lid 3, 1° en 2° Antiracismewet). Anderzijds is het strafbaar om publiciteit te geven aan een voornemen tot discriminatie, (segregatie), haat of geweld tegen een persoon of tegen een groep, een gemeenschap of de leden ervan op basis van de discriminatiegronden (art. 1 lid 3, 3° en 4° Antiracismewet). In beide gevallen moet voldaan zijn aan de openbaarheidsvereisten van artikel 444 Sw.¹⁴ Ten aanzien van het voor de betreffende strafbaarstellingen vereiste moreel element bestaat discussie in zowel de rechtsleer als in de rechtspraak¹⁵. *Grosso modo* geldt dat de meeste rechtsleer uitgaat van een bijzonder opzet (*dolus specialis*)¹⁶, terwijl de meeste rechtspraak blijkt uit te gaan van een algemeen opzet (*dolus*)¹⁷. Een tweede type strafbaarstelling betreft feitelijk discriminerende gedragingen. De wet straft meer bepaald het bedrijven van discriminatie tegen een persoon of een groep op de genoemde gronden in het goederen- en dienstenverkeer (art. 2 Antiracismewet), discriminatie op basis van de discriminatiegronden in de arbeidssfeer (art. 2bis Antiracismewet) en discriminatie van een persoon op diezelfde gronden door openbare officieren en ambtenaren in de uitoefening van hun ambt, of het op willekeurige

Uit het actieplan van het kernkabinet en uit de memorie van toelichting van het wetsvoorstel blijkt dat men van mening is dat de facultatieve ontzetting niet zou volstaan in de strijd tegen de racismeproblematiek.

wijze ontzeggen van de uitoefening van een recht of een vrijheid aan een persoon door diezelfde ambtenaren (artikel 4 Antiracismewet). Ten aanzien van al deze strafbare gedragingen geldt een vereiste van een algemeen opzet.

Het laatste type strafbaarstelling uit de Antiracismewet betreft – zoals vermeld – veeleer een 'hoedanigheid'. Het gaat daarbij om het 'behoren tot' of 'medewerking verlenen' aan een vereniging of groep die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in de omstandigheden van artikel 444 Sw. (art. 3 Antiracismewet). Dit artikel is eigenlijk een soort 'verzamel-artikel' dat dient om op indirecte wijze, namelijk via leden en medewerkers, groepen aan te pakken die zich schuldig maken aan inbreuken op basis van de Antiracismewet. Het 'verkondigen' van discriminatie en segregatie slaat als zodanig terug op de strafbaarstellingen uit artikel 1 lid 3 Antiracismewet, terwijl het 'bedrijven' ervan terugslaat op artikelen 2 en 2bis Antiracismewet. Evenals ten aanzien van de gedragingen geldt hierbij een algemeen opzet, men is strafbaar vanaf dat men wilens en wetens medewerking verleent aan een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk inbreuken pleegt op de Antiracismewet, het is daarbij niet noodzakelijk dat de vervolgte (rechts)persoon de doelstelling van de groep zou ondersteunen of dat hij zelf concrete activiteiten binnen de groep of verenigingen zou ontplooiën¹⁸.

6. De hoofdstraf voor inbreuk op artikelen 1 lid 3, artikel 2, artikel 2bis en artikel 3 Antiracismewet betreft een geldboete van 50 tot 1.000 euro (ver-

12 De enige uitzondering hierop betreft art. 2bis lid 1 Antiracismewet waarin sprake is van «zogenaamd ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit». Dit betreft evenwel een redactionele nalatigheid ten gevolge van een poging tot harmonisatie van de betreffende criteria bij een wetswijziging van 2003 (zie: Wet 20 januari 2003, B.S. 12 februari 2003. Err. B.S. 14 mei 2003).

13 Ook het opdracht geven tot discriminatie wordt beschouwd als discriminatie (art. 1 lid 2 Antiracismewet).

14 Zie uitvoerig: I. DELBROUCK, Aanranding van de eer of de goede naam van personen, in X. Postal *Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Brussel, Ced. Samsom, A15, 17. Zie specifiek in verband met de Antiracismewet: CGKR, *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 26-29.

15 Mogelijk is deze discussie beslecht door het Arbitragehof in zijn 'Antidiscriminatie-arrest' van 6 oktober 2004 (Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.S. 18 oktober 2004). Aangaande het vereiste morele element bij de zeer

gelijkaardige bepalingen uit de zogenaamde Antidiscriminatiewet stelt het Hof dat het moet gaan om een 'bijzonder opzet'. In de rechtsleer is gesteld dat er geen redenen zijn waarom deze interpretatie niet *mutatis mutandis* zou gelden voor art. 1 Antiracismewet. Zie: J. VELAERS, Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet, *T.B.P.* 2004, nr. 10, 610-611, randnr. 32.

16 Zie o.m.: W. VAN LAETHM, *Vademecum racismewet. Een beknopte bespreking van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden*, Brussel, Ministerie van binnenlandse zaken, 1996, 36; B. DEJEMPE, De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996, *Panopticon* 1996, 323; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, La lutte contre le racisme et la xénophobie, Bruxelles, Nemesi, 1992, 22-24; M. VAN NOOTEN, Niet elke racistische belediging valt onder racismewet, *Juristenkrant*, nr. 52, 25 juni 2002, 13; E. BOUTMANS, De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet, in M.-C. FOLETS, B. HUBEAU en F. TALHAOU (eds.), *Migratie-en Migrantenrecht. Recente*

ontwikkelingen II, Brugge, die Keure, 1996, 66. Zie anders: CGKR, Van integratie naar diversiteit, 20 jaar Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding. 1993-2003, Brussel, CGKR, 2004, 55.

17 Voor een overzicht van rechtspraak, zie: www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Voor rechtspraak waarin een bijzonder opzet wordt vereist, zie: Corr. Oudenaarde 24 mei 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Mechelen 20 september 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Neufchâteau 11 december 1995, *R.R.D.* 1996, nr. 77, 116. Corr. Luik, 22 juni 1993, *T. Vreemd.* 1993, afl. 3/4, 195, *J. Proc.* 1993, afl. 234, 29; Corr. Turnhout, 5 januari 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Turnhout 18 december 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

18 Zie kritisch: S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, De antiracismewet na het Vlaams-blokkarrest, *NJW* 2004, 729-733.

Er kunnen drie argumenten worden geformuleerd die erop wijzen dat de voorgestelde maatregel de proportionaliteitstoets niet doorstaat.

meerderd met de wettelijke opdecie) en een gevangenisstraf van een maand tot een jaar, 'of een van die straffen alleen'. In artikel 4 Antiracismewet wordt in zwaardere sancties voorzien, te weten een gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar¹⁹. Die huidige hoofdstraffen zijn het gevolg van een aanmerkelijke verzwaring in 1994²⁰. In de oorspronkelijke wet waren de straffen juist bewust matig gehouden²¹. In de parlementaire voorbereiding bij de wet werden voor deze voorkeur onder meer de volgende argumenten aangevoerd. Ten eerste wilde men niet «een soort quakerwetgeving tot stand (...) brengen die de kwalen, die zij wil bestrijden, in de hand werkt»²². Voorts bestond de vrees dat een overdreven bestraffing op weerstand zou stuiten bij de parketten en ten slotte ging men uit van een communicatieve eerder dan van een repressieve doelstelling²³.

7. De meer repressieve weg die men in 1994 – in vergelijking met de oorspronkelijke opzet van de wet – insloeg, was vooral ingegeven door de gebrekkige werking van de wet tot die tijd: men wenste door de strafverzwaring de parketten aan te zetten tot vervolging. In het parlement werd de ontwikkeling echter ook bekritiseerd. Zo werd er gewaarschuwd voor averechtse effecten en een teveel aan sociale controle²⁴. Ook in de rechtsleer klonken kritische geluiden. Zo trok Benoît Dejemeppe het veronderstelde causale verband tussen de zwaarwichtigheid van de strafmaat en de effectiviteit van de strafvervolgving in twijfel. De auteur vergeleek de gekozen koers met een situatie waarin een geneesheer de dosis medicijnen verhoogt zonder eerst een correcte diagnose te stellen, en vervolgens de doeltreffendheid van het gekozen geneesmiddel te onderzoeken²⁵.

Naast deze verzwaring van de hoofdstraf, heeft de wetgever het in 1999 mogelijk gemaakt om – ook ingeval van een eerste overtreding – als bijkomende straf de ontzetting op te leggen (artikel 5bis Antiracismewet)²⁶. De toelichting van destijds gaf aan dat het oogmerk van de maatregel bestond in de bescherming van het democratisch bestel²⁷. Tijdens de voorbereidingen werd door de leden van het (toenmalige) Vlaams Blok veel weerstand geboden tegen de invoering van deze strafbepaling. De partij voelde zich erdoor gevisieerd en achtte daarnaast de nieuwe strafmogelijkheid disproportioneel en in strijd met democratische waarden als vrije meningsuiting en tolerantie²⁸. Ter verantwoording werd door de indieners verwezen naar internationale bepalingen die beperkingen op de vrijheden mogelijk maken²⁹.

B. Negationismewet: misdrijven en straffen

8. De Negationismewet is beperkter van opzet dan de Antiracismewet en heeft enkel betrekking op bepaalde meningsuitingen. De wet omvat voorts maar één strafbaarstelling en wel voor de persoon die «onder één der omstandigheden bepaald bij artikel 444 van het Strafwetboek, de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, ontkent, schromelijk minimaliseert, poogt te rechtvaardigen of goedkeurt» (art. 1 Negationismewet). Aangaande het moreel element stelde het Arbitragehof bij grondwettelijke toetsing dat er ten aanzien van de strafbaar gestelde uitingen een (weerlegbaar) vermoeden geldt dat zij de bedoeling hebben om een «misdadige en de democratie vijandig gezinde ideologie in ere te willen herstellen en daarbij een of verschillende categorieën mensen ernstig te willen beledigen»³⁰.

Relevant is ten slotte dat de Negationismewet (hoogstwaarschijnlijk) binnen afzienbare tijd uitgebreid zal worden. Een door de regering ingediend wetsontwerp voorziet namelijk in een tamelijk ingrijpende uitbreiding van de strafbaarstelling³¹. Na de wijziging zal niet enkel – zoals in de huidige situatie – de ontkenning, schromelijke minimalisering, rechtvaardigingspoging of goedkeuring van de genocide door nazi-Duitsland strafbaar zijn, maar de

19 In het oorspronkelijke voorstel van de Antiracismewet waren alle strafmaten nog gelijk. In de loop van de besprekingen werden de straffen voor art. 4 echter verhoogd, met het oog op harmonisering met de straffen gesteld bij art. 151 Sw. (Parl. St. Kamer 1980-81, nr. 214/9, 21). In 1994 is de strafmaat gelijktijdig met de andere (verder) verhoogd.

20 Wet 12 april 1994 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, B.S. 14 mei 1994.

21 De straffen die na totstandkoming stonden op inbreuk op de verschillende artikelen, waren als volgt: art. 1 en 3 – een gevangenisstraf van 8 dagen tot 6 maanden en/of een geldboete van 26 tot 500 frank; art. 2 – een sanctie van 8 dagen tot 3 maanden en/of een geldboete 26 tot 200 frank; art. 4 – een gevangenisstraf van 15 dagen tot 1 jaar.

22 Parl. St. Kamer 1980-81, nr. 214/9, 9.

23 *Ibid.*, 9. Vgl. *Hand.* Senaat, 18 juli 1981, 2227. In de memorie van toelichting worden de (grotendeels analoge) argumenten ietwat anders geformuleerd: «Het christendom doet sedert twintig eeuwen en het rationalisme sedert twee eeuwen via de opvoeding een beroep op het geweten van de mens zonder dat zij er evenwel in geslaagd zijn hem door hun oproepen of acties te overtuigen.

Bijgevolg moet de afkeuring door de gemeenschap van de door racisme of xenofobie ingegeven concrete daden ook tot uiting komen in een gematigde bestraffing. Het is belangrijk op dit punt bij de bestraffing matiging te betrachten: bij de in de dertiger jaren in de Verenigde Staten ingevoerde prohibitie en de desbetreffende Quakerwetgeving moet worden aangetekend dat elke soortgelijke wetgeving zich tegen de wetgever kan keren en de kwalen die ze wil bestrijden, in de hand kan werken» (Parl. St. Kamer 1979, nr. 214/1, 3).

24 Parl. St. Senaat 1991-92, nr. 117/2, 8.

25 B. DEJEMEPE, *I.c.*, 321. Vgl. J. VELAERS, Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving, in X, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 308.

26 Wet 7 mei 1999 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden alsook de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is

gepleegd, B.S. 25 juni 1999.

27 Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1934/1, 2.

28 Zie o.m.: Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 4-39; Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1934/2; Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1934/3; Parl. St. Senaat 1998-99, nr. 1381/2, 2-3; *Hand.* Senaat, 30 april 1999, 7828-7832.

29 Meer bepaald werd verwezen naar art. 10 lid 2 EVRM; art. 29 UVRM en art. 5 § 1 IVBPR (Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 2).

30 Arbitragehof 12 juli 1996, B.7.8-10, B.S. 27 juli 1996. Zie o.m.: E. BREMS, Revisionismewet verenigbaar met vrije meningsuiting, *T. Vreemd.* 1996, 144-147; D. VOORHOOF, Noot onder Arbitragehof 12 juli 1996, *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 346-353; J. VELAERS, Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme, *C.D.P.K.* 1997, nr. 3, 573-581.

31 Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 28 november 2000 betreffende de informaticacriminaliteit, de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, en van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, Parl. St. Kamer 2003-04, nr. 51-1284/1.

ontkenning, etc. van *elke* «genocide of misdaden tegen de menselijkheid, zoals gedefinieerd door het internationaal recht en erkend door een definitieve beslissing van het internationaal militair Tribunaal, opgericht door het akkoord van Londen van 8 augustus 1945, of door enig ander Internationaal Tribunaal opgericht door internationale instrumenten en waarvan de bevoegdheid erkend is door België»³².

9. Hoe dan ook, momenteel bestaat de hoofdstraf voor inbreuk op de wet in een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en een geldboete van 26 tot 5000 euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen). In tegenstelling tot de Antiracismewet, biedt de Negationismewet hierbij de rechter niet de keuze om slechts één van deze straffen op te leggen³³. Wat betreft (uitdrukkelijk voorgeschreven) bijkomende straffen biedt de wet om te beginnen – evenals de Antiracismewet – de mogelijkheid om een veroordeelde overeenkomstig artikel 33 van het Strafwetboek tot de ontzetting te veroordelen (art. 1 lid 3 Negationismewet). In de oorspronkelijke wet was deze ontzetting slechts mogelijk in geval van recidive. Door de aanpassing van 7 mei 1999 is de sanctie ook mogelijk bij een eerste veroordeling³⁴. Naast de ontzetting kan (opnieuw facultatief) in geval van veroordeling wegens overtreding van de wet «worden bevolen dat het vonnis in zijn geheel of bij uittreksel in een of meer dagbladen wordt bekendgemaakt, alsmede dat het wordt aangeplakt, een en ander op kosten van de veroordeelde» (art. 2 Negationismewet)³⁵. In de Antiracismewet is geen vergelijkbare bepaling opgenomen, zodat bij toepassing daarvan deze bijkomende straf in beginsel niet kan worden opgelegd³⁶. Volgens bepaalde rechtsleer kan de maatregel wel worden opgelegd als een vorm van burgerlijk herstel of schadevergoeding³⁷, wat bij sommige toepassingen ook is gebeurd³⁸.

II. Verplichte ontzetting en haar rechtvaardiging

10. Tot zover de strekking van de beide wetten waarop de voorgestelde maatregel van toepassing zou zijn. In het volgende wordt het voorstel zelf nader toegelicht. Daarbij wordt om te beginnen de bijkomende straf van de ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten in algemene zin uiteengezet om vervolgens in te gaan op de specifieke strekking van het voorstel van verplichte ontzetting naar aanleiding van veroordeling op basis van de antiracismewetten.

A. Algemeen: ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten³⁹

11. De ontzetting uit bepaalde burgerlijke en politieke rechten – zoals omschreven door artikelen 31 tot en met 34 van het Strafwetboek – is een bijkomende criminele of correctionele straf. Als zodanig kan zij nooit afzonderlijk worden uitgesproken: zij moet altijd gekoppeld zijn aan een hoofdstraf⁴⁰. De rechten waarom het gaat, zijn de volgende: het recht om openbare ambten, bedieningen of betrekkingen te vervullen; het recht om verkozen te worden; het recht om enig ereteken te dragen of enige adellijke titel te voeren; het recht om gezworene of deskundige te zijn, als instrumentair of attesterend getuige bij akten op te treden⁴¹; het recht om in rechte te getuigen anders dan om enkel inlichtingen te geven; het recht om deel uit te maken van enige familierraad, geroepen te worden tot het ambt van voogd toeziende voogd of curator, behalve over hun eigen kinderen en op gunstig advies van de familierraad, of het ambt van gerechtelijk raadsman of voorlopig bewindvoerder uit te oefenen; het recht om wapens te dragen, deel uit te maken van de burgerwacht of te dienen bij het leger (art. 31 Sw.). De ontzetting werkt (uitsluitend) voor de toekomst⁴². De ontzetting kan levenslang zijn of tijdelijk. Bij tijdelijke ontzettingen gaat de uitgesproken termijn van de bijkomende straf in op de dag waarop de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan of op het ogenblik dat zijn straf verjaard is (art. 34 lid 1 Sw.). Dit wil echter niet zeggen dat de ontzetting pas vanaf dat tijdstip effect heeft, het tweede lid van artikel 34 Sw. bepaalt namelijk dat de ontzetting (ook) reeds haar gevolgen heeft met ingang van de dag waarop de op tegenspraak of bij verstek gewezen veroordeling onherroepelijk is geworden. De periode waarvoor de ontzetting geldt is als zodanig tweeledig. Een eerste periode loopt vanaf het ogenblik dat de veroordeling onherroepelijk is geworden tot dat de hoofdstraf is uitgevoerd of verjaard en de tweede periode begint op dat punt en loopt door voor de periode waarvan de termijn door de rechter werd vastgesteld⁴³. De *ratio legis* van deze 'tweeledigheid' is vooral om te voorkomen dat de gevolgen van de ontzetting reeds uitgedoofd zouden zijn op het moment dat de veroordeelde vrijkomt (in geval van detentie): indien de uitgesproken termijn al zou ingaan na het onherroepelijk worden van de uitspraak, dan zou het effect van de sanctie volledig verdwijnen, aangezien een veroordeelde tijdens zijn detentieperiode sowieso in de feitelijke onmogelijkheid verkeert om de meeste van zijn burgerlijke en politieke rechten uit te oefenen.

32 Ook het opschrift van de wet zou daarmee bij implicatie gewijzigd worden tot Wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van genocide.

33 Bij eventuele toepassing van verzachtende omstandigheden is dit wel mogelijk (o.b.v. art. 3 Negationismewet jo art. 85 Sw.).

34 In de toepassingspraktijk van de Negationismewet werd deze bijkomende straf opgelegd ten aanzien van Siegfried en Herbert V. Zij werden bij veroordeling in beginsel ook uit hun rechten ontzet voor een periode van 10 jaar. De zaak betrof een gecombineerde toepassing van de Antiracismewet en Negationismewet en is nog hangend in hoger beroep (Corr. Antwerpen 9 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

35 Ook deze bijkomende straf werd bij toepassing van de wet reeds bevolen (Corr. Brussel 7 november

2000, A.J.T. 2000-01, 497 met noot D. Voorhoof; AM 2000, nr. 4, 473). Het ging om integrale publicatie in *Le Soir* en *De Standaard*.

36 In het oorspronkelijke voorstel dat tot de wet heeft geleid was publicatie van het vonnis nog wel als een bijkomende straf opgenomen. In de uiteindelijke tekst werd het echter niet behouden.

37 CGKR, Aanpak discriminatie en racisme, 67.

38 Zie o.m.: Brussel 8 november 1991, CGKR, De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme, 129.

39 Zie o.m.: L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, Handboek Belgisch Strafrecht, Leuven, Acco, 1990, 385-388 en 727, nrs. 703-711 en 1343-1344; X, Interdiction des droits civils, in E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT en A. BEECKMAN, *Pandectes belges, encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, Brussel, Larici, 1882, 112-130; C. VAN DEN WYNGAERT,

Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht, Antwerpen, Maklu, 2003, 377-378 en 403.

40 L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 385, nr. 703.

41 Cass. 13 januari 1919, *Pas.* 1919, I, 54.

42 In tegenstelling bijvoorbeeld tot de 'afzetting' uit art. 19 Sw., waarbij de rechter aan een veroordeelde de titels, graden, openbare ambten, bedieningen en betrekkingen waarmee hij bekleed is met terugwerkende kracht afneemt. De afzetting is een bijkomende criminele straf die dus in principe enkel door de hoven van assisen kan worden uitgesproken.

43 Er is dus een onderscheid tussen enerzijds de (door de rechter uitgesproken) termijn van de ontzetting, en anderzijds het (eerdere) vertrekpunt van de effecten van de ontzetting (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 388, nrs. 709-710).

Ingeval een veroordeelde ten slotte voor de tenuitvoerlegging van zijn straf uitstel heeft verkregen overeenkomstig de Wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, dan gaat de ontzetting in beginsel in op de dag waarop het uitstel begint te lopen zolang dat niet wordt herroepen (art. 34 lid 3 Sw.)⁴⁴. Deze (recente) toevoeging dient om te voorkomen dat er bij uitstel ook sprake zou zijn van de bovengenoemde dubbele termijn. Dit laatste werd namelijk als onrechtvaardig beschouwd, daar iemand die tot een hoofdstraf zonder uitstel veroordeeld werd daardoor (in sommige gevallen) «uiteindelijk vlugger zijn burgerlijke en politieke rechten herkrijgt dan de persoon die door de mildheid van de rechter uitstel heeft bekomen»⁴⁵.

12. Het strafrecht kent twee stelsels inzake de ontzetting, een algemeen stelsel en een bijzonder stelsel. In het algemene stelsel is de ontzetting al naar gelang de aard van de *de facto* uitgesproken straf verplicht of facultatief⁴⁶, levenslang of tijdelijk en geldt zij voor het geheel of slechts een gedeelte van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten. Meer bepaald is de ontzetting bij *criminele straffen* verplicht, levenslang en slaat zij op het geheel van de rechten uit artikel 31 Sw. Bij *correctionele straffen* daarentegen kan de ontzetting slechts worden uitgesproken in gevallen die bij wet worden bepaald (art. 33 Sw.)⁴⁷. In dat geval is zij facultatief⁴⁸, tijdelijk (5 tot 10 jaar)⁴⁹, en slaat op het geheel of een deel van de rechten uit artikel 31 Sw.⁵⁰ Ingeval van bestraffing met *politiestraffen* – ten slotte – kan de ontzetting in beginsel niet worden uitgesproken (art. 7 Sw.). Hetzelfde geldt indien de correctionele hoofdstraf – door het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden – verminderd wordt tot een politiestraf⁵¹. Met andere woorden: wanneer er op een misdrijf in beginsel een correctionele straf staat en wanneer de strafbaarstelling bovendien voorziet in een (facultatieve) ontzetting als bijkomende straf, dan kan deze bijkomende straf onder het algemene stelsel niet worden opgelegd wanneer in een concreet toepassingsgeval verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen, als het misdrijf daardoor althans ‘gecontraventionaliseerd’ wordt⁵².

13. In het bijzondere stelsel, of beter in de bijzondere stelsels, wordt de ontzetting gekoppeld aan specifieke strafbaarstellingen of misdrijven op een wijze die afwijkt van het algemene stelsel. Artikel

378 Sw. bepaalt bijvoorbeeld dat schuldigen aan misdrijven betreffende aanranding van de eerbaarheid en verkrachting (ook) veroordeeld worden tot de ontzetting uit de rechten genoemd in artikel 31, 1°, 3°, 4° en 5° Sw. In deze gevallen vervangt het bij het specifieke misdrijf voorgeschreven regime de algemene regels met toepassing van het adagium *lex specialis derogat legi generali*⁵³. Degene die dus veroordeeld wordt voor een misdrijf in relatie tot verkrachting of aanranding van de eerbaarheid, zal altijd ontzet moeten worden uit de rechten die in artikel 378 Sw. genoemd worden, ongeacht de zwaarte van de *de facto* uitgesproken criminele straf⁵⁴. Ook ingeval van ‘correctionalisering’ van de (hoofd)straf voor feiten vallend onder artikel 378 Sw. zal nog altijd de ontzetting uitgesproken moeten worden, gezien het bijzondere stelsel als voorgeschreven bij de betreffende strafbaarstelling⁵⁵.

B. Ontzetting als bijkomende straf in de antiracismewetten

14. Binnen de antiracismewetten wordt voor (vrijwel) alle misdrijven in correctionele straffen voorzien⁵⁶. Hierbij geldt momenteel – binnen het algemene stelsel – een bij wet voorgeschreven, facultatieve mogelijkheid tot het uitspreken van de ontzetting uit het geheel van de burgerlijke en politieke rechten als bijkomende straf, zelfs bij een eerste veroordeling. Die huidige situatie is op zich al tamelijk uitzonderlijk.

Uit het actieplan van het kernkabinet en uit de memorie van toelichting van het bovengenoemde wetsvoorstel blijkt echter dat men van mening is dat deze facultatieve ontzetting niet zou volstaan in de strijd tegen de racismeproblematiek. Zowel de regering als enkele parlementariërs zijn gewonnen voor een verplichte ontzetting naar aanleiding van een veroordeling op basis van zowel de Antiracisme- als de Negationismewet. Dit zou – op basis van het voorstel – meer bepaald inhouden dat de rechter verplicht zal zijn om bij elke veroordeling op grond van de antiracismewetten, als bijkomende veroordeling de ontzetting uit het geheel van de burgerlijke en politieke rechten uit artikel 31 Sw. uit te spreken. Bij het uitspreken van deze bijkomende straf sluit het voorstel verder uitdrukkelijk elke mogelijkheid van probatie, uitstel of opschorting van het vonnis uit, alsook het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden⁵⁷. Belangrijk ook is dat de strafrechter verplicht is de ontzetting uit te spreken voor een termijn van 5 jaar en voor het geheel van

44 Dit lid is toegevoegd bij art. 380 Wet 22 december 2003 (B.S. 31 december 2003). Vanaf 10 januari 2004 is het van toepassing, ook (met terugwerkende kracht) voor de veroordeelde personen die uitstel genieten of genoten hebben (art. 381 Wet 22 december 2003).

45 Parl. St. Kamer 2003-04, nr. 51-473/1, 178. De wijziging werd ook doorgevoerd om een einde te maken aan de rechtsonzekerheid, omdat bepaalde rechtspraak deze interpretatie reeds volgde, terwijl andere rechtspraak wel de dubbele termijn hanteerde.

46 Er wordt ook wel eens gesproken van een *automatische* ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten. Strikt genomen is dit evenwel onjuist. In tegenstelling tot wat de term ‘automatisch’ zou (kunnen) doen vermoeden, is de ontzetting geen wettelijk gevolg van de veroordeling. Het gaat om een bijkomende straf die door de rechter uitgesproken moet worden. Zelfs ingeval van een verplichte ontzetting zal een veroordeelde dus aan de bijkomende straf ontsnappen wanneer de rechter nalaat om deze uit

te spreken (Vgl. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 385, nr. 703).

47 Cass. 3 januari 1984, A.C. 1983-84, 491; R.W. 1984-85, 45; R.D.P. 1985, 471.

48 Tenzij een concrete strafbaarstelling anders bepaalt, maar in dat geval geldt het bijzondere stelsel.

49 Cass. 5 april 1976, Arr. Cass. 1976, 899.

50 Hetzelfde geldt indien voor misdaden waarop, door de aanneming van verzachtende omstandigheden een *de facto* correctionele hoofdstraf werd toegepast (art. 84 Sw.). Zie: C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., 377.

51 L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 386, nr. 705.

52 Als de aanneming van verzachtende omstandigheden bij een wanbedrijf *niet* de contraventionalisering tot gevolg heeft, dan kan de bijkomende straf wél worden opgelegd, wanneer althans de ontzetting voorgeschreven of toegelaten is. De bijkomende straf is dan facultatief en tijdelijk (1 tot 5 jaar) (art. 85 Sw.).

53 L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 386-387, nr. 706.

54 *Ibid*, 387, nr. 706.

55 Zie ook: Cass. 9 maart 1925, Pas. 1925, I, 171; Cass. 29 september 1992, A.C. 1991-92, 1148.

56 De enige uitzondering hierop wordt gevormd door art. 4 lid 5 Antiracismewet. In de betreffende bepaling wordt voorzien in een criminele straf (opsluiting van tien tot vijftien jaar). Het gaat daarbij echter niet zozeer om een strafbaarstelling met een direct verband tot racistische daden, maar om een *mutatis mutandis* toepassing van de beginselen en straffen uit artikel 154 Sw., waarbij het gaat om kwaadwillig of bedrieglijk gebruik van een valse handtekening van een openbaar ambtenaar (Vgl. art. 193, 194, 196, 197, 213 en 214 Sw.).

57 Parl. St. Kamer 2003, nr. 51-185/1, 5. In zowel de Antiracisme- als de Negationismewet zou op grond van het voorstel uitdrukkelijk worden bepaald dat «de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie en (...) artikel 85, vierde lid, van het Strafwetboek, zijn niet toepasselijk op deze straf» (*Ibid*, 6).

de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten. Het is de strafrechter niet meer toegestaan om binnen de grenzen van de wet voor een bepaalde duur en voor de ontzetting uit een deel van de in artikel 31 Sw. opgesomde rechten te opteren.

Door middel van deze maatregel zou inzake de ontzetting in de antiracismewetten een bijzonder stelsel komen te gelden. Hierbij zal de bijkomende straf bij alle toepassingen van de wet onverkort moeten worden uitsproken; bijvoorbeeld ook indien verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen ten aanzien van de hoofdstraf; zelfs als dit leidt tot contraventionalisering.

15. Samengevat kan het volgende worden vermeld over de specifieke kenmerken van de voorgestelde strafverzwaring in de antiracismewetten. Ten eerste, heeft zij betrekking op een grote verscheidenheid aan strafbaarstellingen. De voorgestelde maatregel treft racistische meningsuitingen, het bedrijven van discriminatie in het goederen- en dienstenverkeer, discriminatie in de arbeidssfeer, discriminatie door openbare officieren en ambtenaren in de uitoefening van hun ambt, behoren tot of medewerking verlenen aan een vereniging of groep die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt, en tot slot het ontkennen, schromelijk minimaliseren of rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd. Karakteristiek aan het voorgestelde regime zelf is daarnaast het sterk uniform en verplichtend karakter ervan: de ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten is altijd verplicht en geldt voor een vaste termijn, ook geldt zij voor alle in artikel 31 Sw. opgesomde rechten.

16. Het brede bereik en het uniform verplichte karakter van de voorgestelde maatregel doet vermoeden dat de indieners van het voorstel ervan overtuigd zijn dat van elke inbreuk op de antiracismewetten een zodanig gevaar uitgaat dat een tijdelijke, verplicht door de rechter op te leggen uitsluiting van participatie- en representatierechten binnen zowel het politieke, professionele als familiale leven gepast is.

Een uitgebreide verantwoording voor deze overtuiging is evenwel niet in het wetsvoorstel terug te vinden. Met enige goede wil kan uit het voorstel echter een rechtvaardiging worden gedestilleerd die zich grofweg laat opdelen in drie stappen.

In een *eerste* stap wordt verwezen naar een algemeen legitiem beleidsdoel dat aan de antiracismewetten ten grondslag ligt. De omzetting van een facultatieve naar een verplichte ontzetting strekt «tot de bestrijding van daden die de democratie ernstige schade kunnen toebrengen». Plegers van racistische en negationistische delicten vormen naar het oordeel van de indieners «een ernstige bedreiging voor het democratische bestel door de vrijheden waarvoor dat bestel garant staat, voor niet-democratische doeleinden te misbruiken»⁵⁸.

In een *tweede* stap wordt uit beleidsdoel en omstandigheden de ontoereikendheid van de bestaande facultatieve ontzetting afgeleid, alsook de pertinentie en noodzaak van de voorgestelde maatregel. «Gelet op politieke gebeurtenissen die zich recent in Europa en België hebben voorgedaan» is het «belangrijk en noodzakelijk», zo luidt het, om «het bestaan

Bij toepassing van de Antiracismewet en de Negationismewet is er een grote verscheidenheid van graden van ernst, die een verschil in bestraffende behandeling rechtvaardigen.

de instrumentarium nog aan te scherpen»⁵⁹. De huidige facultatieve aard van de 'ontzetting' bij toepassing van deze wetten zou daarom niet volstaan: «dergelijke personen (...) moet (...) ook de uitoefening van bepaalde rechten, waaronder de politieke rechten, worden ontzegd (...)»⁶⁰. Het zou verder, in afwijking van de huidige mogelijkheden, noodzakelijk zijn deze straf onverkort uit te voeren, zodat de straf zou moeten gelden «zonder enige mogelijkheid tot toepassing van opschorting van het vonnis, van uitstel of van verzachtende omstandigheden»⁶¹. In een *derde* stap wordt de evenredigheid van de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten geponeerd. De indieners van het voorstel rechtvaardigen de beperking van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting die voortvloeit uit de verstrenging van het bestraffingsregime, door te verwijzen naar artikel 10 lid 2 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Daarin staat dat beperkingen kunnen worden opgelegd, als daarin bij wet werd voorzien en zo die noodzakelijk zijn voor het voortbestaan van de democratische samenleving. Dienaangaande stellen de indieners dat de maatregel inderdaad dient om «de democratie te beschermen tegen daden die haar ernstige schade kunnen toebrengen» en die ernstige schade dreigt – zoals vermeld – volgens indieners aan de democratie te worden toegebracht door plegers van racistische delicten.

17. Op verschillende punten is deze 'rechtvaardiging' van de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten voor discussie vatbaar. Tegenstanders van de antiracismewetgeving zullen wellicht vragen stellen bij de gedachte dat racistische meningsuitingen (per definitie) een ernstige bedreiging van een democratisch bestel uitmaken. Anderen zullen zich afvragen of het aanscherpen van het bestraffingsarsenaal het plegen van racistische en negationistische feiten daadwerkelijk zal ontmoedigen⁶². Binnen het bestek van deze bijdrage richten we ons echter vooral op de laatste stap van de redenering. We stellen dus niet de premisse van de indieners in vraag dat het criminaliseren van racistische en negationistische gedragingen en uitingen noodzakelijk is in een democratische samenleving vanwege het risico van ernstige schade aan datzelfde bestel. We richten ons slechts op het feit dat zij uit deze premisse (o.i. verkeerdelijk) afleiden dat de verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten – en eigenlijk gelijk welke strafverzwaring – daarmee ook gerechtvaardigd is, en zonder meer 'noodzakelijk in een democratische samenleving' in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM.

18. Vooreerst valt hierbij op te merken dat de indieners de antiracismewetten kennelijk enkel be-

58 *Ibid.*, 4.

59 *Ibid.*, 5.

60 *Ibid.*, 4.

61 Zie ook: Cass. 9 maart 1925, *Pas.* 1925, I, 171; Cass.

29 september 1992, A.C. 1991-92, 1148.

62 Zie over de Negationismewet: K. RAES, *Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing*, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 31-77

(vgl. K. RAES, *Controversiële rechtsfiguren. Rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent, Academia Press, 2001, 51-96). Over de Antiracismewet, zie in dit verband: S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *I.c.*, 731-733.

De verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten voor willekeurig welke inbreuk op de antiracismewetten valt moeilijk te verzoenen met een strafrechtspleging die de aspiraties van een democratische rechtsstaat ernstig neemt.

schouwen als betrekking hebbend op meningsuitingen: alleen voor de beperking van de uitingsvrijheid wordt een rechtvaardiging aangevoerd. Dat is opmerkelijk. De Negationismewet beperkt weliswaar vooral, zo niet uitsluitend, de vrijheid van meningsuiting, maar de Antiracismewet viseert zeker niet alleen, of zelfs maar in hoofdzaak, meningsuitingen. Bij de toetsing zal dit verwaarloosde feit dan ook steeds betrokken moeten worden.

Wat er bij de concrete toetsing – afgezien van deze nalatigheid – voorts ontbreekt, is een inhoudelijke (dubbele) legitimiteitstest van de maatregel. *Ten eerste* hebben de indieners nagelaten te controleren of de voorgestelde verplichte ontzetting wel verenigbaar is met het klassieke – met retributieve rechtvaardigheid verweven – strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel. *Ten tweede* hebben de voorstanders van de verplichte ontzetting nagelaten om te controleren of deze strafmaatregel zelf wel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Zij hebben niet aangetoond dat de maatregel en de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting en de overige vrijheden die eruit voortvloeien, wel evenredig zijn met het beoogde doel⁶³.

19. In wat volgt wordt de voorgestelde omzetting van een facultatieve in een verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten aan deze dubbele legitimiteitstoets onderworpen. Deze toets lijkt in het bijzonder op haar plaats vanwege het feit dat de straffen in de antiracismewetten reeds herhaaldelijk verzwaard zijn. Uit de toetsing zal blijken dat de voorgestelde maatregel er niet in slaagt om het antiracismebeleid in evenwicht te houden met beginselen van een behoorlijke en rechtsstatelijke strafrechtspleging.

Bij doorvoering van de maatregel komt de overheid mogelijk zelfs in aanvaring met haar internationale verplichtingen, of dreigt zij – eerder nog – buiten de grenzen van de grondwettigheid te treden. Bij de parlementaire discussie rondom de voorgestelde verplichte ontzetting moet men met andere woorden voor ogen houden dat de kans bestaat dat de

maatregel vernietigd zal worden door het Arbitragehof.

III. Het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel en de verplichte ontzetting

20. Hoewel niet uitdrukkelijk vastgelegd in één of andere wettelijke bepaling, wordt het proportionaliteitsbeginsel, naast het legaliteitsbeginsel en het schuldbeginnel beschouwd als één van de basisbeginselen van een klassieke, rechtsstatelijke strafrechtspleging⁶⁴. De plicht om de aard en de maat van de straf in proportionaliteit te brengen met de ernst van het delict en de ernst van de criminele schuld, wordt immers geacht een belangrijke rechtsbeschermende dimensie te hebben⁶⁵. Tezamen met het legaliteits- en schuldbeginnel behoedt het proportionaliteitsbeginsel de justitiabele tegen willekeurig bestraffend optreden. De erkenning als volwaardig rechtsbeschermingsbeginsel impliceert niet alleen dat het beginsel deel uitmaakt van het feitelijk geldende strafrecht. Genoemd beginsel functioneert bovendien als een kritische standaard waaraan de legitimiteit van een wettelijke gestipuleerde of door de rechter uitgesproken straf moet worden getoetst⁶⁶.

Bij de toetsing van het voorstel aan het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel, maken we een onderscheid tussen een interne en een externe vergelijking. Bij de eerstgenoemde wordt bezien of de bijkomende straf proportioneel is, vergeleken met andere strafbaarstellingen waarvoor een verplicht 'ontzettingsregime' geldt *buiten* de antiracismewetten. Bij de 'interne' vergelijking wordt daarentegen bezien of de verplichting van de bijkomende strafmaatregel proportioneel kan worden geacht binnen (de toepassing van) de antiracismewetten zelf.

A. Externe vergelijking

21. Aan de hand van een vergelijking tussen de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten in de context van de antiracismewetten, enerzijds, en een vergelijkbaar regime buiten de antiracismewetten, anderzijds, kunnen drie argumenten worden geformuleerd die erop wijzen dat de voorgestelde maatregel de proportionaliteitstoets niet doorstaat.

22. Een *eerste* argument vertrekt vanuit de vaststelling dat de bij bijzonder stelsel verplichte ontzettin-
gen erg uitzonderlijk zijn in het Belgisch strafrecht. Voor zover bekend, wordt een verplichte ontzetting – in afwijking van het algemene stelsel – in het strafrecht voorgeschreven door artikelen 298, 312, 378 en 382 lid 1 Sw.⁶⁷ en door artikel 77bis § 4 Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de

63 Ook voor deze laatste toets wordt vaak de term 'proportionaliteitstest' gebruikt. Ter onderscheiding van deze grondrechtelijke test van de strafrechtelijke proportionaliteitstest (die een ander voorwerp heeft), wordt hier voor de grondrechtelijke toetsing (enkel) de term 'evenredigheidstest' gebruikt.

64 L. DUPONT en C. FIJNAUT, Belgium, in L. DUPONT en C. FIJNAUT (eds.); R. BLANPLAIN (gen. ed.), *International Encyclopaedia of Laws. Criminal Law*, Deventer, Kluwer Law International, 1992, losbl., 51, nr. 82; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gent, Hoste, 1879, I, 43-50, nrs. 75-90.

65 L. DUPONT, Beginselen van behoorlijke

strafrechtsbedeling: bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht, Antwerpen, Kluwer, 1979, 237p.

66 Voor een uiterst boeiende bijdrage omtrent invulling en bereik van het proportionaliteitsbeginsel, zie D. GARDNER, Crime in Proportion and Perspective, in A.J. ASHWORTH (ed.), *Fundamental Principles of Sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 31-52. Voor een scherpe kritiek op het proportionaliteitsbeginsel, zie J. BRAITHWAITE en P. PETTIT, *Not Just Deserts: a republican theory of criminal justice*, Oxford, Clarendon, 1990, 156-202.

67 Eventueel kan in het kader van het Strafwetboek nog verwezen worden naar artikel 123sexies § 2 Sw.

Strikt genomen gaat het daarin echter niet om een verplichte ontzetting uit de rechten, maar om een verplichte (tijdelijke) vervallenverklaring van (alle of een deel van) de betreffende rechten (alook enkele andere rechten, als opgesomd in art. 123sexies § 1 Sw.). Het betreffende artikel is voorts totstandgekomen in de repressiesfeer na de oorlog, zodat de uitzonderlijke aard daarvan algemeen erkend wordt. Ook heeft het betrekking op uitzonderlijk zware feiten, van misdaden en wanbedrijven tegen de uitwendige veiligheid van de staat *in oorlogstijd*: voor dezelfde feiten buiten oorlogstijd geldt de verplichte vervallenverklaring niet.

verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet)⁶⁸.

In al deze gevallen gaat het echter om uitzonderlijk zware feiten. Zo gaat het bij de eerste twee strafbaarstellingen (art. 298 en 312 Sw.) weliswaar om wanbedrijven, maar betreft het wel de specifieke ('verzwarende') omstandigheid waarin deze gepleegd worden door (welbepaalde) overheidsfunctionarissen. In dergelijke gevallen is een zwaardere straf altijd gebruikelijk: de belangen en te beschermen rechtsgoederen die in de publiekrechtelijke sfeer in het geding zijn, zijn immers niet dezelfde als in privaatrechtelijke verhoudingen. Dit blijkt ook uit de betrokken strafbaarstellingen: voor dezelfde misdrijven – begaan door private personen – wordt de ontzetting niet beschouwd als een verplichte, maar als een facultatieve bijkomende straf (art. 297 en 311 Sw.)⁶⁹.

Wat betreft de overige artikelen is het niet zozeer de hoedanigheid van de pleger die het misdrijf zijn zware karakter verleent, maar de feiten op zich: artikel 378 Sw. heeft betrekking op misdrijven inzake aanranding van de eerbaarheid en verkrachting (Boek II, Titel VII, Hoofdstuk V Sw.), artikel 382 lid 1 Sw. viseert misdrijven inzake bederf van de jeugd en prostitutie (Boek II, Titel VII, Hoofdstuk VI Sw.) en in artikel 77bis § 4 Vreemdelingenwet gaat het om feiten waarbij men van mensenhandel een gewoonte maakt (al dan niet in verenigingsverband). Het gaat – met andere woorden – in alle gevallen om misdrijven met een vrijwel intrinsieke verbondenheid met de fysieke integriteit van een persoon. Als hoofdstraffen wordt terzake dan ook overwegend in criminele straffen voorzien, waarbij men bij correctionalisering – vanwege de intrinsiek zware aard van de betrokken misdrijven – toch de ontzetting als bijkomende straf wil behouden⁷⁰.

Gelet op het feit dat *niet elke* inbreuk op de antiracismewetten zich in graad van ernst kan meten aan de

hierboven vermelde strafbaarstellingen, dringt de conclusie zich op dat de voorgestelde maatregel op dit punt de proportionaliteitstoets niet lijkt te doorstaan⁷¹.

23. Een *tweede* argument om tot de disproportionaliteit van de voorgestelde maatregel te besluiten, trekt vanuit de vaststelling dat de misdrijven uit de artikelen 298, 312, 378 en 382 lid 1 Sw. en artikel 77bis § 4 Vreemdelingenwet zonder uitzondering duidelijk omschreven gedragingen betreffen. Datzelfde kan bezwaarlijk gesteld worden ten aanzien van een aantal van de strafbaarstellingen in de antiracismewetten.

Sterker nog, enkele elementen en bepalingen uit de zogeheten Antidiscriminatiewet⁷², die vrijwel letterlijk gekopieerd waren uit de Antiracismewet, zijn recentelijk zelfs door het Arbitragehof vernietigd, onder meer wegens strijdigheid met het legaliteitsbeginsel⁷³. Zo vernietigde het Hof de strafbaarstelling van publiciteit geven aan een voornemen tot discriminatie, segregatie, haat of geweld⁷⁴. Ook de strafbaarstelling van het bedrijven van discriminatie door een ambtenaar of een openbare officier moest eraan geloven⁷⁵. Vanuit het legaliteitsbeginsel legde het Hof ten aanzien van enkele andere begrippen en bepalingen zeer restrictieve interpretaties op. Het Hof vereiste bijvoorbeeld een 'bijzonder opzet' alvorens racistische meningsuitingen als een strafbaar 'aanzetten tot' kunnen worden gekwalificeerd. 'Aanzetten tot discriminatie' mocht verder volgens de rechters uitsluitend begrepen worden als het aanzetten tot *directe* discriminatie en niet tot *indirecte* discriminatie⁷⁶.

Dit alles betekent geenszins dat de analoge bepalingen uit de Antiracismewet in feite ongrondwettig zouden zijn⁷⁷. Het betekent echter wel dat de betreffende bepalingen in hun huidige situatie een zekere spanning opleveren met het legaliteitsbeginsel⁷⁸.

68 B.S. 31 december 1980. Herhaaldelijk gewijzigd, laatste wijziging bij Wet 22 december 2003 (B.S. 31 december 2003). De betreffende verplichte ontzetting is ingevoerd bij Wet 13 april 1995 houdende bepalingen tot de bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie (B.S. 25 april 1995; err. B.S. 17 juni 1995 en 6 juli 1995). Zie ook: V. VAN DEN ECKHOUT en M.-C. FOLETS, Migratiecontrole, sancties en dwangmaatregelen. Een artikelsgewijze doorlichting van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (de vreemdelingenwet), in B. HUBEAU en M.-C. FOLETS (eds.), *Migratie en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, die Keure, 1999, 372-373.

69 Binnen de Antiracismewet wordt dit principe ook impliciet erkend, in de zwaardere strafmaat die geldt voor schending van art. 4, in vergelijking met inbreuken op de overige artikelen van de wet.

70 Voorzover het gaat misdrijven waarop correctionele straffen staan, zal bij het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden de bijkomende straf wél facultatief worden o.b.v. art. 85 Sw.

71 Dat wil niet zeggen dat er geen inbreuken op de antiracismewetten denkbaar zijn (of zelfs reeds hebben plaatsgevonden) die van een vergelijkbare ernst zijn. Voor het merendeel is dit echter niet het geval.

72 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.

73 Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.S. 18 oktober 2004. Zie uitvoerig: J. VELAERS, Het

Arbitragehof en de antidiscriminatiewet, *l.c.*, 601-614.

74 Voormalig art. 6 § 1, 2de streepje Antidiscriminatiewet. Zie: Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.60, B.S. 18 oktober 2004. Het Hof vernietigde deze bepaling overigens niet (direct) op basis van het legaliteitsbeginsel, maar wegens het feit dat de bepaling de vrijheid van meningsuiting te zeer zou beknotten.

75 Voormalig art. 6 § 2 Antidiscriminatiewet. Zie: Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.21, B.S. 18 oktober 2004.

76 Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.55, B.S. 18 oktober 2004.

77 Sterker nog, het tegendeel kan beweerd worden. Het arrest van het Arbitragehof bevat passages waaruit kan worden afgeleid dat de vernietiging van de betreffende bepalingen in de Antidiscriminatiewet, niet de ongrondwettigheid van de analoge bepalingen in de Antiracismewet met zich meebrengt. Zo stelt het Hof ten aanzien van (voormalig) art. 6 § 1, 2de streepje Antidiscriminatiewet uitdrukkelijk dat het verbod ongrondwettig is «doordat het verwijst naar de discriminatiegronden» uit de betreffende wet (Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.60, B.S. 18 oktober 2004). Daaruit kan men wellicht *a contrario* afleiden dat hetzelfde *niet* geldt voor de discriminatiegronden uit de Antiracismewet, temeer daar die laatste wet een uitdrukkelijke grondslag heeft in het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (waar een dergelijke grondslag voor de analoge bepalingen in de Antidiscriminatiewet ontbrak: de Europese richtlijnen waarvan die wet (deels) een omzetting vormt, vereisen noch een strafrechtelijke

aanpak, noch een aanpak van meningsuitingen in het algemeen).

78 Wegens gebrek aan ruimte kunnen we de legaliteitsproblemen met de overige bepalingen hier niet verder uitwerken. Zie evenwel *in extenso* over de problemen met artikel 3 Antiracismewet: J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de Antiracismewet, *T. Vreemd.* 2004, nr. 2, 89-112. Over de legaliteitsproblemen die verbonden zijn aan het strafrechtelijke gebruik van het begrip 'discriminatie', zie o.m.: J. VELAERS, De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 322-326; P. POPELIER, Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 267-269; D. VOORHOOF, De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 185-188; T. VANDER BEKEN, Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 271. Zie ook het advies van de Raad van State bij de Antidiscriminatiewet: *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/4, 4; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1578/2, 5-6.

Vanuit een bezorgdheid voor een proportionele straftoemeting, moet een dergelijke spanning wel gecompenseerd of overbrugd worden door een bestraffingsregime dat een flexibele straftoemeting door de strafrechter toelaat. Het is echter juist op dit punt dat de voorgestelde maatregel tot verplichte ontzetting faalt, waardoor het regelrecht in conflict komt met het strafrechtelijk proportionaliteitsbeginsel.

Eenzelfde redenering kan worden gemaakt voor de Negationismewet. In contrast met de antiracismewet is hier weliswaar geen grote diversiteit in de strafbaarstellingen, maar de bepalingen zijn daarom nog niet minder vaag. In de rechtsleer bestaat bijvoorbeeld nogal wat discussie omtrent de betekenis van het 'schromelijk minimaliseren', 'pogen te rechtvaardigen' en 'goedkeuren' van de genocide van het nazi-regime. De kritiek op de vaagheid van deze termen zal *a fortiori* gelden bij de aanstaande doorvoering van uitbreiding van de strafbaarstelling tot het ontkennen (etc.) van elke (erkende) genocide. Ook hier doorstaat het voorstel tot verplichte ontzetting vanwege de rigiditeit ervan de proportionaliteitsstoets niet. De spanning tussen de vage delictomschrijvingen en het legaliteitsbeginsel vereist dat de rechter voldoende vrijheid krijgt om – afhankelijk van de aard van de gepleegde feiten – tot een proportionele straf te kunnen komen. Het voorgestelde, verplichte strafregime herleidt daarentegen die beoordelingsmarge juist tot een nulpunt, althans wat betreft de bijkomende straf van de ontzetting.

24. Een *derde* argument dat bij externe vergelijking duidt op de disproportionaliteit van de maatregel, is gelegen in de specifieke juridische aard van de voorgestelde maatregel zelf. De voorgestelde verplichte ontzetting sluit uitdrukkelijk elke mogelijkheid van probatie, uitstel of opschorting van het vonnis uit, alsook het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden⁷⁹.

Dit heeft onder meer tot gevolg dat de bijkomende straf onverkort zal gelden bij het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden ten aanzien van de hoofdstraf. De bijkomende straf zou zelfs verplicht blijven indien de verzachtende omstandigheden contraventionalisering ten gevolg zouden hebben. Bij *geen* van de andere artikelen is dat het geval: op basis van artikel 85 Sw., dat van toepassing is op alle bovenstaande verplichte ontzettingen, geldt bij het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden ten aanzien van de hoofdstraf in correctionele zaken dat zelfs een verplichte ontzetting daardoor facultatief wordt, *a fortiori* indien de straf daardoor gecontraventionaliseerd zou worden.

B. Interne vergelijking

25. Aangaande de interne vergelijking moet vooral worden gewezen op de grote diversiteit aan toepassingsgevallen en –mogelijkheden naar aanleiding van beide antiracismewetten. Zoals vermeld zorgen de open delictomschrijvingen van de afzonderlijke

strafbaarstellingen in de antiracismewetten voor een spanning met het legaliteitsbeginsel. Diezelfde vaag- en openheid van de betreffende bepalingen maken in de praktijk dat er heel wat feiten onder kunnen worden gebracht die sterk verschillen in graad van ernst en zwaarwichtigheid.

Overlopen we bijvoorbeeld de rechtspraak naar aanleiding van artikel 1 van de Antiracismewet, dan vinden we daar feiten zo gevarieerd als het uiten van enkele racistische beledigingen na een auto-ongeluk, waarbij de betrokkenen wederzijds verwickeld raakten in een dispuut⁸⁰, tot het – via een intercom-systeem in een warenhuis – oproepen om een persoon met een zwarte huidskleur collectief in elkaar te slaan⁸¹. Voor de overige artikelen van de Antiracismewet geldt hetzelfde⁸². Ook bij toepassingen van de Negationismewet is er een grote verscheidenheid van graden van ernst, die een verschil in beteugelende behandeling rechtvaardigen⁸³. Zo verschilt het (eenmalig) ter verkoop neerleggen van een tijdschrift waarin (mede) negationistische ideeën worden verdedigd⁸⁴ sterk van het stelselmatig en op grote schaal produceren, publiceren en verspreiden van allerhande negationistische en racistische geschriften⁸⁵.

26. Inbreuken op de antiracismewetten *kunnen* in voorkomend geval zeker dermate zwaarwegend of relevant zijn om een ontzetting uit de rechten te wettigen. In dit opzicht volstaat echter de – zoals vermeld reeds tamelijk uitzonderlijke – (facultatieve) mogelijkheid waarover de rechter momenteel beschikt. De strafrechter is het best geplaatst om in een concreet geval te oordelen of de situatie, rekening houdend met de bijzonderheden van het geval en het rechtssysteem als geheel, vraagt om een dergelijke bijkomende sanctie. Het *verplicht* uitspreken van de bijkomende straf leidt tot een mate van inflexibiliteit die alleen maar kan leiden tot onrechtvaardige en disproportionele gevolgen bij toepassing van de antiracismewetten. Bij invoering van de voorgestelde maatregel wordt de strafrechter immers verplicht om – in weerwil van de grote variatie aan strafbaarstellingen en veroordelingen op grond van de betreffende wetten – in alle gevallen de ontzetting uit te spreken, zonder daarbij nog de graad van schuld van de veroordeelde tot uitdrukking te kunnen brengen. Vanuit een dergelijke situatie zou wellicht een sterk afschrikkingseffect uitgaan, maar zij ziet en gebruikt de persoon van de veroordeelde louter als middel, en ontkent hem als volwaardig menselijk persoon.

27. Ook tegen de achtergrond van de huidige ontwikkeling in de richting van een meer communicatieve bestraffing stuit de maatregel op bezwaren⁸⁶. De inflexibiliteit van de voorgestelde maatregel leidt ertoe dat afbreuk wordt gedaan aan de communicatieve werking van de straf⁸⁷. Een strafmaatregel die niet toelaat om op een gepaste manier de ernst van het misdrijf te reflecteren, biedt geen adequaat communicatief kader waarin de dader wordt aangesproken om in te zien waarin hij is tekortgeschoten. Ook hierbij geldt dat men wel degelijk met recht kan

79 Parl. St. Kamer 2003, nr. 51-185/1, 5.

80 Corr. Leuven 9 september 1997, CGKR, De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme, 247.

81 Corr. Brussel 27 november 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

82 Zie voor een uitvoerig overzicht: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, o.c., 291-414.

83 Nogmaals: deze bijdrage spreekt zich geenszins uit

over de legitimiteit van de Negationismewet zelf.

84 Corr. Brussel 7 november 2000, A.J.T. 2000-01, 497 met noot D. VOORHOOF; AM 2000, nr. 4, 473.

85 Corr. Antwerpen 9 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

86 Getuige van deze prille mentaliteitsverandering in het strafrecht is het rapport van de subcommissie-Holsters voor straftoemeting. Zie: Eindverslag commissie strafuitvoeringsrechtbanken, externe rechtspositie van gedetineerden en straftoemeting,

deel II, Straftoemeting, 2003, 6 e.v. Zoals vermeld had de wetgever ook bij de (totstandkoming van de) Antiracismewet een eerder communicatieve doelstelling voor ogen.

87 Voor een theoretische onderbouwing van deze communicatieve conceptie van de straf en bestraffing, zie R.A. DUFF, Punishment, Communication, and Community, Oxford, Oxford University Press, 2001, 75-130.

bepreiten dat voor bepaalde, zeer ernstige, racistische daden de ontzetting uit politieke rechten op een gepaste wijze communiceert waarin de veroordeelde is tekort geschoten. Waar echter geen redelijke argumentatie voor kan worden gevonden is voor de in de voorgestelde maatregel besloten overtuiging dat voor *alle* strafbaarstellingen en voor *alle* veroordelingen op grond van de antiracismewetten een ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten op een gepaste wijze zou communiceren waarin de veroordeelden zijn tekort geschoten. Vanuit de communicatieve finaliteit van bestraffing is het bijvoorbeeld onverdedigbaar dat de reeds vermelde betrokkene bij het auto-ongeluk direct ook zijn burgerlijke en politieke rechten verliest. Of wat met de persoon die racistische uitingen doet tijdens een ordinaire burenruzie, of iemand die tijdens een verhitte discussie de woorden 'sale bougnoul' uit⁸⁸, of die een collega in een restaurant uitscheldt voor 'zwarte'⁸⁹? Geen van deze, of vergelijkbare, racistische feiten verdienen uiteraard applaus: zij zijn duidelijk moreel afkeurenswaardig. Dit betekent echter niet dat bij het vastleggen van straffen terzake voorbijgegaan mag worden aan algemene strafrechtelijke beginselen en -doeleinden.

IV. Het evenredigheidsbeginsel (art. 10 lid 2 EVRM) en de verplichte ontzetting

28. Dat de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten voor willekeurige welke inbreuk op de antiracismewetten moeilijk te verzoenen valt met een strafrechtspleging die de aspiraties van een democratische rechtsstaat ernstig neemt, blijkt niet alleen uit de confrontatie van het genoemd voorstel met het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel. Bij nader inzien roept de voorgestelde maatregel ook heel wat vragen op vanuit de (verdergaande) beperkingen op de bij de strafbaarstellingen betrokken grondrechten. Meer in het bijzonder moet worden onderzocht in welke mate deze maatregel wel verenigbaar is met de rechtsstatelijke uitgangspunten van het grondrechtelijke evenredigheidsbeginsel.

A. Is de evenredigheidstoetsing wel nodig?

29. Alvorens over te gaan tot een evenredigheidstoetsing, moet eerst de voorafgaande vraag worden beantwoord of een dergelijke toetsing *in casu* wel nodig, of zelfs maar gepast, is. Racistische en negationistische feiten, en met name meningsuitingen, nemen immers een bijzondere plaats in, in het internationaal recht van de mensenrechten. Specifiek in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens komt het daarmee wel voor dat klachten van voor racisme veroordeelde personen onontvankelijk worden verklaard. Dit gebeurt dan op grond van een radicale toepassing van artikel 17 EVRM, waarin het verbod op rechtsmisbruik is neergelegd. Dit artikel stelt dat «geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou

De verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten, is, gelet op het verschromde bereik van de evenredigheidstoets, moeilijk verenigbaar met de rechtsstatelijke uitgangspunten van het evenredigheidsbeginsel.

zij voor een staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien»⁹⁰. De 'directe toepassing' of 'hakbijl-werking' van dit artikel kan leiden tot de zogenaamde vervallenverklaring of niet-inroepbaarheid van verdragsbepalingen.

30. Het Hof heeft artikel 17 EVRM voor het laatst op deze wijze toegepast in 2003 in de zaak *Garaudy v. France*⁹¹. In deze zaak was het Hof van oordeel dat een beroep op artikel 17 EVRM volstond om een bepaalde meningsuitingen uit te sluiten van de bescherming van artikel 10 EVRM. Meer bepaald ging het daarbij om het ontkennen of minimaliseren van de holocaust. Gezien de ernst van de negationistische feiten komt het Hof in deze zaak tot de conclusie «*qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention en ce qui concerne les éléments relevant de la contestation de crimes contre l'humanité*»⁹².

Indien ook *in casu* een dergelijke toetsing niet verplicht zou zijn, dan zou de schrale toetsing van het evenredigheidsbeginsel door de indieners in internationaal-(positief)rechtelijk opzicht wellicht weinig problematisch zijn. Het Hof voor de Rechten van de Mens zou dan immers *überhaupt* niet toekomen aan een evenredigheidstoetsing, zodat de wetgever van het Europees Hof alvast niets te vrezen zou hebben bij het invoeren van de maatregel, ondanks zijn schrale argumentatie.

31. De mogelijkheid van deze radicale toepassing van artikel 17 EVRM moet echter – zeker *in casu* – tot haar juiste proporties worden herleid. Dit blijkt al uit het Garaudy-arrest zelf: hierin werd namelijk met betrekking tot de veroordeling op basis van 'racistische belediging en aanzet tot rassenhaat' geen gebruik gemaakt van deze radicale lezing van artikel 17 EVRM.

Veel belangrijker is echter dat het fundamentele verschil tussen de onderhavige zaak en die van Garaudy erin bestaat dat het er *in casu* helemaal niet om gaat dat veroordeelden op basis van de antiracismewetten zich voor hun *inhoudelijke uitlatingen* op

88 Corr. Doornik 4 april 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

89 Corr. Turnhout 18 december 1998, CGKR, De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme, 321.

90 Zie hierover o.m.: Y. HAECK, Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2004, 241-272; E. BREMS, Democratie en zelfverdediging, in X, *Democratie op het einde van*

de 20ste eeuw, Brussel, Koninklijke academie, 1994, 315-347; R. ERGEC, Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Brussel, Bruylant, 1987, 173-182; J. VELAERS, De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, Antwerpen, Maklu, 1991, 252-262; S. VAN DROOGHENBROECK, L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?, in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Brussel, Bruylant, 2000, 139-197.

91 Hof Mensenrechten, Garaudy v. France, 24 juni 2003, www.echr.coe.int. Zie voor andere zaken waarbij het van deze toepassingsvorm gebruik maakt: Commissie, nr. 250/57, beslissing van 20 juli 1957, Deutsche Kommunistische Partei v. Germany, *Yearbook*, Vol. I, 224-225; Commissie, nr. 8348/78 & 8406/78, beslissing van 11 oktober 1979, Glimmerveen and Haagenbeek v. Netherlands, D&R, 18, 194-197. Zie Y. HAECK, *l.c.*, 250-251.

92 Hof Mensenrechten, Garaudy v. France, 24 juni 2003, www.echr.coe.int.

Wat de voorstanders van de verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten vergeten zijn, is dat in een constitutionele democratie elke burger, ook hij die een veroordeling wegens inbreuk op antiracismewetten riskeert of opgelegd heeft gekregen, niet ophoudt een volwaardig burger te zijn.

de vrijheid van meningsuiting zouden kunnen beroepen, zoals bij Garaudy de claim was. Het gaat hier daarentegen om een zorg voor evenredige *bestrafning* voor uitlatingen en gedragingen waarvan het laakbaar en strafbaar karakter *in se* niet betwist wordt. Indien met betrekking hiertoe een beroep op het evenredigheidsbeginsel onmogelijk zou worden gemaakt door de 'hakbijl'-toepassing van artikel 17 EVRM dan zou dit tot de onaanvaardbare conclusie leiden dat (vrijwel) *om het even welke* bestraffing voor de betrokken feiten door het Europees Hof zou kunnen worden aanvaard⁹³. Lidstaten zouden dan met een beroep op artikel 17 bijvoorbeeld ook een levenslange vrijheidsstraf kunnen invoeren ten aanzien van, zelfs de lichtste, delicten die misbruik uitmaken van de vrijheden in het EVRM. Het lijkt als zodanig duidelijk dat de radicale werking van artikel 17 in dit geval geen toepassing zal (kunnen) vinden, maar dat een inhoudelijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wel degelijk op haar plaats en zelfs vereist is.

B. Evenredigheidstoetsing

32. In het voorgaande is vastgesteld dat een toetsing van de voorgestelde maatregel aan het evenredigheidsbeginsel wel degelijk op haar plaats is. In dit onderdeel wordt dan ook de toetsing van de indieners op dit punt kritisch doorgelicht wat betreft het voorwerp, het bereik en de aard en opbouw van de toetsing. Op alle drie punten zal blijken dat de voorgestelde maatregel is gebaseerd op een zeer schrale en restrictieve uitleg van de evenredigheidstoets. Deze verschralling blijkt *in casu* problematisch te zijn in de mate dat daardoor de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten in een spanningsverhouding komt te staan met de rechtsstatelijke uitgangspunten van het evenredigheidsbeginsel.

1. Verschraald voorwerp evenredigheidstoetsing

33. Een *eerste* kritiek kan in het bestek van deze bijdrage alleen maar schetsmatig worden aangereikt. Zoals aangegeven in de inleiding, lijken de indie-

ners van het wetsvoorstel ervan uit te gaan dat het verplicht stellen van de bijkomende straf enkel een weerslag heeft op de vrijheid van meningsuiting. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat met name de Antiracismewet niet enkel de vrijheid van meningsuiting, maar vooral ook de contractsvrijheid (art. 2 en *2bis* Antiracismewet) en de verenigingsvrijheid (art. 3 Antiracismewet) aanbelangt. Met andere woorden: de strafdreiging die uitgaat van de verplichte ontzetting heeft niet alleen betrekking op de vrijheid van meningsuiting, maar ook op andere grondrechten⁹⁴.

34. Hoewel in deze bijdrage slechts ingegaan wordt op de evenredigheid van de (verdergaande) restricties op de vrijheid van meningsuiting die de voorgestelde strafmaatregel uitmaakt⁹⁵, helpt deze kritische bedenking toch bij het articuleren van de *onderliggende inzet* van het evenredigheidsbeginsel. De ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel in de lidstaten van de Europese Unie, alsook in de rechtspraak van het E.H.R.M. en van het Europees Hof van Justitie, kan niet worden 'losgedacht' van de uitgangspunten en grondaspiraties van de *democratische rechtsstaat*⁹⁶. Het beginsel is er in belangrijke mate op gericht de individuele justitiabele te beschermen tegen willekeur van overheidswege en tegen al te activistisch rechterlijk optreden, in de mate dat het de overheid en de rechterlijke macht aanspoort om hun maatregelen of beslissingen omstandig te motiveren.

In dat opzicht is het evenredigheidsbeginsel een procesrechtelijk beginsel: het biedt de justitiabele de garantie (het recht) dat beslissingen die ingaan tegen zijn rechten of belangen op een omstandige wijze gemotiveerd worden. Het beginsel zet de overheid en de rechter er minstens toe aan om de tegenover elkaar af te wegen of in evenwicht te brengen rechten, doeleinden en belangen te inventariseren⁹⁷.

Door na te laten te inventariseren welke grondrechten precies worden beperkt door de voorgestelde maatregel tot verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten voor willekeurig welke inbreuk op de antiracismewetten, doen de indieners tekort aan de rechtsstatelijke procesrechtelijke inzet van het evenredigheidsbeginsel. Zij geven geen gehoor aan de met dit beginsel verweven verplichting om de voorgestelde maatregel en de grondrechtelijke beperkingen die daarmee verbonden zijn, op controleerbare argumenten te funderen. Deze plicht tot controleerbare argumentatie speelt bovendien nog sterker in een strafrechtelijke context. Immers niet alleen de vrijheidsbeperkende norm, maar ook de handhaving van die norm door een (zwaardere) vrijheidsbeperkende of berovende straf, vraagt om een omstandige motivering.

35. Tegen deze eerste kritische bedenking zou kunnen worden ingebracht dat de met het evenredigheidsbeginsel verweven motiveringsverplichting in bepaalde gevallen minder stringent kan zijn. Meer bepaald zou dat voor het onderhavige voorstel het geval kunnen zijn, vanwege de boven reeds aangestipte problematiek van rechtsmisbruik uit artikel 17

93 Met hoogstens enige 'temperende' werking van art. 2 en 3 EVRM.

94 Waarmee opnieuw zeker niet gesteld is dat deze grondrechten onterecht beperkt zouden worden door de strafbaarstellingen in de Antiracismewet op zich: dat is o.i. niet het geval.

95 Temeer daar dit het enige is waarvoor het voorstel (in zekere mate) aandacht heeft, zodat de redenering terzake van de indieners als vertrekpunt

kan dienen voor de discussie, terwijl een dergelijk vertrekpunt voor de andere grondrechten volledig ontbreekt.

96 W. VAN GERVEN, Het proportionaliteitsbeginsel, in X, *De norm achter de regel. Hommage aan Marcel Storme*, Deurne, E. Story-Scientia, 1995, 3-4.

97 Zie uitdrukkelijk W. VAN GERVEN, Het proportionaliteitsbeginsel, *l.c.*, 3. «In de mate dat hij de rechter ertoe aanzet alle relevante belangen of waarden op te

sporen en in aanmerking te nemen, is het een norm met een procesrechtelijke inslag.» Vgl. J. VELAERS, De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten, in X, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe Antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 335-340.

EVRM. In deze mogelijke toepassing van artikel 17 EVRM zou het wellicht (kunnen) leiden tot een beperkte(re) motiveringsvereiste, omdat inbreuken op de antiracismewetgeving een misbruik van de vrije meningsuiting, maar ook van de contracts- en verenigingsvrijheid zouden impliceren.

Als antwoord hierop moet er toch op worden gewezen dat, overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, artikel 17 EVRM restrictief geïnterpreteerd moet worden. Overheden mogen zich er niet zomaar op beroepen om zonder omstandige motivering om het even welke beperkingen aan grondrechtelijke vrijheden op te leggen. Zo zijn bepaalde grondrechten immers van de toepassing van artikel 17 EVRM uitgesloten⁹⁸. En meer nog, bij de toepassing van genoemd artikel moet vooral ook een zekere proportionaliteit in acht genomen worden⁹⁹. Dit heeft belangrijke implicaties: als nationale overheden niet bereid zijn om overeenkomstig het *evenredigheidsbeginsel* hun antiracismebeleid en de beperkingen die dat beleid heeft op de uitoefening van grondrechten te inventariseren en daarna omstandig te motiveren, dan zijn ze deze omstandige motivering overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel toch verplicht in het kader van artikel 17 EVRM en de daarin besloten idee van rechtsmisbruik.

Vermits de indieners ook deze omstandige motivering hebben nagelaten, kan alvast worden besloten dat het voorstel tot verplichte ontzetting moeilijk verenigbaar is met de rechtsstatelijke, *procesrechtelijke* uitgangspunten van het evenredigheidsbeginsel.

2. Verschaald bereik evenredigheidstoetsing

36. Een *tweede* kritische bedenking heeft betrekking op de evenredigheid van de voorgestelde ontzetting ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting zoals grondwettelijk beschermd in artikel 19 van de Grondwet en verdragsrechtelijk beschermd in (onder meer) artikel 10 lid 2 EVRM. Zoals vermeld gaan de voorstanders van de verplichte ontzetting ervan uit dat die maatregel de evenredigheidstoets uit artikel 10 lid 2 EVRM doorstaat, als de strafbaarstelling van racistische meningsuitingen – en de beperkingen op de vrijheid van meningsuiting die daaruit voortvloeien – *op zich* bijdraagt aan het beoogde doel van bescherming van het democratisch bestel.

37. Hierbij moet worden opgemerkt dat deze redenering *het bereik* van het evenredigheidsbeginsel erg versmalt. De indieners lijken aan te nemen dat de toets *enkel* de beperkingen op de vrije meningsuiting tot voorwerp heeft die voortvloeien uit de strafbaarstelling van bepaalde meningsuitingen op zich. Deze restrictieve uitleg van het bereik van het even-

redigheidsbeginsel zoals vervat ligt in artikel 10 lid 2 EVRM wijkt af van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hieromtrent.

38. Het Hof toetst een overheidsinmenging in de vrijheid van meningsuiting niet alleen aan de beperking die het *inhoudelijk* voor die vrijheid oplevert. De evenredigheidstoets houdt ook verband met de aard of de strengheid van de opgelegde sancties¹⁰⁰. Het Hof heeft deze zorg voor evenredige bestraffing herhaaldelijk tot uitdrukking gebracht in zijn rechtspraak: «*The nature and severity of the penalty imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference*»¹⁰¹.

Recentelijk paste het Hof dit principe nog toe in een arrest van 23 september 2004. De zaak betrof het feit dat de Turkse rechter enkele leden van de Koerdische H.E.P. tot twee jaar gevangenisstraf had veroordeeld op grond van ‘aanzet tot separatisme’ tijdens hun congresbijeenkomsten. Na een grondig onderzoek van de redevoeringen van de veroordeelde politici was het Hof van oordeel dat minstens voor drie van hen de beperkingen op de vrijheid van meningsuiting, die uit de (zwaarte van de) veroordeling voortvloeiden, een schending uitmaakten van artikel 10 EVRM. De betreffende beperkingen vonden weliswaar hun grondslag in de wet en hadden het legitiem doel van de bescherming van de integriteit van de Turkse staat voor ogen. Zij waren echter niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Het Hof stelde samenvattend «*que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence*»¹⁰².

39. De rechtspraak van het Hof wijst dus in de richting van een verfijning van het bereik van de evenredigheidstoets: in een context waar de overheid bepaalde meningsuitingen incrimineert, vloeien de beperkingen op de vrijheid meningsuiting niet alleen voort uit de strafbaarstelling op zich en de op basis daarvan veroordeelde feiten, maar ook uit de voorgeschreven en feitelijk opgelegde straf. Met andere woorden: de toetsing aan artikel 10 lid 2 EVRM heeft enerzijds betrekking op de strafbaarstelling en de aard van de gepleegde feiten, maar anderzijds ook op de *aard* en de *zwaarte* van de straffen.

Dat het Hof het bereik van de evenredigheidstoets in het kader van artikel 10 lid 2 EVRM uitbreidt naar de opgelegde sanctie hoeft niet te verwonderen. Zoals vermeld is een genereuze toepassing van het evenredigheidsbeginsel, en daarmee verbonden een omstandige motivering, aangewezen in een strafrechtelijke context, waar de opgelegde straf zelf ingrijpende beperkingen aan grondrechtelijke vrijheden in het leven roept. Daarenboven moet er met Dirk Voorhoof worden op gewezen dat «strafrecht-

98 Dit geldt, naast de *notstandsfeste* rechten, ook voor de processuele rechten (o.m. art. 5 en 6 EVRM). In de mate dat het evenredigheidsbeginsel een procedurele dimensie heeft, zou dan ook kunnen worden beargumenteerd dat een beroep erop niet vatbaar is voor misbruik (en dus buiten het bestek valt van art. 17 EVRM).

99 Y. HAEC, *l.c.*, 262.

100 Zie uitvoering: D. VOORHOOF, Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAEC (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2004, I, 1024-1044. Vgl. S. SNACKEN, *Towards a Common Reduction of the Use of Imprisonment in Europe? A Human Rights Perspective*, ongepubl.

101 Hof Mensenrechten, Perna v. Italy, arrest van 6 mei

2003, *Recueil/Reports* 2003, § 39. Zie voor andere gevallen waarbij het Hof deze factor in zijn overweging betrok o.m.: Hof Mensenrechten, Tolstoy Miloslavsky v. UK, arrest van 13 juli 1995, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 323, §§ 49 en 54; Hof Mensenrechten, Vogt v. Germany, arrest van 26 september 1995, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 333, § 60; Hof Mensenrechten, Fuentes Bob v. Spain, arrest van 29 februari 2000, *Recueil/Reports* 2000, § 49; Hof Mensenrechten, De Diego Nafria v. Spain, arrest van 14 maart 2002, *Recueil/Reports* 2002; Hof Mensenrechten, Dicle/Dep (Democratic Party) v. Turkey, arrest van 10 december 2002, *Recueil/Reports* 2002, § 64; Hof Mensenrechten, E.K. v. Turkey, arrest van 7 februari 2002, *Recueil/Reports* 2002, § 81; Hof Mensenrechten, Skalka v. Poland,

arrest van 27 mei 2003, *Recueil/Reports* 2003, §§ 39-41; Hof Mensenrechten, Müslüm Gündüz v. Turkey, arrest van 4 december 2003, *Recueil/Reports* 2003, § 52; Hof Mensenrechten, Yankov v. Bulgaria, arrest van 11 december 2003, *Recueil/Reports* 2003; Hof Mensenrechten, Lehideux and Isorni v. France, arrest van 23 september 1998, *Recueil/Reports* 1998, § 57. Voor (meer) verwijzingen en bespreking, zie: D. VOORHOOF, Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting, *l.c.*, 1038-1044.

102 Hof Mensenrechten, Feridun Yazar v. Turquie, arrest van 23 september 2004, *Recueil/Reports* 2004, § 28.

lijke vervolging en veroordeling in de sfeer van de expressievrijheid zich maar moeilijk laat inpassen in art. 10 EVRM»¹⁰³.

40. De indieners van het voorstel hebben het bereik van het evenredigheidsbeginsel dus versmald tot de beperkingen op de vrije meningsuiting die voortvloeien uit de normstelling en daarmee lijken ze in beginsel af te wijken van bepaalde, gevestigde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Op zich is dit echter niet voldoende om te concluderen dat het voorstel tot verplichte ontzetting, als het door de nationale wetgever zou worden aangenomen, in strijd zou zijn met het in artikel 10 lid 2 EVRM vervlochten evenredigheidsbeginsel. Uit zijn ontwikkeling en gebruik in nationale en internationale rechtspraak blijkt immers dat het evenredigheidsbeginsel op zeer verschillende en uiteenlopende manieren wordt uitgelegd. De inhoud van het evenredigheidsbeginsel ligt evenmin als die van andere rechtsbeginselen vast: de invulling ervan is sterk contextgevoelig¹⁰⁴. Ook de toepassing van het beginsel door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hangt sterk af van zaak tot zaak.

41. Een mogelijke reden waarom het hier in de context van antiracisme gerechtvaardigd zou zijn om in afwijking van gevestigde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het bereik van het evenredigheidsbeginsel te verschromen, zou opnieuw verband kunnen houden met de problematiek van rechtsmisbruik, zoals neergelegd in artikel 17 EVRM. De indieners zouden hun optie van verzwarende strafregime niet aan een bijkomende proportionaliteitstoets moeten onderwerpen, omdat de inbreuken op de antiracismewetten duidelijk een vorm van rechtsmisbruik betreffen zoals in artikel 17 EVRM bedoeld. Gelijk welke inbreuk zou immers een dreiging van de democratische rechtsstaat betreffen en bijgevolg de in het verdrag neergelegde rechten in gevaar brengen.

42. Tegen deze redenering moet echter wederom worden ingebracht dat overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens artikel 17 EVRM niet zomaar kan worden ingeroepen. Om vast te stellen of de versmalling van het bereik van de evenredigheidstoets gerechtvaardigd is, moet worden nagegaan of de bedreiging die van gelijk welke inbreuk op de antiracismewetten uitgaat *ernstig* is en of de met rechtsmisbruik verbonden bedreiging met zekerheid zal *voortduren* na de veroordeling¹⁰⁵.

Wat de ernst van de bedreiging betreft, is reeds uitvoerig beargumenteerd dat, gelet op het brede toepassingsgebied van vooral de Antiracismewet, de ernst van de inbreuken heel gevarieerd is. Zo bijvoorbeeld kan men bezwaarlijk beweren dat een persoon die zich naar aanleiding van een auto-ongeluk schuldig maakt aan een racistische scheldpartij, zodanig zijn vrijheid van meningsuiting aanwendt dat hij de democratische rechtsstaat op ernstige wijze in zijn fundamentele bedreigt. Vooral in het kader van dit soort inbreuken kan de justitiabele bezwaarlijk van het recht ontstoken worden op een genereuze toepassing van het evenredigheidsbeginsel die ook het gekozen strafregime tot voorwerp heeft.

Daarnaast kan ook niet gesteld worden dat het misbruik van de vrijheid van meningsuiting zich bij elke willekeurige inbreuk op de antiracismewetten zou verder zetten nadat de verdachten zouden zijn veroordeeld, opdat iedereen die zich schuldig maakt aan gelijk welke inbreuk op genoemde wetten plots geen recht meer heeft op een toetsing van het geko-

zen bestaafingsregime (de verplichte ontzetting) aan het in artikel 10 lid 2 EVRM besloten evenredigheidsbeginsel. Een van de onderliggende redenen van een communicatief strafrecht bestaat er bovendien in om na de veroordeling en via de strafoplegging de veroordeelde te doen inzien dat hij zich in de toekomst van misbruik van de vrijheid van meningsuiting dient te onthouden.

Ten slotte zou een verschromde toepassing van het bereik van de evenredigheidstoets onder invloed van artikel 17 EVRM *de facto* tot hetzelfde resultaat leiden als de – reeds verworpen – ‘hakbijl-werking’ van het artikel. In beide gevallen zou immers het resultaat zijn dat nationale overheden, *in casu* de Belgische wetgever, volledige vrij zouden zijn om *gelijk welk* strafregime aan de incriminatie van bepaalde, op zich laakbare, meningsuitingen te verbinden.

43. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het voorliggende voorstel tot verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten, gelet op het verschromde bereik van de evenredigheidstoets, moeilijk verenigbaar is met de rechtsstatelijke uitgangspunten van het evenredigheidsbeginsel. Overeenkomstig de procesrechtelijke dimensie van dit beginsel heeft namelijk elke potentiële overtreder van de antiracismewetten het recht op een omstandige motivering van de evenredigheid van de geopteerde verplichte ontzetting. Indien de wetgever beslist dit voorstel tot strafverzwaring aan te nemen, dan is hij in een democratische rechtsstaat aan zijn burgers verplicht tot een dergelijke omstandige motivering.

3. Verschromde aard en opbouw evenredigheidstoetsing

44. De verschromde manier waarop de voorvechters van de verplichte ontzetting de evenredigheidstest hebben ingevuld, blijkt niet alleen uit de restrictieve uitleg van *het voorwerp* en *het bereik* van genoemde test. De schrale invulling blijkt ook uit *de aard* en *opbouw* van de test zelf. Idealiter en *in abstracto* kan men stellen dat het proportionaliteitsbeginsel een drievoudige toets omvat¹⁰⁶.

In een *eerste* fase moet worden onderzocht of de ter beoordeling voorliggende maatregel en de beperkingen op de grondrechten die eruit voortvloeien niet impertinent zijn ten aanzien van het beoogde beleidsdoel (pertinentietoets).

In een *tweede* fase moet worden nagegaan of de maatregel en de beperking van grondrechten die er mee gemoeid zijn, noodzakelijk zijn om het beoogde doel te bereiken. Er moet hier, met andere woorden, worden onderzocht of er geen andere, even pertinente, maatregelen denkbaar zijn die minder verregaande restricties op de uitoefening van de grondrechten met zich meebrengen (subsidiariteitstoets).

In een *derde* fase moet er tot slot worden onderzocht of de mate waarin de maatregel bijdraagt tot de bescherming van de met het beleidsdoel verweven belang opweegt tegen de ernst waarmee die maatregel de uitoefening van de in het geding zijnde grondrechten schendt (evenwichtigheidstoets of evenredigheidstoets in strikte zin).

45. Hoewel deze ideaaltypische opbouw van de proportionaliteitstoets zeker niet op eenduidige wijze toegepast of gevolgd wordt, is deze driefasen-test toch niet vrijblijvend, *a fortiori* niet in een strafrechtelijke context waar grondrechten beperkt worden door strafbaarstellingen en door het geopteerde strafregime¹⁰⁷. De drie fasen-test vertolkt immers niet alleen een poging om tegemoet te komen aan *de procesrechtelijke* uitgangspunten van het evenre-

- 103 D. VOORHOOF, Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting, *I.c.*, 1041, met verwijzingen naar rechtspraak aldaar.
- 104 W. VAN GERVEN, Het proportionaliteitsbeginsel, *I.c.*, 7.
- 105 Y. HAECK, *I.c.*, 262. Met verwijzingen aldaar.
- 106 W. VAN GERVEN, Het Proportionaliteitsbeginsel, *I.c.*, 17 e.v.
- 107 Zie uitgebreid hierover: W. VAN GERVEN, The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe, in E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Londen, Oxford, Hart Publishing, 1999, 37-63.

digheidsbeginsel (omstandige en controleerbare motivering), hij is ook ingegeven door de rechtsstatelijke zorg voor een inhoudelijk kwaliteitsvolle afweging van in het geding zijnde rechten, waarden en belangen. In zoverre het evenredigheidsbeginsel voor overheid en rechter een leidraad is om, zoals Walter Van Gerven schrijft, «confliterende belangen of waarden op evenwichtige wijze met elkaar tot op zekere hoogte te verzoenen» is de driefasen-test de vertaling van de *inhoudelijke en materieelrechtelijke* inzet van het evenredigheidsbeginsel¹⁰⁸. Minstens in een grondrechtelijke context moet immers de driefasen-test worden opgevat als een poging om overheden ertoe aan te zetten om *prioriteit* te geven aan grond- en mensenrechten boven collectieve beleidsdoeleinden. Als inhoudelijk rechtsbeschermingsbeginsel moet de evenredigheidstoets immers elke individuele justitiabele beschermen tegen inperkingen van zijn grondrechten door de overheid, ook al dragen die beperkende maatregelen bij tot de realisatie van een op zich gerechtvaardigd collectief beleidsdoel. Het beginsel dient als waarborg om beperkingen aan grondrechten ter vrijwaring van beleidsdoelen alleen toe te laten als men, in een goed onderbouwde argumentatie, aannemelijk kan maken dat die beperkingen pertinent, noodzakelijk en evenwichtig zijn¹⁰⁹.

46. Strikt positiefrechtelijk zijn de indieners overeenkomstig nationale en internationale rechtspraak wellicht niet gehouden om de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten uitdrukkelijk aan deze driefasen-test te onderwerpen: vanuit de rechtspraktijk kan niet gesteld worden dat er een echte *verplichting* ligt op de wetgever om de evenredigheidstoets op deze verwijfde wijze te hanteren. Toch zou het minstens nuttig geweest deze test te hanteren om te garanderen dat het genoemd voorstel op een controleerbare wijze is gemotiveerd en om te onderzoeken of de verplichte ontzetting wel in evenwicht is met de in het geding zijnde grondrechten. Of wat sterker geformuleerd: niet alleen de verschralling van het voorwerp en het bereik van de evenredigheidstoets, ook de verschralling in de opbouw van de evenredigheidstoets is wel degelijk problematisch vanuit de rechtsstatelijke uitgangspunten van het evenredigheidsbeginsel. Zo'n verschralling brengt namelijk het risico mee van een onvoorspelbare, weinig controleerbare proportionaliteitstoets, maar ook een inhoudelijke onevenwichtige beleidskeuze. Immers, wie de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten onderwerpt aan de driefasen-test, komt namelijk snel tot de conclusie dat genoemd voorstel niet in evenwicht kan worden gebracht met de in artikel 10 lid 2 EVRM vervatte vrijheid van meningsuiting.

Wat de pertinentietoets betreft zijn er allicht nog argumenten te bedenken om te bepleiten dat een dergelijke maatregel niet geheel impertinent zou zijn ten aanzien van het beoogde beleidsdoel. Men kan

Een antiracismebeleid dat te weinig rekening houdt met rechtsstatelijke oriëntatiepunten, houdt een risico in van averechtse effecten.

zich namelijk voorstellen dat door de ernst van de strafdreiging bepaalde categorieën van personen zich zullen onthouden van het plegen van bepaalde inbreuken op de Antiracismewet. Wat de subsidiariteitstoets betreft, wordt het al veel moeilijker, zo niet onmogelijk, om aannemelijk te maken dat er geen andere, even pertinente, maatregelen van een minder zwaarwegende aard voorhanden waren dan de verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten. Temeer daar de betreffende (bijkomende) straf zelf de opschorting van een aantal wezenlijke democratische, sociale en familiale rechten inhoudt.

De voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten wordt nog minder verdedigbaar, wanneer het wordt onderworpen aan de 'evenwichtigheidstoets' oftewel de evenredigheidstoets in strikte zin. Voor lichte inbreuken op de antiracismewetten weegt het 'nut' van de strafmaatregel in het licht van de bescherming van de democratie geheel niet op tegen de nadelige effecten die de verplichte ontzetting met zich meebrengt. Hiermee is niet gezegd dat het ondenkbaar zou zijn dat inbreuken op de antiracismewetten in bepaalde gevallen dermate zwaarwegend of relevant zijn om een ontzetting uit de rechten te wettigen. Indien dit echter het geval zou zijn, dan volstaat de – zoals vermeld reeds tamelijk uitzonderlijke – huidige (facultatieve) mogelijkheid waarover de rechter beschikt. De rechter is het best geplaatst om in een concreet geval te oordelen of de situatie, rekening houdend met de bijzonderheden van het geval en het rechtssysteem als geheel, vraagt om een dergelijke bijkomende sanctie¹¹⁰. De *verplichte* oplegging van de straf leidt echter tot een mate van inflexibiliteit die voor bepaalde inbreuken alleen maar kan leiden tot onevenwicht tussen de te beschermen grondrechten en de in het beleidsdoel behartigde belangen.

47. De stelling dat een verschraalde evenredigheidstoets *in casu* ook daadwerkelijk kan leiden tot een schending van de in artikel 10 EVRM neergelegde vrijheid van meningsuiting, vindt ook steun in recente rechtspraak van het Arbitragehof. Het Hof lijkt immers in recente rechtspraak een ruimere grond- en verdragrechtelijke bescherming te (willen) bieden aan de vrijheid van meningsuiting dan het Hof in Straatsburg¹¹¹. In zijn reeds aangehaalde arrest met betrekking tot de Antidiscriminatiewet was het Hof zeer streng wat betreft de toetsing van de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting die de betreffende wet in zijn oorspronkelijke vorm inhield. Verschillende elementen en bepalingen van de wet werden op basis van de vrijheid van meningsuiting vernietigd, of onderworpen aan dwin-

108 W. VAN GERVEN, Het proportionaliteitsbeginsel, *I.c.*, 3.

109 Voor een rechtstheoretische formulering en rechtvaardiging van de prioriteitsthese, zie R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londen, Duckworth, 1977, 90-92. Voor een uitwerking van deze prioriteitsthese in het strafrecht, zie E. CLAES, *Legaliteit en Rechtsvinding in het Strafrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2003, 408-409.

110 Ook het feit dat rechters momenteel de bijkomende bestraffing vrijwel nooit opleggen, kan gelden als illustratie van haar kennelijk disproportioneel of minstens in de meeste gevallen onnodige karakter. Wellicht zou men iets meer vertrouwen mogen hebben in het

(professionele) inschattingvermogen terzake van de rechterlijke macht.

111 J. VELAERS, Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet, *I.c.*, 610, nr. 29; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, Eén arrest, vijf mijlpalen, *Juristenkrant*, nr. 96, 20 oktober 2004, 4; F. ANG, De (on)verenigbaarheid van de anti-discriminatiewet met de Grondwet, *TvMR* 2004, nr. 4, 16. De auteurs geven aan dat het Arbitragehof in recente rechtspraak een beweging heeft gemaakt in de richting van het, Amerikaanse *Supreme Court* dat terzake veel strenger is dan het Europees Hof. Deze ruimere beschermingsmogelijkheid waarover staten beschikken is overigens de

logische keerzijde van de *margin of appreciation* die het Europees Hof aan staten laat. In de woorden van het Britse *House of Lords*: «When the European Court talks about affording a margin of appreciation to the assessment of the British Government it assumes that its assessment will at the national level receive closer scrutiny.» (House of Lords, A and others v. Secretary of State for the Home Department, 16 december 2004, nr. 131). Zie hierover: S. SOTTIAUX, Veroorzaakten de 11-septemberaanlagen een noodtoestand?, *TvMR* 2005, nr. 1 (te verschijnen).

gende (restrictieve) interpretaties. Het Hof stelde terzake in het algemeen dat uitzonderingen op de vrijheid van meningsuiting op strikte wijze moeten worden geïnterpreteerd¹¹². Zeer wezenlijk voor de onderhavige problematiek is ook de (subsidiariteits) overweging¹¹³ van het Hof, waar het stelt dat de staat moet vermijden strafrechtelijk op te treden tegen meningen wanneer andere maatregelen, zoals burgerrechtelijke sancties, het mogelijk maken het nagestreefde doel te bereiken¹¹⁴.

Op grond van deze uitgangspunten vernietigde het Hof het (burgerrechtelijk) verbod op het verspreiden van 'discriminerende uitslatingen'. Die bepaling gaf namelijk niet aan «waar in of wanneer die discriminerende uitslatingen de in een democratische samenleving toelaatbare drempel overschrijden van het verkondigen van ideeën welke kunnen 'schokken, verontrusten of kwetsen. Aldus voldoet de bepaling niet aan de strikte vereisten waaraan de beperking van de vrijheid van meningsuiting is onderworpen'»¹¹⁵. Zoals vermeld moest ook het strafrechtelijk verbod om openlijk een voornemen tot discriminatie te kennen te geven eraan geloven.

4. Besluit

48. In het voorgaande werd getracht aan te tonen dat de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten voor elke veroordeling op basis van de Antiracisme- en Negationismewet een moeilijk verdedigbare optie is in de context van een strafrechtspleging die beoogt de beginselen van een rechtsstatelijke en constitutionele democratie te respecteren. Bij de parlementaire discussie van dit voorstel, alsook van soortgelijke voorstellen, moet men zich bewust zijn van het problematisch karakter van een dergelijke maatregel.

Enerzijds is zij immers niet verzoenbaar met een rechtsstatelijke strafrechtspleging, omdat ze de strafrechter niet toelaat *in concreto* te beoordelen of de ontzetting al dan niet proportioneel is met de ernst van het racistische of negationistische delict. Anderzijds is de voorgestelde maatregel ook moeilijk verenigbaar met de grondwaarden van een constitutionele democratie die in de eerste plaats beogen elke burger, ook de racist en negationist, te beschermen in de eerbiediging van hun grondrechten. Aan de voorgestelde verplichte ontzetting ligt immers een veel te schrale conceptie van evenredigheid ten grondslag die het juiste voorwerp, het volle bereik en de opbouw en hiermee de rechtsbeschermende werking van de evenredigheidstoets mist¹¹⁶. Sterker nog: alles wijst erop dat de voorstanders van de maatregel het evenredigheidsbeginsel volledig op zijn kop zetten. Zij gebruiken het beginsel – door middel van een simpele verwijzing – als een legitimatiemiddel of *carte blanche* om zonder meer beperkingen te (kunnen) stellen aan grondrechtelijke vrijheden. Artikel 10 lid 2 EVRM en het evenredigheidsbeginsel dat daarin vervat ligt, worden dan opgevat als een juridisch instrument om elke willekeurige beperking op te leggen aan de uitoefening van de vrije meningsuiting die opportuun is voor de behartiging van een bepaald beleidsdoel. Wat de voorstanders van de verplichte ontzet-

ting uit burgerlijke en politieke rechten met andere woorden vergeten zijn, is dat in een constitutionele democratie elke burger, ook hij die een veroordeling wegens inbreuk op antiracismewetten riskeert of opgelegd heeft gekregen, niet ophoudt een volwaardig burger te zijn. De overheid moet ook hem erkennen in de uitoefening van zijn grondrechten.

V. Antiracismebeleid, controlecultuur en instrumentalisme

49. De confrontatie met het proportionaliteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel heeft uitgewezen dat de voorgestelde verplichte ontzetting moeilijk verenigbaar is met de rechtsstatelijke uitgangspunten van het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Naar aanleiding hiervan rijst de vraag wat een deel van de samenleving ertoe beweegt zich achter een dergelijk (antiracisme)beleid te scharen. Wat is de grondslag voor het 'punitieve verlangen' van een segment van de samenleving om elke inbreuk op de Antiracismen- en Negationismewet te beteugelen met de bijkomende straf van ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten? Een straf die de veroordeelde uitsluit van het volwaardige rechtsburger-schap.

Naast deze sociologische of criminologische vraagstelling kan men zich ook afvragen hoe het komt dat men in onze hedendaagse rechtscultuur niet meer spontaan bepaalde beleidsvoorstellen aan een volwaardig proportionaliteits- en evenredigheidsbeginsel aftoetst. Met andere woorden: welke rechtsopvatting ligt er aan dit soort voorstellen ten grondslag? En hoe komt het dat die rechtsopvatting een verlengstuk is van het genoemde 'punitieve verlangen', eerder dan dat zij er grenzen aan stelt?

50. Aangaande de sociologische of criminologische vraagstelling kunnen binnen het bestek van deze bijdrage een tweetal hypothesen worden aangereikt die kunnen dienen als een vertrekpunt voor breder onderzoek.

Een eerste hypothese gaat uit van een intens maatschappelijk conflict tussen bepaalde groeperingen omtrent centrale collectieve waarden¹¹⁷. De drang van een bepaald segment van de samenleving om de strijd tegen elke vorm van racisme met mogelijks onevenredig zware straffen te beteugelen, kan een uitdrukking zijn van een soort van 'morele paniek': een bepaalde maatschappelijke klasse of een aantal maatschappelijke groeperingen voelt zich door concurrerende geplogenheden bedreigd in hun overtuigingen en in hun invulling en praktijk van verdraagzaamheid. Hun 'punitieve verlangen' zou dan sterk defensief van aard zijn en voortvloeien uit het verlangen om die concurrerende, bevreesdende praktijken te bestrijden en om via de dramatiek van penale instellingen hun ideaal van verdraagzaamheid publiek erkend en gehandhaafd te zien. Het blinde moralistische geloof in het eigen gelijk zou dan aanleiding hebben gegeven tot een veronachtzaming van de proportionaliteitstoets en de vervlaking van de evenredigheidstoets¹¹⁸.

112 Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.73, B.S. 18 oktober 2004 (vgl. overweging B.44).

113 Dit betreft de subsidiariteit van het strafrecht, niet te verwarren met de subsidiariteit (van sancties) in het strafrecht zoals bedoeld in het voorgaande.

114 Arbitragehof nr. 2004/157, 6 oktober 2004, B.18, B.S. 18 oktober 2004.

115 *Ibid.*, B.73.

116 Voor een mooie illustratie van deze prioriteitstheorie in de context van voorlopige

hechtenis, zie de dissenting opinion van de rechters Tulkens, Loucaide en Bratza in de zaak Bouchet vs. Frankrijk, 20 maart 2001: «*Nous pensons qu'il convient d'examiner la légalité de la détention provisoire en tenant compte de l'ensemble des options disponibles pour l'Etat qui doit choisir la voie la moins restrictive pour les droits de l'inculpé. Le droit à la liberté et à la sûreté garanti, dans une société démocratique, par l'article 5 de la Convention revient à admettre seulement la privation de liberté*

strictement nécessaires.»

117 D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 1990, 53 e.v.; N. LACEY, *Contingency and Criminalisation*, in I. LOVELAND (ed.), *Frontiers of Criminology*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 1-27.

118 Over de gevaren van moralisme, zie reeds R. FOQUÉ, *De ethische rol van de onafhankelijke rechter*, *Trema. Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 1993, (455) 458.

Een *tweede*, wat bredere, hypothese die nader onderzoek verdient, hangt nauw samen met recente inzichten omtrent de wijze waarop onze eigentijdse samenleving tegen criminaliteit aankijkt. Wegens het zich verspreidende gevoel van onveiligheid en angst, wordt in een laatmoderne samenleving criminaliteit niet meer ervaren als deviant gedrag gepleegd door deviante personen wier terugkeer naar de samenleving mede door de strafrechtspleging moet worden uitgetekend. Criminaliteit wordt hoe langer hoe meer gezien als een complex van gedragingen die een risico van schade en slachtofferschap inhouden¹¹⁹.

Criminaliteitsbestrijding put dan zijn legitimiteit uit het zo veel mogelijk controleren en, indien mogelijk, elimineren van een dergelijk risico. Het gevolg daarvan is dat elke persoon die potentiële bron van schade is, gereduceerd wordt tot een risicofactor en daardoor tegelijk zijn status van volwaardig burgerschap dreigt te verliezen. Het voorstel van beleidsmakers om via de dreiging van strengere straffen schade aan de democratie te voorkomen die door elke inbreuk op de antiracismewetten wordt veroorzaakt, zou dan een meer globaal maatschappelijk verlangen belichamen om via penale instellingen elk risico op schade te beheersen en te controleren. De aanwezigheid van een dergelijke risico- en controlecultuur in de context van antiracismebeleid, zou dan tot gevolg hebben dat personen die gelijk welke inbreuk op de antiracismewetten plegen, gereduceerd worden tot elementen die de democratie belagen. Als gevolg hiervan worden zij niet meer erkend als volwaardige personen en medeburgers ten aanzien van wie de overheid de plicht heeft hen te beschermen in de uitoefening van hun fundamentele rechten.

51. Tot zover de sociologische problematiek. Rechtstheoretisch is vooral ook de vraag relevant naar de onderliggende rechtscultuur en rechtsopvatting die een antiracismebeleid mogelijk maakt dat in aanvaaring komt met rechtsstatelijke beginselen. Wat dat betreft moet worden gewezen op een sterke tendens, zowel binnen als buiten het strafrecht, om aan een rechtssysteem, met zijn procedures, rechtsregels, rechtsbeginselen en grondrechten een *zuiver instrumentele* betekenis toe te dichten¹²⁰. Binnen een dergelijke 'instrumentalistische' rechtsopvatting is de betekenis van procedures, regels en grondrechten volledig afhankelijk van het nut dat ze hebben voor een bepaalde belangengroep in de samenleving. Hebben of verkrijgen ze nut, dan krijgen ze betekenis. Verliezen ze daarentegen hun nut, dan verliezen ze ook hun betekenis¹²¹. Een instrumentalistische opvatting van recht is echter uiterst problematisch vanuit het perspectief van een democratische rechtsstaat waarvan de idealen van menselijke waardigheid, menselijke gelijkwaardigheid en democratische deliberatie tot doel hebben vorm te geven aan het publieke belang dat de behartiging van het eigen belang overstijgt.

Een dergelijke instrumentalistische rechtsopvatting ligt bijvoorbeeld ten grondslag aan het discours van extreemrechtse partijen die teren op de verzuring van de samenleving en aanzetten tot onverdraagzaamheid. Zij instrumentaliseren de vrijheid van

meningsuiting ten voordele van bepaalde belangen die de gelijkwaardigheid van elkeen als menselijke persoon kunnen in het gedrang brengen. Tragisch genoeg tekent de bestrijding van extreemrechts en antiracisme zich in bepaalde gevallen af tegen een soortgelijke instrumentalistische rechtscultuur: de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten is daar een bewijs van. Hier worden vooral de in artikel 10 lid 2 EVRM gestipuleerde beperkingen op de meningsvrijheid om op het even welke wijze aangewend om elke dreiging of perceptie van onverdraagzaamheid in de kiem te smoren.

Conclusies

52. De hierboven geformuleerde kritiek op de voorgestelde, verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten in de context van de antiracismewetten, kan natuurlijk worden verweten dat ze recente ontwikkelingen in het (strafrechtelijke) antiracismebeleid op de korrel neemt, zonder zelf bouwstenen te leggen voor een alternatieve strategie ter bestrijding van racisme en negationisme. Een dergelijke kritiek, zo vervolgt het verwijt, is potentieel gevaarlijk, want het dreigt de indruk te wekken dat moet worden toegegeven op racisme, onverdraagzaamheid en op het aanzetten tot dergelijke geploegdheden.

Dit verwijt zou terecht zijn, ware het niet dat de kritiek op de voorgestelde verplichte ontzetting uit burgerlijke en politieke rechten een aantal oriëntatiepunten aanreikt om aan het antiracismebeleid een meer gerechtvaardigd draagvlak te geven. Hierina worden een zestal oriëntatiepunten aangereikt voor een alternatief antiracismebeleid, die uit de voorgaande analyse voortvloeien.

53. Een *eerste* oriëntatiepunt ligt in het verlengde van de procesrechtelijke inzet van het evenredigheidsbeginsel: elke maatregel die de Belgische overheid neemt om de racismeproblematiek te bestrijden en die een afweging van grondrechten en belangen impliceert, moet omstandig en controleerbaar gemotiveerd worden. In een democratische rechtsstaat en *a fortiori* in de context van het strafrecht, is de verbinding van racisme met rechtsmisbruik niet voldoende om deze omstandige motiveringsplicht te ontwijken.

Een *tweede* oriëntatiepunt kan worden afgeleid uit de inhoudelijke rechtsbeschermende dimensie van het evenredigheidsbeginsel. Elke maatregel die de Belgische overheid neemt om de racismeproblematiek te bestrijden moet van die aard zijn dat ze haar 'doelgroep' (potentiële plegers van inbreuken op de antiracismewetten) blijft erkennen als volwaardige burgers die bescherming verdienen in de uitoefening van hun grondrechten.

Een *derde* oriëntatiepunt is verbonden met het ruime bereik van het evenredigheidsbeginsel. In de keuze voor strafrechtelijke beteugeling van de racismeproblematiek moet de Belgische overheid zich bewust zijn van het feit dat een strafrechtelijke aanpak extra rechtvaardiging behoeft vanuit het perspectief van grondrechten. Niet alleen de strafbaarstelling van bepaalde gedragingen op zich kan een

119 Zie hierover *in extenso* o.m.: D. GARLAND, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 207p.; B. HUDSON, *Justice in the Risk Society, Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Londen, Sage, 2003, 258p.

120 Voor een extensieve kritiek op het juridische instrumentalisme, zie: R. FOUQUÉ en A.C. 't HART,

Instrumentaliteit en rechtsbescherming, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 501p.

121 Een opmerkelijke illustratie van een verregaande instrumentalistische visie op het recht is afkomstig van F. Charlier, expert op het kabinet van de Vlaamse minister van onderwijs en vorming. Hij stelt dat voor beleidsjuristen – zoals hijzelf – «rechtsregels (...) eerst en vooral handige

pincetten [zijn], sleutels, schroevendraaiers in een gereedschapskist ten bate van een bepaalde beleidsdoelstelling. (...) Rechtsregels zijn slechts onderdeel van een voortdurend caleidoscopisch fluctuerend juridisch continuüm» (F. CHARLIER, *Orde uit chaos*, in R. VERSTEGEN (ed.), *Ad amicissimum amici scripsimus: vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, 42).

onrechtmatige beperking van de rechten en vrijheden van de burger impliceren, maar ook het *bestrafingsregime* dat met de strafbaarstelling verbonden is. Wil de Belgische overheid haar internationaal-rechtelijke en grondwettelijke verplichtingen nakomen in het uitstippelen van een strafrechtelijk antiracismebeleid, en wil ze prioriteit geven aan de gelijke bescherming van eenieders fundamentele rechten en vrijheden, dan zal ze niet kunnen nalaten het probleemkarakter van haar bestraffend optreden te thematiseren. Elke vrijheidsberovende of -beperkende straf behelst immers een inkorting of opschorting van fundamentele rechten en vrijheden. Dergelijke inkortingen en opschortingen zijn niet voldoende gerechtvaardigd als alleen maar wordt aangetoond dat het gekozen strafregime bijdraagt tot de realisering van één of ander collectief beleidsdoel.

Een *vierde* oriëntatiepunt is nauw verbonden met de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende en rechterlijke macht. Wil de Belgische overheid een rechtvaardig strafrechtelijk beleid voeren inzake racismebestrijding, dan moet dit beleid toelaten om rekening te houden met grote variatie van racistische feiten die ingevolge de antiracismewetten gepleegd kunnen worden. Elk wettelijk bestraffingsregime moet, met andere woorden, voldoende speelruimte laten voor de strafrechter om bij elke concrete inbreuk op de antiracismewetten te bepalen welk strafregime nu proportioneel is met de ernst van de feiten. Aan de strafrechter moet ook voldoende speelruimte worden gelaten om uit te zoeken welk strafregime een gepast kader biedt om aan de veroordeelde duidelijk te maken wat de relatieve ernst is van zijn inbreuk.

Dat laatste leidt tot een *vijfde* oriëntatiepunt: als de Belgische overheid een rechtvaardig antiracismebeleid wil uitstippelen dat spoort met de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, dan moet ze zich in haar bestraffend optreden zoveel mogelijk laten leiden door een communicatieve doelstelling. Zo'n communicatieve invulling van de straf beoogt de pleger van racistische feiten duidelijk te maken ten aanzien van welke publieke waarden zijn handelen is tekort geschoten. Een dergelijke invulling bevat ook de hoop dat de veroordeelde inziet waarin hij is tekortgeschoten en dat hij in de toekomst zijn handelen daarop afstemt. In tegenstelling tot een opvatting van de straf als afschrikkmiddel, heeft een communicatieve conceptie van bestraffing als voordeel dat ze de veroordeelde niet reduceert tot een gevaar voor de democratie, maar aanspreekt als een volwaardig persoon die alsnog vertrouwd wordt in zijn gevoeligheid voor de publieke waarden die hij in het plegen van racistische feiten heeft geschonden.

Een *zesde* en laatste oriëntatiepunt vloeit voort uit de gevaren van een instrumentalistische rechtsopvatting. Wil een strafrechtelijk beleid inzake racismebestrijding vermijden een verlengstuk te worden van in het defensief gejaagde, moreel verongelijkte belangengroepen en wil datzelfde beleid niet medeplichtig zijn aan cultuur van een opportunistisch benutten van bestaande procedures, rechtsregels en mensenrechteninstrumentaria, dan mag ze zich niet bezondigen aan een verregaande instrumentalisering van recht. Wil de overheid haar antiracismebeleid afstemmen op een volwaardige rechtsstatelijke strafrechtspleging dan zal ze zich moeten on-

derwerpen aan de grenzen die door een democratische rechtsstaat en de daarmee verbonden rechtsbeginselen en grondrechten worden aangereikt.

54. Tot slot kan erop worden gewezen dat een antiracismebeleid dat te weinig rekening houdt met rechtsstatelijke oriëntatiepunten, zoals de bovenstaande, een risico inhoudt van averechtse effecten. Dit risico – dat de wetgever aanvankelijk duidelijk voor ogen had bij het tot stand brengen van de betreffende wetgeving – lijken sommigen langzaam maar zeker uit het oog te zijn verloren. Voorstellen zoals de verplichte ontzetting behelzen echter, zeker indien zij goedgekeurd worden, wel degelijk dit gevaar. Zo doen zij afbreuk aan het, al precaire, maatschappelijk draagvlak voor antiracismebeleid en – regelgeving die wel noodzakelijk en in overeenstemming met rechtsstatelijke beginselen zijn¹²². Bovendien biedt dergelijke, onevenwichtige regelgeving extreemrechtse personen en groeperingen bijkomende middelen om hun slachtofferrol te bestendigen.

Ook daarom kan een overheid het zich in de strijd tegen racistische of andere antidemocratische tendensen niet veroorloven om beginselen van een rechtsstatelijke strafrechtspleging uit het oog te verliezen¹²³.

122 Zo toont een recente studie in opdracht van de *Equal Opportunities Commission* aan dat het brede publiek zeer afwijzend staat tegenover wat (wat zij ervaren als) 'politiek correcte' en doorgedreven gelijkheidsclaims. Uit het bewuste rapport blijkt

dat dergelijke maatregelen een sterk negatief effect hebben op het maatschappelijk draagvlak voor de bestrijding van discriminatie in het algemeen. Zie: M. HOWARD en S. TIBBALLS, *Talking Equality. What men and Women Think About*

Equality in Britain Today, Manchester, EOC, 2003.

123 De auteurs danken L. Dupont, S. Sottiaux en S. Van Dyck voor hun informatie.