

TvMR

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

ISSN 1379-0250

Redactie

Hoofdredacteur: Paul de Hert
Eindredactie: Femke Quagebeur
Redactie: Charline Daelman, Willem Debeuckelaere, Annelies D'Espallier, Yves Haeck, Alexander Hoefmans, Aagje Leven, Christine Janssens, Veronique Joosten, Bjorn Ketels, Laurens Lavrysen, Koen Lemmens, Michael Merrigan, Saïla Ouald-Chaib, Paul Pataer, Stefan Sottiaux, Maxime Stroobant, Catherine Van De Heyning, Pieter Van den Heede, Katrien Van Der Heyden, Nathalie Van Leuven, Andy Van Pachtenbeke, Diederik Vandendriessche, Wouter Vandenhole, Mieke Verheyde, Arne Van den Bogaerde

Vormgeving: Bram Wets

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

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

Redactiesecretariaat

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

Redactionele samenwerking en disclaimer

Het Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw. De redactie heeft een volstrekt autonoom statuut. Het TvMR strekt tot het aanmoedigen van het onderzoek naar actuele mensenrechtenthema's en het verspreiden van de kennis hierover.

Voor publicatie aangeboden teksten, arresten en vonnissen en te bespreken boeken mogen rechtstreeks naar het redactiesecretariaat worden gestuurd. De redactie behoudt zich alle rechten voor de publicatie van ingezonden artikels, werken, advertenties, ed. te weigeren. Aan de totstandkoming van deze publicatie is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden de redactie en de uitgever geen verantwoordelijkheid. Elke auteur is verantwoordelijk voor zijn/haar eigen redactionele bijdragen.

Lidmaatschap Liga voor Mensenrechten en jaarabonnementen

Lid + abonnement op Tijdschrift voor Mensenrechten: 35 €
Lid + abonnement op Fatik, tijdschrift voor Strafbeeld en Gevangeniswezen: 40 €
Lid + abonnement op beide tijdschriften: 70 €
Steunend lid + abonnement op beide tijdschriften: 96 €
Lid zonder abonnement: 5 € per jaar

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

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

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

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

Salduz in internationale context

In de zaak Stojkovic tegen Frankrijk en België van 27 oktober 2011 sprak het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich uit over de toepassing van haar Salduz-rechtspraak in een internationale context. Verzoeker werd door de Belgische politie ondervraagd zonder bijstand van een advocaat op rogatoire commissie van een Franse rechter die dit verhoor van verzoeker als bijzonder getuige, met name 'témoin assisté'. Het EHRM beoordeelt de klacht tegen België onontvankelijk en de klacht tegen Frankrijk op basis van artikel 6, § 3, c) en 6, § 1, EVRM ontvankelijk en gegrond omdat het aan de Franse rechter toekwam om de Belgische politie er bij het verdere verloop van het verhoor op te wijzen dat de aanwezigheid van een advocaat vereist was.

Fundamentele hervormingsagenda voor het Europees Hof in Straatsburg

Van 7 november 2011 tot 14 mei 2012 zit het Verenigd Koninkrijk aan het roer van de Raad van Europa. Bij de overdracht van het voorzitterschap verklaarde William HAGUE, de Minister van Buitenlandse, dat de prioriteit de komende zes maanden zal liggen bij de hervorming van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het is geen publiek geheim meer dat er vanuit het VK het voorbije jaar steeds meer kritische geluiden worden opgevangen over de aard van de uitspraken van het Hof. De Britse coalitieregering ziet nu haar kans om op de golven van de lopende hervormingsbesprekingen een meer radicale agenda door te duwen. Met het Protocol 14 en de Verklaringen van Interlaken en Izmir trachten de lidstaten al jaren mechanismen uit te werken die helpen de achterstand van het Hof (momenteel opgelopen tot 160.000 zaken) weg te werken. De UK heeft echter een meer fundamentele wijziging op het oog, namelijk het beperken van de rol van het Hof tot het behandelen van zware vormen van mensenrechtenschendingen. In diplomatieke termen heet dit een meer gefocust Hof te zijn. Al te vaak, zo verklaarde William HAGUE, stelt het Hof zich immers in de plaats van de nationale rechter en daarin gaat ze te ver. Het VK werkt naar een ministeriële vergadering toe die in april 2012 zal plaatsvinden. De tweede prioriteit van de Raad van Europa, de EU toetreding tot het EVRM, verdwijnt blijkbaar op de achtergrond tot er binnen de EU een consensus groeit over enkele kritische onderhandelingspunten.

Twintig kaarsjes voor de VN Werkgroep Arbitraire Detentie

In 1991 richtte de Commissie Mensenrechten, de voorganger van de huidige Mensenrechtenraad, een werkgroep op van 5 onafhankelijke experts die als opdracht kregen om beschuldigingen van onrechtmatige vrijheidsberovingen te onderzoeken. De afgelopen twee decennia heeft de Werkgroep de aanhouding van honderden personen over de hele wereld opgevolgd, zich uitgesproken over de onwettelijkheid van hun detentie en hen geholpen hun vrijheid te herwinnen. Op de lange lijst van zaken figuren klinkende namen als Aung San Suu Kyi (Birma) en Haithan al-Maleh (Syrië). Tijdens een evenement te Parijs ter gelegenheid van de twintigste verjaardag van de Werkgroep getuigden zij alle twee over hun ervaringen (Aung San Suu Sky via videoboederschap). Nu arbitraire detentie in de context van de recente protesten meer en meer wordt gebruikt als wapen om alle oppositie het zwijgen op te leggen, blijft de Werkgroep helaas ook vandaag een onontbeerlijk rol vervullen. De database met meer dan 600 'individuele opinies' van de Werkgroep die op het evenement te Parijs werd gelanceerd, vormt dan ook een belangrijk instrument in de strijd tegen onrechtmatige aanhoudingen die onverminderd dient te worden voortgezet. De nieuwe database kan worden geraadpleegd via www.unwgadatabase.org.

Voor meer informatie over het indienen van een klacht bij de werkgroep, zie <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Complaints.aspx>.

Sterft de hoofddoekenzaak een stille procedurele dood? Kwestie van vertrouwen

Leden van minderheidsgroepen zetten zelden de stap naar de rechter ondanks het feit dat zij hoe langer hoe meer geconfronteerd worden met maatregelen die hun mensenrechten aantasten.

Het hoofddoekenverbod dat in verschillende Europese landen is ingesteld, is intussen een schoolvoorbeeld geworden in deze materie. Als de betrokken vrouwen al tegen een hoofddoekenverbod procederen zoals bijvoorbeeld in Duitsland, zetten ze bij een afwijzing zelden de stap naar een hoger gerechtshof of naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Wat is de oorzaak hiervan? Het kostenplaatje dat vast hangt aan zulke juridische procedures is niet min, en zal met name voor minderheden die vaak tot de economisch zwakkeren behoren mogelijk een rol spelen. Daarnaast speelt een gebrek aan vertrouwen in het rechtssysteem wellicht ook een rol. Door het algemeen hoofddoekenverbod aan te vechten dat de Raad voor het Gemeenschapsonderwijs (GO) wilde invoeren, heeft BOEH! - een diverse feministische actiegroep - die drempel in België hoopvol overbrugd. Die hoop en dat activisme worden nu echter door procedureel gehakketak de kop ingedrukt.

Laten we de feiten op een rij zetten. In juni 2009 besliste het Koninklijk Atheneum (KA) in Antwerpen om vanaf het schooljaar 2009-2010 een verbod op religieuze kentekens in te voeren op haar school. Deze beslissing leidde ook tot talloze protestacties. Wat de leerlingen van het KA betreft kozen enkele meisjes ervoor om hun hoofddoek af te leggen en naar dezelfde school te blijven gaan, anderen opteerden voor thuisonderwijs en nog anderen beslisten om van school te veranderen. Voor deze laatste optie koos de verzoekster in de zaak die nu voor de Raad van State (RvS) van het KA Antwerpen ging zij naar het KA in Lier waar de hoofddoek toen wel nog toegelaten was. Echter, niet veel later stuitte ze daar op hetzelfde probleem. In september 2009 besliste de Raad van het GO vanaf het schooljaar 2010-2011 in al zijn scholen een algemeen verbod op religieuze kentekens in te voeren. Daardoor zou verzoekster alsnog haar hoofddoek moeten afleggen vanaf het volgend schooljaar. Om dit te vermijden werd een vernietigingsprocedure gestart bij de RvS en werd er tegelijkertijd gevraagd om het algemeen verbod te schorsen. De RvS had in zijn arrest van 18 maart 2010 geoordeeld dat *"een beslissing die een leerling de toegang tot haar huidige school en tot alle andere onderwijsinstellingen van het gemeenschapsonderwijs op een dergelijke wijze belemmert of onmogelijk maakt een beslissing [is] die de leerling ernstig nadeel berokkent"* en besloot bijgevolg het verbod te schorsen. Over de vernietiging werd nog geen uitspraak gedaan, omdat de RvS eerst een prejudiciële vraag wou stellen aan het Grondwettelijk Hof (GwH) over de interpretatie van artikel 24 van de Grondwet (GW), dat bepaalt dat de inrichting van het GO bij decreet geregeld moet worden. Het GwH oordeelde in zijn arrest van 15 maart 2011 dat artikel 24 GW niet vereist dat een dergelijk verbod bij decreet in plaats van door een beslissing van de Raad van het GO wordt ingevoerd, waardoor de bal weer in het kamp van de RvS kwam te liggen.

Ondertussen zijn we echter twee jaar verder en is de verzoekster afgestudeerd. Wat op zich een heugelijk feit zou moeten zijn, heeft tot een juridisch complicatie geleid. Het feit dat ze vanaf dit schooljaar niet meer ingeschreven is aan het KA Lier heeft aanleiding gegeven tot de opheffing van de schorsing (bij arrest van 8 september 2011), aangezien de verzoekster er geen belang meer bij heeft dat het verbod geschorst blijft. Concreet betekent dit dat het GO vanaf volgend schooljaar het algemeen hoofddoekenverbod zal kunnen invoeren in al haar scholen. Tenzij natuurlijk dat de RvS ondertussen tot de conclusie zou komen dat het verbod de mensenrechten schendt en tot de vernietiging ervan zou overgaan in de nog steeds lopende vernietigingsprocedure. Maar ook hier hangt de belangkwestie als een zwaard van Damocles boven de zaak.

Dat de discussies rond Islamitische sluiers in ons land gevoelig liggen staat buiten kijf. Ongetwijfeld wordt dit ook sterk aangevoeld binnen de Raad van State. Ongeacht wat de uitspraak zal zijn in deze zaak, het zal sowieso leiden tot nog meer verhitte discussies. Hoewel de verzoekster haar middelbare school succesvol heeft afgewerkt, is het probleem nog niet van de baan. Er zijn talloze meisjes die nog een lange weg moeten afleggen in het onderwijs en die voor dezelfde problematische keuze worden gesteld tussen hun recht op godsdienstvrijheid en hun recht op onderwijs. Daarnaast heb je ook de activisten van BOEH! die het juridisch verloop met lede ogen aanzien. Waar ze twee jaar geleden optimistisch voor basismensenrechten opkwamen, hoor ik nu vanuit die hoek vooral een negatieve en moedeloze visie op het gerecht en op rechtvaardigheid. Ongeacht de uitkomst van de zaak, heeft het vertrouwen in het gerecht van BOEH!, en met hen de vrouwen die ze vertegenwoordigen, een deuk opgelopen. Daar maak ik mij als mensenrechtenjuriste zorgen over.

*Saila Ouald-Chaib**

* *Saila Ouald-Chaib is doctoraal onderzoeker aan het Human Rights Center Gent.*

“Schaf de Europese databewaringsrichtlijn af”

TvMR sprak met Alexander Alvaro

In de bar van het Europees Parlement roert Alexander Alvaro in zijn thee terwijl zijn assistent met hem nog snel even de activiteiten van de dag doorneemt. Vermoeid kijkt hij naar zijn overvolle agenda. De 36-jarige Portugese Duitser is op korte tijd uitgegroeid tot een vaste waarde van het LIBE-committee, dat zich binnen het Parlement bezighoudt met burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken. Samen met collega's zoals Sophie in't Veld is Alvaro sinds zijn aantreden in 2004 binnen de liberale ALDE-fractie een pleitbezorger voor het recht op privacy en de bescherming van persoonlijke data. Hij werd meteen aangesteld als de verantwoordelijke voor het schrijven van de opinie van het LIBE-committee over de controversiële databewaringsrichtlijn, die op dat moment voorgesteld werd door de UK als een noodzakelijke maatregel in de strijd tegen het internationale terrorisme. De richtlijn gaf competente nationale autoriteiten de mogelijkheid om het telefoon- en internetgedrag van alle personen in de EU te traceren voor een periode die kon oplopen tot twee jaar. Die richtlijn werd snel het mikpunt van veel protest: mensenrechtenngo's en academiërs beschuldigden de EU ervan om massaal onschuldige burgers te willen bespieden. Sommige lidstaten hebben tot op vandaag de richtlijn nog altijd niet geïmplementeerd. De richtlijn wordt momenteel geëvalueerd, en ligt nog altijd zo gevoelig als zes jaar geleden.

Alvaro: Na de bomaanslagen in Londen in 2005 was de Labour-regering in de UK erop gebrand om het publiek duidelijk te maken dat er 'iets' gedaan werd om verdere aanslagen te voorkomen. Er moesten tastbare resultaten zichtbaar zijn. Als voorzitter van de Europese Raad lobbyde het onvermoeibaar om Europese telecommunicatiebedrijven te verplichten om data voor een langere periode te bewaren. Daardoor zouden speurders meer toegang krijgen tot potentieel interessante informatie, wat de veiligheid van alle burgers ten goede kwam. Dat was de redenering en daarmee was de kous af. Voorstanders van de verplichting gebruikten onfaire argumenten die de balans tussen het bereiken van meer veiligheid, en het beschermen van mensenrechten en burgerlijke vrijheden als een *zero sum game*

Mathias Vermeulen *

beschouwden. Het was het een of het ander. Zes jaar geleden werd je scheef bekeken als je meer vraagtekens durfde te plaatsen bij het nut of de proportionaliteit van zo'n verplichting. En dat verontrustte mij. Want tijdens mijn rechtenstudies had ik altijd geleerd dat het net degenen zijn die burgerlijke vrijheden willen inperken, die zich uitgebreid moeten verantwoorden. En net het omgekeerde gebeurde hier.

TvMR: Merk je dat diezelfde opvatting nog steeds overheerst in Europa?

Alvaro: Nee, mensen beginnen zich meer en meer vragen te stellen over de proportionaliteit van enkele eerder genomen anti-terreurmaatregelen. Ook in het Europees Parlement. In het geval van de databewaringsrichtlijn helpt het natuurlijk ook dat drie verschillende constitutionele hoven in Europa (*in Duitsland, Roemenië en Tsjechië, nvdr*) de implementatie van de Europese databewaringsrichtlijn ongrondwettelijk verklaarden. Meestal volgden die uitspraken op protesten van burgers die niet wilden dat hun gegevens bewaard werden, en als de burgers zich roeren, volgen ook Euro-parlementariërs natuurlijk.

TvMR: De opinie die U voor het LIBE-committee schreef was een compromis, en daarna werden uw voorgestelde amendementen nog verder afgezwakt door het Parlement. Kon U uiteindelijk leven met het eindresultaat van de richtlijn?

Alvaro: Nee, helemaal niet. Binnen het LIBE-committee had ik al te veel water bij de wijn moeten doen. Zo was er in mijn initiële opinie bijvoorbeeld geen sprake van dat alle data van de Internet Providers ook bewaard zouden worden. Ik vond dat er veel te veel technische obstakels waren om zulke gevoelige data, zoals het bijhouden van de bezochte sites, op een correcte manier te bewaren, en vond dat het bewaren van zulke data veel verder ging dan 'traffic data' die in de handen lagen van de telecommunicatiebedrijven. Toen de plenaire vergadering dan nog eens amendementen aannam die de draagwijdte van de richtlijn verbreedde, was voor mij de maat vol. Al die amendementen werden trouwens aangereikt door de Britten in de Raad van Ministers. De twee grootste partijen besloten dus dat de positie van de Raad gewoon kon overgenomen worden door het Parlement. (*fel*) Dat kan toch niet!

* Mathias Vermeulen is onderzoeker verbonden aan de VUB in Brussel en de EUI in Firenze.

TvMR: De Britten hadden nog een grote stok om het Parlement mee te slaan indien het geen 'goede' tekst van de richtlijn wou aannemen: er lag immers nog een voorstel klaar om databewaring in te voeren via een kaderbesluit dat het Parlement helemaal buitenspel zou zetten. Was deze stok achter de deur niet ook mede-verantwoordelijk voor de afgezwakte tekst?

Alvaro: Het kaderbesluit dat gesteund werd door de UK, Frankrijk en Zweden had inderdaad precies dat doel. Maar tegelijk zou het doorzetten van dat scenario de volledige eerste pijler van de Europese Unie hebben aangetast, én geleid hebben tot een rechtszaak bij het Hof van Justitie in Luxemburg. Desalniettemin verborgen de Britten niet dat de wettelijke basis voor de verplichting om data te bewaren hen gestolen kon worden. Als de maatregel er maar kwam, dat was het voornaamste. De uiteindelijke vorm interesseerde hen niet. Persoonlijk had ik liever gezien dat er een kaderbesluit én een richtlijn zou zijn. Het kaderbesluit zou dan de toegang van politie en gerecht tot bepaalde gegevens geregeld hebben, en de richtlijn zou zich dan volledig gericht hebben op de bewaringsmodaliteiten. Maar zover is het helaas nooit gekomen.

TvMR: Door de aanhoudende kritiek en het gebrek aan uniformiteit in de implementatie van de richtlijn in Europa, besloot de Europese Commissie in 2011 een evaluatie van de implementatie van de richtlijn te publiceren. Er kwam veel kritiek op deze evaluatie, omdat ze bijvoorbeeld niet de noodzaak van de richtlijn onderzocht. Wat vond u van het uiteindelijke document?

Alvaro: De evaluatie door de Commissie had zeker een voordeel: nu is er ten minste duidelijkheid over hoe de richtlijn precies is geïmplementeerd door de verschillende lidstaten. We weten nu precies wie toegang heeft tot welke data in de lidstaten, en voor hoe lang deze data worden bewaard. Daardoor werd pijnlijk duidelijk dat er totaal geen uniformiteit heerste in de implementatie. Het oorspronkelijke doel om de wetgeving van de lidstaten in dit opzicht te harmoniseren is dus volledig mislukt. Eigenlijk bevinden we ons zelfs in een slechtere situatie dan zes jaar geleden. In 2005 besloot geen enkele lidstaat om data voor een langere periode te bewaren, alhoewel ze daar wel de mogelijkheid toe hadden via de E-privacy richtlijn. Nu zitten we opgescheept met een chaotisch kluwen van verschillende reguleringen waar niemand zeker is wie nu precies wat kan bijhouden. Dat is een dramatische evolutie. Landen zoals de V.S. en Israël hebben ook ooit een systeem van databewaring overwogen, maar hebben dat uiteindelijk niet geïmplementeerd. De E.U. heeft de historische verantwoordelijkheid voor de introductie van databewaring, en dat is een spijtige zaak.

Wat ik verder vooral miste in de evaluatie is een assessment van de potentiële sociale gevolgen die

veroorzaakt werden door de aanname van de richtlijn. Communiceren mensen anders via het internet of via de telefoon als ze weten dat deze gesprekken bewaard kunnen blijven? Dat weten we nu nog altijd niet.

TvMR: De uiteindelijke conclusie van de Commissie is dat de databewaringsrichtlijn in haar huidige vorm kan behouden worden, mits enkele aanpassingen. Deelt u die mening? Of kan de richtlijn beter in zijn geheel afgeschaft worden? Alternatieve opties, zoals het vervangen van de richtlijn door een 'quick freeze' systeem werden niet echt in overweging genomen door de Commissie.

Alvaro: Het databewaringsdossier is een emotioneel dossier geworden doorheen de jaren, net omdat de reacties van voor- en tegenstanders zo hevig waren. De Commissie heeft een soort koppigheid ontwikkeld, en zal de richtlijn blijven steunen, zelfs al vinden veel experts – en zelfs veel lidstaten – het een slechte richtlijn.

TvMR: Zoals Commissioner Reding het formuleerde: "Data retention is here to stay".

Alvaro: Inderdaad. Die quote blijft ook in mijn geheugen gegrift, omdat ze langs de ene kant het onbegrip van de Commissie voor de bezorgheid van vele burgers aantoonde, en langs de andere kant bewijst dat de Commissie geen oren lijkt te hebben naar de kritiek op de effectiviteit van de maatregel. In Duitsland kunnen we de vergelijking maken. Gedurende een jaar was de implementatiewet van de databewaringsrichtlijn van kracht – tot het moment dat het Grondwettelijk Hof de implementatiewet nietig verklaarde. In het jaar dat de richtlijn van kracht was, speurde de politie niet meer criminelen op. Integendeel, de statistieken lijken zelfs aan te tonen dat er een lichte daling was in het opsporen van criminelen. Dat lijkt in ieder geval aan te duiden dat de databewaringsrichtlijn geen magische oplossing was voor de politie.

Daarom vind ik ook dat er op zijn minst nagedacht moet worden om de over het concept van 'data preservation'. In plaats van de gegevens van alle gebruikers te bewaren voor een langere periode, zouden de telecomunicatiebedrijven op vraag van een nationale overheid alleen die gegevens moeten bewaren van gebruikers die nuttig zouden kunnen zijn voor een onderzoek. Dat zou als voordeel hebben dat er ten minste een concreet vermoeden van schuld moet zijn vooraleer dit mechanisme aangewend kan worden. Ik zou zelfs een compromis kunnen aanvaarden waarbij die data die de telecomunicatiebedrijven sowieso al bewaren, bijvoorbeeld om de gebruiker correct aan te rekenen, iets langer bewaard blijven, gekoppeld aan de introductie van 'data preservation'.

TvMR: Wat zijn de overlevingskansen van zo'n voorstel?

Alvaro: Wel, het grootste probleem is dat binnen de Raad van Ministers de ministers van Binnenlandse Za-

ken verantwoordelijk zijn voor dit dossier. Ik vermoed dat 90% van al die ministers hun oor alleen te luister leggen bij de hoofdcommissaris van de politie of openbare aanklagers, die bijna unisono voorstanders van de richtlijn zijn, en zelfs pro een uitbreiding van de richtlijn zijn. Het is dus weinig waarschijnlijk dat de Raad dit concept van 'data preservation' snel zal omarmen.

In het Parlement daarentegen groeit de overtuiging dat 'data preservation' een goed alternatief is, en dat er een meerderheid kan zijn gevormd worden die dit alternatief zal steunen. Wij zullen dit alternatief in ieder geval introduceren wanneer de herziening van de richtlijn op de agenda van het Parlement komt. En als we daarin slagen, ligt de bal weer in het kamp van de Raad, die dan kleur zal moeten bekennen. Als we niet tot een overeenkomst komen, dan zal de oude richtlijn van kracht blijven – en ik denk dat niemand daar gewonnen voor is.

TvMR: Wat is de timing van de herziening van de databewaringsrichtlijn? Het zou logisch zijn als deze pas afgerond zou worden na de herziening van de databeschermingsrichtlijn.

We weten niet precies wanneer de herziening van de richtlijn door de Commissie afgelopen zal zijn. We verwachten dat de Commissie in November 2011 gereed zal zijn met haar herziening van de databeschermingsrichtlijn, en voor de zomer van 2012 met de herziening van de databewaringsrichtlijn. Ik ben het met je eens dat een herziening van de databewaringsrichtlijn niet mag ingaan tegen de hernieuwde databeschermingsrichtlijn, en daardoor dus maar later mag behandeld worden. Ik vrees echter dat we eerst met de herziening van de databewaringsrichtlijn zullen starten, en de databeschermingsrichtlijn zullen herzien in het licht van de aanpassingen aan de databewaringsrichtlijn. En dat zou nefast zijn.

TvMR: Critici beweren soms dat het Parlement niet echt geïnteresseerd is in privacy of databescherming, maar in het verleden – voor de aanneming van het Verdrag van Lissabon – vooral bezorgd was over het vrijwaren van haar co-decisie recht in zaken die te maken hadden met de interne veiligheid van de Unie. De strijd die het voerde met de Commissie en de Raad was maar een vehikel voor dat belangrijkste doel.

Alvaro: Dat vind ik een onterechte kritiek. Als je dat voor de voeten van het Parlement gooit, dan moet je jezelf de vraag stellen: "Waarom is het altijd net in die dossiers die gaan over de balans tussen privacy en veiligheid dat het Parlement in de clinch gaat met de Commissie en de Raad?" We hebben dit soort discussies nooit wanneer we het over de interne markt hebben, of over sociaal beleid of milieuzaken. Ik geloof dat onze groep van collega's binnen het LIBE-committee oprecht bezorgd zijn over privacy. Wij starten geen institutionele

strijd omdat we het leuk vinden om met de Commissie en de Raad een robbertje te vechten. Dergelijke twisten zijn bovendien erg vermoeiend en niet goed voor onze algemene samenwerking met de instituties.

TvMR: Binnen de Europese Unie lijkt vooral Duitsland erg gevoelig te zijn voor alle dossiers die te maken hebben met privacy en data-bescherming. Google Street View kwam in de EU als eerste in Duitsland onder vuur te liggen, tienduizenden Duitsers waren deel van de class-action rechtszaak tegen de databewaringsrichtlijn en de media berichtten vaak over privacy-issues. Hoe komt dat volgens U? Kan die interesse alleen verklaard worden door de specifieke Duitse geschiedenis, waarin de Stasi zoveel data gebruikte en misbruikte tegen haar inwoners?

Alvaro: Er is inderdaad een grote gevoeligheid in Duitsland over deze zaken, en dat heeft zeker gedeeltelijk met ons unieke verleden te maken. Natuurlijk liggen niet alle 80 miljoen Duitsers hier van wakker, maar er is toch een grote bezorgdheid over dingen zoals video-surveillance en het blokkeren van websites bijvoorbeeld. Zowel tijdens het Derde Rijk als in de DDR werden we geconfronteerd met twee verschrikkelijke regimes die hun eigen burgers bespioneerden. De staat verzamelde zoveel informatie als het kon over haar burgers die gebruikt werd om tegenstanders en opposanten te identificeren en zelfs te elimineren. Vanuit deze historische context is er een algemeen wantrouwen tegenover overheidsinstanties die veel informatie willen verzamelen over hun inwoners. Albert Einstein zei ooit dat de mensen de overheid moest wantrouwen die haar burgers wantrouwt. Wel, die uitspraak zie je in Duitsland veel terugkeren – niet alleen in graffiti op de straten, maar ook als permanente versiering op sommige muren. Er is ook een grote gevoeligheid over wat anderen kunnen weten over jouw persoon.

TvMR: Is die relatief grote aandacht voor privacy-onderwerpen ook een factor dat het recente succes van de Piratenpartij in Duitsland kan verklaren?

Alvaro: Misschien wel ja. Voor zover ik de analyses goed gelezen heb versta ik dat ongeveer 90% van de kiezers van de Piraten geen idee hebben van waar die partij voor staat. De meerderheid van hun kiezers stemden voor hen uit protest tegen de andere partijen. Maar de partij heeft zeker een zenuw blootgelegd door aan te tonen dat veel mensen veel belang hechten aan onderwerpen zoals privacy en internetregulering. Veel van de gevestigde partijen hebben tot nu toe gefaald om duidelijke standpunten in te nemen. Het succes van de piraten moet daarom een wake up call zijn voor de gevestigde partijen: als we geen aandacht besteden aan deze onderwerpen, zullen we kiezers verliezen.

Geen volwassenenonderwijs meer voor mensen zonder papieren, een nieuwe 'Smet' op Vlaams mensenrechtenblazoen

Luca Ferro *

Op 12 april 2011 diende Vlaams minister van Onderwijs Pascal Smet (SPA) het ontwerp van onderwijsdecreet XXI in.¹ Nog geen drie maanden later werd dit ontwerpdecreet bekrachtigd en afgekondigd en ten slotte op 30 augustus bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.² Het decreet had nochtans al serieus wat stof doen opwaaien en lag zwaar onder vuur door de Raad van State, de Consortia Volwassenenonderwijs, de Centra voor Basiseducatie, de onderwijsvakbonden, de Kruispuntbank Migratie-Integratie, het Minderhedenforum, Samenlevingsopbouw Brussel en tal van mensenrechtenadvocaten. Het voornaamste voorwerp van kritiek betreft artikel IV.7, 1° dat artikel 37 van het decreet betreffende het volwassenenonderwijs van 15 juni 2007³ aanpaste. De verandering bestaat erin dat vanaf 1 september 2011 cursisten geweigerd worden voor een opleiding indien zij geen bewijs van de Belgische nationaliteit of van een wettig verblijf kunnen voorleggen. Een amendement⁴ dat deze bepaling wilde schrappen, werd met grote meerderheid verworpen in het Vlaams Parlement.

Wachlijsten

Minister Smet verdedigde het bewuste artikel IV.7, 1° omstandig in de memorie van toelichting⁵ bij het decreet. Zijn voornaamste doelstelling was in eerste instantie de bestrijding van de wachtlijsten voor de zogenaamde NT2 opleiding (lessen Nederlands als tweede taal).

Dit is echter op geen enkele manier een afdoende verklaring voor de omstreden aanpassing. Ten eerste worden meerderjarige studenten zonder wettig verblijf niet enkel van de taallessen, maar van alle opleidingen geweerd. De woorden van de minister in de Commis-

sie voor Onderwijs en Gelijke Kansen waarbij hij een duidelijk onderscheid maakte tussen de cursussen die passen in een performant migratiebeleid en cursussen die daar tegen in gaan, klinken bijgevolg bijzonder hol daar de wet dergelijk onderscheid op geen enkele manier heeft overgenomen. Volgens de minister zouden inschrijvingen voor een opleiding metser bij voorbeeld wel nog kunnen, maar lessen Nederlands voor een Afghaanse uitgeprocedeerde asielzoeker niet meer. Daarvan is dus echter niets terug te vinden in de wetsbepalingen.

Daarnaast stelt de vraag zich in welke mate de wachtlijsten voor de taallessen veroorzaakt worden door deelnemers zonder wettig verblijf. Het is namelijk zo dat de verblijfspapieren zelden of nooit worden opgevraagd of bijgehouden bij de inschrijvingen. Hoe men bijgevolg tot de conclusie is gekomen dat het teveel aan studenten door mensen zonder wettig verblijf veroorzaakt wordt, is een raadsel. De weinige gegevens voorhanden wijzen daarenboven in exact de tegengestelde richting: In Gent zou bijvoorbeeld slechts 5% van de ingeschreven studenten geen wettig verblijf kunnen bewijzen.⁶ Dat is heel wat lager dan de 20% waar de minister telkens weer over spreekt.

Aangezien de uitsluiting geldt voor alle opleidingen bij de Centra voor Volwassenenonderwijs (CVO) en de wachtlijsten voor Nederlandse taallessen niet of slechts in zeer beperkte mate veroorzaakt worden door mensen zonder papieren, verantwoordt de verklaring van de minister dus geenszins de bewuste bepaling uit het decreet.

Raad van State

Het advies van de Raad van State⁷ was bijgevolg vernietigend voor het oorspronkelijk artikel IV.7, 1° en formuleerde fundamentele bezwaren met betrekking tot het doel, het evenredig karakter en de noodzakelijkheid.

* Luca Ferro is stagiair bij de Liga voor Mensenrechten en masterstudent aan de rechtsfaculteit van de universiteit Gent.

1 Ontwerp van het decreet betreffende het onderwijs XXI, Parl. St. VI.Parl. 2010 - 2011, nr. 1.082/1.

2 Ontwerp van het decreet betreffende het onderwijs XXI, BS 30 augustus 2011, 55.447.

3 Decr.VI. 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs, BS 31 augustus 2007, 45.114.

4 Amendement (E. Meuleman) op het ontwerp van decreet betreffende het onderwijs XXI, Parl. St. VI.Parl. 2010 - 2011, nr. 1082/3.

5 Ontwerp van het decreet betreffende het onderwijs XXI, Parl. St. VI.Parl. 2010 - 2011, nr. 1.082/1, 3.

6 Ontwerp van het decreet betreffende het onderwijs XXI, Parl. St. VI.Parl. 2010 - 2011, nr. 1.082/9, 41.

De minister heeft zijn oorspronkelijke doelstelling dan maar aangepast aan de gegeven opmerkingen. Nu heet het dat het onderwijsaanbod voor mensen zonder papieren een verkeerd signaal is voor die mensen en zo indruist tegen het federale migratiebeleid. Nog steeds neemt deze nieuwe motivering niet alle twijfels weg. Het federale beleid steunt namelijk al jaren op het vergemakkelijken van de (vrijwillige) terugkeer, door het bieden van bijkomstige hulp zoals een beroepsopleiding, het opzetten van een activiteit die een inkomen oplevert of een kleine onderneming.⁸ Het aanbieden van een volwassenenopleiding, neem nu maar als fotograaf of schrijver, past dus perfect in die visie en van een tegenstelling met de federale aanpak is aldus geen sprake.

Het wetsartikel is daarenboven in geen van beide versies evenredig tot zijn doel. Als het louter de bedoeling is om de (vermeende) wachtlijsten bij de NT2 opleiding weg te werken is het toch volslagen onzinnig om de geviseerde personen dan ook maar meteen uit te sluiten van om het even welke andere beroepsopleiding. Het proportionaliteitsbeginsel wordt hier met andere woorden volledig miskend. Ook de nieuw geformuleerde motivering is in strijd met dit beginsel. Zoals reeds vermeld is er allereerst slechts sprake van een schijnbare tegenstelling tussen het toelaten van mensen zonder de correcte verblijfsdocumenten tot het volwassenenonderwijs in Vlaanderen en het federale migratiebeleid. Deze motivering is dus een absolute drogreden. Bovendien is het volstrekt niet de taak van het Vlaams Ministerie van Onderwijs om beleidsregels uit te schrijven met betrekking tot migratie en hoort dit op het correcte (federale) niveau te gebeuren op een minder drastische en meer efficiënte manier. Eigenlijk komt het hierop neer: men mag het migratieprobleem niet proberen oplossen in het kader van de onderwijsverstrekking.

Ten slotte werd het noodzakelijk karakter van de maatregel niet op voldoende wijze aangetoond, bij geen van beide objectieven. Het wegwerken van wachtlijsten kan zeker op andere en zelfs meer doeltreffende manieren bereikt worden. Zo moet men de omvang van de wachtlijsten eerst en vooral grondiger onderzoeken en nagaan wat er precies de oorzaak van is. Gelet op de volkomen ontoereikendheid van het voorhanden zijnde cijfermateriaal, lijkt dat de eerste vereiste stap. Bovendien kan men bijvoorbeeld het inschrijvingsgeld verhogen, opdat de toestroom van cursisten daalt. Ten slotte, en dit lijkt veruit het meest aangewezen, kan men natuurlijk ook denken aan de uitbreiding van de capaciteit van de lessen. Wat de tweede verantwoording betreft, lijkt het ontzeggen van toegang tot de CVO's aan mensen zonder papieren absoluut niet onontbeerlijk om in overeenstemming te zijn met federaal beleid. In tegendeel, het aanbieden van een

opleiding die nuttig kan zijn in het land van herkomst en op die manier het 'rugzakje' van de vertrekkende wat aanvullen leidt in alle waarschijnlijkheid tot een snellere en meer humane terugkeer. Dat is trouwens net de filosofie van het asiel- en migratiebeleid zoals ze vandaag de dag wordt gepropageerd. Met andere woorden: het is net de recente aanpassing van de Vlaamse onderwijsregelen door minister Smet die een mogelijk conflict met het federale beleid zal creëren en het is er in ieder geval niet de oplossing voor.

Er schieten dus slechts twee mogelijkheden over: ofwel is de wettekst zoals ze vandaag bestaat een volkomen misvertaling van de doelstelling(en) van de minister, ofwel wordt er met de tekst een heel andere agenda nagestreefd dan diegene die de minister ons voorhoudt. Deze laatste optie lijkt het meest waarschijnlijk, gezien het objectief van het artikel in een handomdraai en 180 graden gewijzigd werd.

Weerstand van de basis

De Romeinen wisten reeds dat de meest fundamentele voorwaarde voor de naleving van een rechtsregel in de dagdagelijkse werkelijkheid is dat de regel als rechtvaardig moet worden beschouwd door de burger.

De storm aan protest die opstak nadat de aanpassingen voorgesteld door de minister bekendraakten, maakte overduidelijk dat deze cruciale voorwaarde alvast niet vervuld was. De basis, met name de onderwijsverstrekking en haar personeel, stond namelijk op haar achterste poten. Het duurde slechts enkele dagen vooraleer ieder Vlaams Parlementslid een uitgebreide en emotionele mail ontving om artikel IV.7, 1° te schrappen bij de parlementaire bespreking. Op 27 oktober vond er tevens een actiedag plaats in maar liefst 9 steden voor het recht op onderwijs voor mensen zonder wettig verblijf. Van zodra het duidelijk werd dat de Vlaamse parlementairen (op enkele uitzonderingen na) de wil van haar bevolking niet volgden en zelfs volkomen negeerden, besloot het middenveld dan maar het recht in eigen handen te nemen. Samenlevingsopbouw Brussel, de Liga voor Mensenrechten en de Landelijke Bediendencentrale (LBC-NVK) zullen daarom begin december twee verzoekschriften tot vernietiging van de gecontesteerde maatregel indienen bij het Grondwettelijk Hof.⁹

Dat artikel IV.7, 1° tot stand is gekomen zonder inspraak van de basis en dus zeer autoritair vanuit Brussel werd opgelegd, wordt pas echt duidelijk wanneer men naar de effectieve uitwerking ervan kijkt. Het artikel heeft namelijk tot gevolg dat leerkrachten in het volwassenenonderwijs vanaf 1 september 2011 meer dan 30 verschillende verblijfsstatuten moeten kunnen onderscheiden en weten welke van die 30 toelating geeft tot hun cursus en welke niet. Deze politieke functie

⁷ Ontwerp van het decreet betreffende het onderwijs XXI, Parl. St. VI.Parl. 2010 – 2011, nr. 1.082/1, 284.

⁸ Algemene Beleidsnota Migratie- en Asielbeleid, Parl. St. Kamer 2009-10, Doc 2225/009, 22.

⁹ Samenlevingsopbouw Brussel, "Recht op onderwijs van mensen zonder wettig verblijf. Nota n.a.v. verzoekschrift Grondwettelijk Hof inzake Onderwijsdecreet XXI", 27 oktober 2011, <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B6l9zEdGbKJLOTM3MzcyMjAtOWI4NC00NTA5LTkxY2EtNzE5YTQ2YjEzODc4&hl=en>, 1.

vormt niet alleen een extra belasting op het reeds overbelast en onderbezet personeel uit de sector, maar valt tevens volstrekt niet te rijmen met hun ingesteldheid. Vele lesgevers en volwassenenonderwijsinstellingen verklaarden namelijk al dat ze desnoods vrijwillig de lessen aan illegale cursisten wilden verder zetten.

Wat in Romeinse tijd gold, geldt nu nog steeds: wanneer een nieuwe maatregel niet gedragen wordt door de bevolking, zal haar uitvoering in de praktijk nooit op een efficiënte manier gebeuren. Met artikel IV.7, 1° lijkt het dezelfde richting uit te gaan, aangezien het verzet vanuit de CVO's steeds groeit.¹⁰ Het lijkt dus aangewezen de maatregel in haar geheel te herroepen.

Recht op onderwijs

Men mag tevens niet uit het oog verliezen dat er met deze bepaling een belangrijk mensenrecht met de voeten wordt getreden, met name het recht op onderwijs.

Het recht op onderwijs is sterk beschermd op internationaal vlak. Zo bepaalt de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens dat *"een ieder recht op opvoeding"*¹¹ heeft. De enige beperkingen daaraan mogen *"door de wet uitsluitend zijn ingevoerd om de erkenning van en de eerbied voor de rechten en vrijheden van anderen te verzekeren en ten einde te voldoen aan de rechtmatige eisen van moraal, de openbare orde en het algemeen welzijn in een democratische maatschappij"*.¹² De nuchtere, onbevooroordeelde lezer ziet meteen dat het artikel IV.7, 1° van het onderwijsdecreet die doelstelling bijlange niet dient. Noch de minimale wachtlijsten, noch de vermeende tegenstelling met de nationale politiek beantwoorden namelijk aan deze omschrijving.

Ten tweede stelt het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten opnieuw dat de Verdragsstaten het recht van een ieder¹³ erkennen op onderwijs.¹⁴ Daarnaast bepaalt men dat *"het hoger onderwijs (...) voor een ieder beschikbaar en toegankelijk dient te worden gemaakt"*. Ook dat is onmogelijk te verzoenen met de aanpassingen van minister Smet.

Bovendien stelt het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden dat *"niemand het recht op onderwijs zal worden ontzegd"*.¹⁵ Dit artikel kan worden ingeroepen door elke rechtsonderhorige die zich binnen de jurisdictie van de verdragsstaten bevindt. Ook meerderjarigen¹⁶

zijn dus dragers van dit grondrecht. Volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens mogen mensen zonder papieren dit recht natuurlijk niet misbruiken om het bevel tot verlaten van het grondgebied te omzeilen, maar de situatie in het land van herkomst of het land waarnaar men wordt uitgewezen moet wel deel uitmaken van de beoordeling of het recht al dan niet geschonden wordt.¹⁷ Ook dit is nergens terug te vinden in de betrokken wetgeving.

Last but not least spreekt onze Belgische Grondwet zich ook nog uit over het recht op onderwijs. Het bepaalt dat *"ieder recht heeft op onderwijs, met eerbiediging van de fundamentele rechten en vrijheden"*.¹⁸ Tevens schuift de Grondwet de gelijke bescherming van Belgen en vreemdelingen die zich op het grondgebied bevinden als principe naar voren, al zijn er wettelijke uitzonderingen mogelijk.¹⁹ De Grondwet spreekt enkel over personen die zich hier bevinden en maakt dus geen onderscheid tussen legaal of illegaal verblijvenden. Het verschil in behandeling dat door de wetgever kan worden ingesteld mag daarbij nooit ongeoorloofd zijn. Het Arbitragehof oordeelde immers dat het gelijkheidsbeginsel steeds moet worden nageleefd bij de toepassing van art. 191 Gw. waardoor een willekeurig onderscheid uit den boze is. De Raad van State besliste reeds in haar advies dat deze wettelijke bepaling de grondwettigheidstoets niet zou doorstaan.

Ten slotte beweert Minister Smet dat hij het recht op onderwijs voor kinderen onder de 18 jaar ongemoeid laat. Hij vergeet daarbij natuurlijk te vermelden dat er ook twee- en meerjarige opleidingen bestaan bij de verschillende CVO's²⁰, waarbij een ingeschreven cursist zonder verblijfspapieren verplicht wordt de opleiding stop te zetten bij het bereiken van de meerderjarigheid.

Hoe men het ook draait of keert, de maatregel zoals ze vandaag genomen werd vormt een niet te rechtvaardigen inbreuk op het recht op onderwijs.

Ponomaryov t. Bulgarije²¹

Een zeer recent arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen lijkt ten slotte aan te geven dat er internationaal een heel andere richting wordt uitgegaan dan diegene ingeslaan door minister Smet en het Vlaams Parlement.

Het arrest waarvan sprake, Ponomaryov t. Bulgarije,

10 Zo leerde een korte ondervraging bij 3 CVO's dat CVO Heusden-Zolder niet op de hoogte was van de nieuwe maatregel en ze bijgevolg niet toepaste, CVO Antwerpen er niet mee akkoord ging maar het toch plichtsbewust uitvoerde en CVO Gent, hierin gesteund door het stadsbestuur, de nieuwe maatregel weigerde in de praktijk om te zetten.

11 Art. 26, 1 UVRM.

12 Art. 29, 2 UVRM.

13 Art. 13, 1° IVBPR.

14 Art. 13, 2°, c IVBPR.

15 Art. 2 Eerste Protocol EVRM.

16 Rb. Brussel, 17 september 1991, J.D.J. 1991, afl. 109, 28.

17 Commissie, nr. 7671/76, beslissing van 19 mei 1977, X. v. United Kingdom, D&R, 9, 185-187.

18 Art. 24, § 3 Gw.

19 Art. 191 Gw.

20 Zo bijvoorbeeld is de opleiding multimediaoperator er één met een duurtijd van twee jaar.

21 Anatoly Ponomaryov and Vitaliy Ponomaryov v. Bulgaria, no. 5335/05, 21 June 2011.

handelt over twee Russische jongens geboren in het huidige Kazachstan. Na de scheiding van hun ouders volgden zij hun moeder naar Bulgarije waar zij opnieuw huwde, ditmaal met een Bulgaar. De vrouw verkreeg een permanent verblijfsdocument op basis van haar nieuw huwelijk en de jongens mochten in Bulgarije blijven wonen omwille van hun moeder. In 2005 kregen de Ponomaryovs echter bericht van hun middelbare school dat zij respectievelijk € 800 en € 2.600 dienden te betalen voor hun middelbaar onderwijs. Deze beslissing werd gestoeld op relevante Bulgaarse wetgeving die stelt dat buitenlanders zonder permanente verblijfspapieren collegegeld dienen te betalen voor hun secundair onderwijs. Het gezin besloot deze discriminatie juridisch aan te vechten, maar vingen bot in eigen land. Ze trokken bijgevolg naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en kregen daar hun gelijk.

In haar arrest van juni 2011 stelde het Europees Hof eerst en vooral haar definitie van discriminatie nog eens op scherp: *"Discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations; put differently, there is discrimination if the distinction in issue does not pursue a legitimate aim or the means employed to achieve it do not bear a reasonable relationship of proportionality to it. The States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and its background. Thus, the States are usually allowed a wide margin of appreciation when it comes to general measures of economic or social strategy. On the other hand, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention."*²²

Dat het onderscheid ingesteld in het Onderwijsdecreet tussen personen met en zonder geldige verblijfspapieren geen wettig doel nastreeft en er alleszins niet proportioneel, noch noodzakelijk voor is, werd reeds omstandig uit de doeken gedaan. Wat echter tevens relevant is, is dat het Hof enkel zeer gewichtige redenen zal aanvaarden voor een verschil in behandeling die uitsluitend gebaseerd is op nationaliteit. In alle andere gevallen ligt er een schending voor van het EVRM en met name van artikel 14. Het lijkt duidelijk dat het Hof de lat heel wat hoger legt dan de wankele motivering van minister Smet.

Bovendien haalde het Hof in deze zaak twee andere argumenten aan betreffende het recht op onderwijs, die in casu zeer relevant zijn. Ten eerste kan een Staat wel degelijk legitieme redenen hebben om de toelating van illegale migranten tot openbare diensten te beperken, zeker wanneer die veel middelen vergen. Volgens

het Hof kunnen dergelijke redenen echter absoluut niet zomaar op de onderwijsverstrekking worden toegepast, gezien het expliciet gebetonneerd werd in artikel 2 van het Eerste Protocol en een fundamenteel mensenrecht uitmaakt. Ten tweede meent het Hof dat de 'margin of appreciation' toeneemt met het niveau van onderwijs en dus een inverse relatie kent met het belang van dat onderwijs voor de betrokkenen en de samenleving in haar geheel.²³

Het is met andere woorden zeker correct dat een Staat ruimere beslissingsbevoegdheid krijgt van het Hof met betrekking tot voorgezet, inclusief volwassenenonderwijs. Discriminatie op basis van nationaliteit wordt echter slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toegestaan en zeker wanneer onderscheid ingesteld wordt op het gebied van de onderwijsverstrekking is de appreciatiemarge ontzettend klein. Het Hof spreekt daar enkel over het verhogen van eventueel collegegeld als gerechtvaardigd middel en helemaal niet over een verbod.

Besluit

Het lijkt als een paal boven water te staan dat minister Smet de bal volledig heeft misgeslaan. Hij hield geen rekening met diegenen die de maatregel in de praktijk moesten omzetten en negeerde de storm van protest van allerlei betrokken actoren, van mensenrechtenorganisaties tot de onderwijsvakbonden, als gevolg daarvan. Hij nam de kritiek van de Raad van State niet (echt) ter harte en hoopte zich te redden met een 'quick fix' van de doelstelling. Hij overtreedde een fundamenteel basisrecht, namelijk het recht op onderwijs, en lijkt de toets van het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen absoluut niet te kunnen doorstaan.

Om een absolute autoriteit op dit vlak, Professor Jan de Groof, te citeren: *"Het democratisch gehalte van een land wordt vaak aangegeven door het belang dat het hecht aan de waarborg van het recht op onderwijs voor elke persoon, niet in het minst het minstbedeeld of bedreigde kind."*²⁴ De uitbreiding van dit recht tot volwassenen, zelfs zonder wettige verblijfsdocumenten, is mijns inziens de hedendaagse vertaling van dit decennia-oud citaat.

22 *Anatoliy Ponomaryov and Vitaliy Ponomaryov v. Bulgaria*, §§ 51 – 52, no. 5335/05, 21 June 2011.

23 *Anatoliy Ponomaryov and Vitaliy Ponomaryov v. Bulgaria*, §§ 54 - 62, no. 5335/05, 21 June 2011.

24 J. De Groof en F. Ornelis, "Recht op onderwijs, ook voor illegalen!", TORB 1999-2000, nr. 5, 334.

Een juridische blik op de uitsluiting van homoseksuelen als bloeddonor

Stijn Smet *

In België mogen homoseksuele mannen geen bloed geven. Om precies te zijn: niet homoseksuele mannen worden permanent uitgesloten van bloeddonaties, maar ‘mannen die seks hebben met mannen’. Dit lijkt een puur semantisch spelletje, maar toch draait heel wat rond de formulering van de uitsluiting, zoals zal blijken uit deze bijdrage.

Redelijke argumenten lijken aanwezig aan beide kanten van het bloeddonatie debat: bezorgdheid over de publieke gezondheid aan de ene kant en een strijd tegen stigmatisering en discriminatie aan de andere. Maar welke schaal van de balans weegt het meeste door? Welke zijde heeft het recht aan haar kant? Deze bijdrage zal een antwoord trachten te bieden op die vragen door de lens van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Een Casus

Recent laaide het bloeddonatie debat in België op na de publieke bekentenis van een radiopresentator dat hij herhaaldelijk had gelogen op de medische vragenlijst die elke bloeddonor moet invullen voorafgaand aan donatie. Hij had aangegeven dat hij nooit seks heeft gehad met een andere man, hoewel hij homoseksueel is en getrouwd met zijn partner. Via Twitter verduidelijkte de radiopresentator dat hij had gelogen omdat hij de regel die mannen die seks hebben met mannen uitsluit als bloeddonor “*dwaas en homofoob*” vindt. Het Rode Kruis-Vlaanderen, hoofdverantwoordelijke voor de organisatie van bloeddonaties in Vlaanderen, reageerde onmiddellijk: “[hij] wordt ook niet geweigerd omdat hij homo is, maar omdat hij seks heeft met een man. *Homo’s die nooit seks hebben gehad, mogen wel bloed geven.*”¹

In deze bijdrage zal dit geval fictief voor het EHRM gebracht worden om na te gaan hoe het Hof zou kunnen oordelen.²

Het Wettelijke Kader

Mannen die seks hebben met mannen worden permanent uitgesloten als bloeddonor in België. De toepasselijke wetgeving bevat echter geen expliciete bepaling in die zin. Ze bepaalt enkel dat afgenomen bloed niet mag worden gebruikt zodra blijkt dat één van de vele uitsluitingsgronden aanwezig is.³ Één permanente uitsluitingsgrond valt onmiddellijk op: seksueel gedrag. Deze categorie wordt in de wet in algemene termen omschreven: “*Personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen.*”⁴

De organisatie van bloeddonaties wordt verder geregeld in een Koninklijk Besluit dat onder meer vereist dat iedere donor een medische vragenlijst invult om een beeld te schetsen van zijn gezondheidstoestand.⁵ In een Ministerieel Besluit worden dan weer de organisaties erkend die verantwoordelijk zijn voor de organisatie van bloeddonaties.⁶ Deze organisaties zijn de eindverantwoordelijken voor de opstelling van de vragenlijst en de interpretatie van de wettelijke uitsluitingsgronden.

In Vlaanderen staat het Rode Kruis-Vlaanderen in voor het leeuwendeel van de bloeddonaties. In één van haar brochures vraagt de organisatie uitdrukkelijk “*mannen die seks hebben met een andere man ... om geen bloed te geven, ongeacht of ze veilig vrijen of niet.*”⁷ De brochure verduidelijkt dat deze vraag – die effectief neerkomt op een uitsluiting – is ingegeven door bezorgdheid over de veiligheid van het bloed.⁸ Er is namelijk een vensperiode waarin het HIV virus niet kan worden opgespoord in het bloed van een donor die er recent mee

* Stijn Smet, Doctoraatsbursaal aan het Human Rights Centre van de Universiteit Gent.

1 “*Veilig bloed is prioriteit*” – *Waarom ook een getrouwde homo geen bloed mag geven*, De Standaard 13 september 2011.

2 Omdat het EHRM zich tot op heden niet heeft dienen uit te spreken over een dergelijke zaak en gezien de onvoorspelbaarheid van haar discriminatierechtspraak over seksuele geaardheid, is deze bijdrage noodzakelijk gebaseerd op interpretaties en veronderstelling van de auteur over een mogelijk oordeel van het EHRM in de hypothetische casus.

3 Artikel 10 van de Wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, laatst gewijzigd bij wet van 19 juli 2011, BS 10 augustus 1994.

4 Ibid., bijlage.

5 Koninklijk Besluit van 20 juni 2002 tot wijziging van de criteria bepaald in artikel 8 van de wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, BS 17 juli 2002.

6 Ministerieel besluit van 31 december 2009 betreffende de erkenning van instellingen voor de afneming, de bereiding, de bewaring en de distributie van bloed en labiele bloedderivaten van menselijke oorsprong, BS 26 februari 2010.

geïnficeerd is. De brochure verwijst vervolgens naar wetenschappelijke data die aantonen dat homoseksuelen inderdaad een verhoogd risico lopen op HIV-besmetting: op ongeveer 100 Belgische homomannen is 1 persoon besmet met HIV, terwijl bij Belgische heteromannen 1 op ongeveer 5.000 personen besmet is met HIV.⁹ De brochure verduidelijkt tenslotte dat de beschikbare data geen verhoogd risico op geïnficeerd bloed aantonen voor lesbiennes.¹⁰ Dit verklaart waarom hun bloeddonaties wel welkom zijn.

Een mogelijk oordeel van het EHRM

Bevoegdheid

Een eerste obstakel dat de radiopresentator uit onze casus op zijn weg naar Straatsburg zou aantreffen is dat enkel staten voor het EHRM gedaagd kunnen worden, terwijl zijn uitsluiting als bloeddonor het gevolg is van beslissingen genomen door het Rode Kruis-Vlaanderen, een private organisatie die niet gebonden is door het EVRM. Echter, onze radiopresentator zou de nationale rechtsmiddelen moeten uitputten alvorens hij zijn zaak voor het EHRM zou kunnen brengen. Indien de Belgische rechtscollèges zouden oordelen dat de interpretatie van de relevante statistieken inderdaad een permanente uitsluiting van onze radiopresentator als bloeddonor verantwoordt – en laat ons hypothetisch aannemen dat ze zo zouden oordelen opdat onze zaak het EHRM zou bereiken – zou hij wel een verzoek kunnen indienen in Straatsburg. Hij zou dan immers kunnen beweren dat de Belgische rechtbanken de evenwichtsoefening tussen de belangen in het spel incorrect hebben uitgeoefend en hem daardoor onvoldoende hebben beschermd tegen discriminatie door een private organisatie.¹¹

Inmenging

Eens onze radiopresentator de eerste horde overwonnen heeft en verzoeker is geworden in Straatsburg, zou hij dienen aan te tonen dat zijn verdragrechten geschonden zijn. Hij zou daartoe eerst moeten bewi-

zen dat er een inmenging in één van zijn rechten heeft plaatsgevonden. Gezien de feiten van de zaak lijkt het zeer waarschijnlijk dat onze verzoeker zou beweren dat hij het slachtoffer is van discriminatie. Hij zou zijn zaak dus onder artikel 14 EVRM brengen, in samenhang gelezen met een substantieel recht uit het Verdrag, hoogstwaarschijnlijk het recht op bescherming van het privéleven onder artikel 8 EVRM.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM volstaat het in discriminatiezaken dat de omstandigheden van de zaak binnen de sfeer van een Verdragsrecht vallen.¹² Omdat de sfeer van een recht ruimer is dan het toepassingsgebied ervan, gaat het Hof flexibeler om met de beoordeling van de inmenging in discriminatiezaken. Gezien de extensieve interpretatie die het Hof in het verleden reeds heeft verleend aan artikel 8 EVRM,¹³ lijkt het aannemelijk dat het Hof zou aanvaarden dat de feiten van onze casus binnen de sfeer van artikel 8 vallen. Het feit dat de verzoeker gedwongen wordt om op de medische vragenlijst zijn seksuele geaardheid aan te geven (of op zijn minst zijn seksuele contacten met mannen) kan als voldoende beschouwd worden om een inmenging met zijn privacyrechten vast te stellen.¹⁴ De vraagstelling over zijn seksuele gedrag oefent daarenboven een beslissende invloed uit op zijn beslissingsautonomie over het gebruik van zijn bloed: hij zou worden uitgesloten van donatie als hij naar waarheid zou antwoorden.¹⁵

Verskil in behandeling

Indien het Hof zou aanvaarden dat de feiten binnen de sfeer van artikel 8 vallen, lijkt het op het eerste zicht duidelijk dat de verzoeker verschillend behandeld is dan andere personen (heteroseksuelen), op basis van zijn seksuele geaardheid. Echter, op dit ogenblik zou het schijnbaar enkel semantische onderscheid tussen 'homoseksuele man' en 'man die seks heeft met mannen' relevant worden. Het Rode Kruis-Vlaanderen heeft de uitsluiting immers in dergelijke neutrale termen geformuleerd om duidelijk te maken dat homoseksuele mannen niet opzettelijk gevisieerd worden en zo stigmatisering te vermijden. Bovendien gaat het Belgische wettelijk kader voor homoseksuelen verder dan dat van

⁷ Rode Kruis-Vlaanderen, "Alles of alles voor veilig bloed", p. 6, <http://www.rodekruis.be/NR/rdonlyres/700FF713-FA3E-4170-89A6-B32A5A1762B8/0/Donorse-lectie.pdf> (laatst bezocht op 19 oktober 2011).

⁸ Ibid.

⁹ Ibid. Merk op dat de brochure hier noodgedwongen vervalt in een taal van "homomannen" en niet langer de term "mannen die seks hebben met mannen" gebruikt, omdat er geen dergelijke data beschikbaar zijn: de gehanteerde data van het Wetenschappelijk Instituut Volksgezondheid slaan op homoseksuelen.

¹⁰ Ibid., p. 7.

¹¹ Zie, *mutatis mutandis*, EHRM, *Karner t. Oostenrijk*, 24 juli 2003; EHRM, *Kozak t. Polen*, 2 maart 2010; EHRM, *Schüth t. Duitsland*, 23 september 2010; EHRM, *Siebenhaar t. Duitsland*, 3 februari 2011.

¹² Zie bijvoorbeeld EHRM, *E.B. t. Frankrijk*, 22 januari 2008, §§ 47-48.

¹³ Zie onder meer EHRM, *Girard t. Frankrijk*, 30 juni 2011 (het recht om bloedverwanten te begraven); EHRM, *Haas t. Zwitserland*, 20 januari 2011 (het recht om het ogenblik en de manier van sterven te kiezen); EHRM, *Ternovszky t. Hongarije*, 14 december 2010 (het recht om de omstandigheden te kiezen waarin men ouder wordt; thuisbevalling).

¹⁴ Zie, *mutatis mutandis*, EHRM, *E.B. t. Frankrijk*, 22 januari 2008 (over adoptie door homoseksuelen; het recht op adoptie is evenmin als het recht om bloed te geven erkend onder artikel 8 EVRM).

¹⁵ Over beslissingsprivacy, zie bijvoorbeeld EHRM, *Evans t. Het Verenigd Koninkrijk*, 10 april 2007.

vele andere Europese landen. Zowel het homohuwelijk als adoptie door homoseksuelen zijn in België bijvoorbeeld wettelijk geregeld. België kan dan ook terecht een voorloper in de strijd voor gelijke rechten voor homoseksuelen genoemd worden.

Niettemin is het duidelijk dat onze verzoeker verschillend behandeld wordt dan andere personen omwille van zijn seksuele activiteiten. Het EHRM zou op deze grond alleen, de verschillende behandeling van de categorie 'mannen die seks hebben met mannen' kunnen vaststellen dat een inmenging met het verbod op discriminatie uit het EVRM heeft plaatsgevonden.

Het Hof zal vervolgens nagaan of het verschil in behandeling van onze verzoeker op grond van zijn seksuele geaardheid, ondanks de bewoordingen van de uitsluiting, gerechtvaardigd kan worden.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM valt seksuele geaardheid onder de categorie 'andere status', voorzien in artikel 14 EVRM.¹⁶ De Belgische staat zou echter kunnen volhouden dat de uitsluiting niet gebaseerd was op de seksuele geaardheid van de verzoeker, maar op diens seksuele contacten en dat artikel 14 EVRM bijgevolg geen toepassing zou mogen vinden, althans niet op basis van de grond seksuele geaardheid. Het lijkt echter aannemelijk dat het Hof een dergelijke redenering zou verwerpen. Het is immers duidelijk dat de uitsluiting, ongeacht de bewoordingen die gebruikt worden, in de eerste plaats homoseksuelen mannen treft. Zij worden voor de ultieme keuze geplaatst tussen seks hebben met hun partner of aanvaard worden als bloeddonor. Men kan dan ook verwachten dat het Hof het onderscheid tussen 'homoseksuele man' en 'man die seks heeft met een andere man' als te artificieel zou beoordelen. Ondanks de neutrale bewoording van de uitsluiting wordt er immers *de facto* een specifieke groep door getroffen, wat wijst op indirecte discriminatie.

Bovendien dient niet alleen rekening gehouden te worden met de bewoordingen van de permanente uitsluiting, maar ook met het effect ervan.¹⁷ In haar meer recente discriminatierechtspraak heeft het EHRM in dat opzicht verschillende malen gewaarschuwd voor stigmatisering en stereotypering van bepaalde groepen, waaronder mensen geïnfecteerd met HIV.¹⁸ Hoewel het onduidelijk is hoeveel steun deze lijn van rechtspraak momenteel geniet binnen het EHRM,¹⁹ en er voorlopig geen dergelijke rechtspraak bestaat over seksuele geaardheid, lijkt het toch aangewezen er rekening mee

te houden in onze casus. Omdat de categorieën 'homoseksuele mannen' en 'mannen die seks hebben met mannen' grotendeels overlappen, is de dissociatie tussen beiden immers moeilijk te maken voor het bredere publiek. Een permanente uitsluiting van alle mannen die seks hebben met mannen als bloeddonor draagt dan ook bij tot het in stand houden van het beeld van de homoseksuele man die hoofdzakelijk losse relaties heeft, daarbij onveilige seks beoefent en daardoor geïnfecteerd raakt met het HIV-virus. In dat opzicht heeft de uitsluiting, ondanks de neutrale verwoording, nog steeds een stigmatiserend effect op homoseksuele mannen, waaronder onze verzoeker, die de uitsluiting ook als dusdanig ervaart.

Minder duidelijk is echter hoe het Hof zou oordelen over een eventueel argument van de Belgische staat dat lesbische vrouwen niet uitgesloten worden als bloeddonor en dat de verzoeker daarom niet enkel verschillend behandeld wordt ten opzichte van heteroseksuelen, maar ook ten opzichte van andere homoseksuele personen (vrouwen). Aangezien lesbische vrouwen wel bloed mogen geven, lijkt het moeilijk voor de verzoeker om vol te houden dat hij gediscrimineerd wordt omwille van zijn seksuele geaardheid. Echter, omdat het argument over de niet-uitsluiting van lesbische vrouwen nauw verbonden is met het doel van bescherming van de publieke gezondheid dat nagestreefd wordt door de permanente uitsluiting van homoseksuele mannen, kan verwacht worden dat het Hof het zou behandelen onder de proportionaliteitstoets.

Appreciatiemarge

Omdat onze casus een zaak betreft van verschil in behandeling op basis van seksuele geaardheid, is de nationale appreciatiemarge volgens vaste rechtspraak van het Hof in principe eng.²⁰ De Belgische staat zou echter kunnen wijzen op het gebrek aan een Europese consensus over de uitsluiting van homoseksuele mannen als bloeddonor om te voorkomen dat haar appreciatiemarge definitief verengd zou worden. Om de sterkte van het consensusargument te kunnen beoordelen, kan in deze bijdrage gebruik gemaakt worden van een rechtsvergelijkende studie doorgevoerd in het kader van een rapport van april 2011 van de *Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs* in het Verenigd Koninkrijk.²¹ De studie toont aan dat, in 2009, in 12 van de 15 onderzochte Europese landen een permanente uitsluiting als bloeddonor gold voor mannen

16 Zie bijvoorbeeld EHRM, *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*, 21 december 1999, § 28.

17 Over het belang van het effect van maatregelen in zaken van (indirecte) discriminatie, zie EHRM, *D.H. en anderen t. Tsjechië*, 13 November 2007.

18 EHRM, *Kiyutin t. Rusland*, 10 maart 2011, §§ 64, 68; EHRM, *Konstantin Markin t. Rusland*, 7 oktober 2010, § 58. Over stereotypering en het EVRM, zie Alexandra Timmer, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* (nog te verschijnen, december 2011).

19 Konstantin Markin is bijvoorbeeld verwezen naar de Grote Kamer (arrest nog niet verschenen; hoorzitting gehouden op 8 juni 2011).

20 Zie bijvoorbeeld *Kozak t. Polen*, 2 maart 2010, § 92.

21 *Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs*, "Donor Selection Criteria Review (April 2011)", http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_129909.pdf (laatst bezocht op 19 oktober 2011).

die seks hebben met mannen, terwijl de drie overige landen in een tijdelijke uitsluiting voorzagen.²²

Sinds het verschijnen van het rapport heeft het Verenigd Koninkrijk – één van de 12 landen die in 2009 nog een permanente uitsluiting oplegde – echter aangekondigd dat het over zal stappen op een tijdelijke uitsluiting van 12 maanden.²³ Onze verzoeker zou gebruik kunnen maken van dergelijke recente ontwikkelingen om te onderstrepen dat de Europese consensus aan het bewegen is in de richting van een tijdelijke, eerder dan een permanente uitsluiting. Indien het Hof dit argument over de beweging van de Europese consensus zou aanvaarden, zou een verruiming van de principieel enge appreciatiemarge van de Belgische staat niet aan de orde zijn. Het is echter allerminst duidelijk of het Hof open zou staan voor een dergelijk argument. De meerderheid van de Europese landen legt immers nog steeds een permanente uitsluiting op. Bovendien heeft het Hof in het verleden grote terughoudendheid aan de dag gelegd in het verenigen van de appreciatiemarge van de staat in andere discriminatiezaken, zoals die over het homohuwelijk en adoptie door homoseksuelen.²⁴ In dergelijke zaken heeft het Hof telkens geoordeeld dat het blijvend gebrek aan een Europese consensus, ook al was deze duidelijk in beweging, voldoende verantwoording bood voor de toekenning van een ruime appreciatiemarge aan de staat. Er mag dan ook verondersteld worden dat het Hof een ruime(re) appreciatiemarge zou toekennen aan de Belgische staat in onze casus.

Proportionaliteitstoets

Het grootste obstakel voor onze verzoeker zou de proportionaliteitstoets zijn. De Belgische staat zou zich immers kunnen beroepen op het doel van algemeen belang dat nagestreefd wordt door de permanente uitsluiting: de bescherming van de publieke gezondheid. De staat zou daarbij kunnen volhouden dat een permanente uitsluiting objectief en redelijk verantwoord is om dit doel te bereiken. Een dergelijk argument lijkt behoorlijk overtuigend. Het wordt immers ondersteund door relevante data die aantonen dat mannen die seks hebben met mannen nu eenmaal een sterk verhoogd risico lopen op infectie met het HIV-virus. De staat zou bovendien kunnen wijzen op het feit dat lesbische vrouwen niet uitgesloten worden als bloeddonor om

aan te tonen dat de uitsluiting van homoseksuele mannen niet het doel is van de maatregel, maar enkel het gevolg van de interpretatie van de statistieken en de nood om de publieke gezondheid te beschermen.

Geconfronteerd met een dergelijk krachtig argument, en gezien de ruime(re) appreciatiemarge toegekend aan de Belgische staat, lijkt de beste strategie voor onze verzoeker erin te bestaan om het Hof te wijzen op het bestaan van minder ingrijpende maatregelen om het doel van algemeen belang te bereiken.²⁵ Het Hof heeft zich in verschillende zaken immers zeer wantrouwend opgesteld ten opzichte van absolute uitsluitingen ('blanket exclusions') van het genot van rechten,²⁶ niet alleen wanneer een enge appreciatiemarge werd toegekend aan de staat, maar ook wanneer een ruimere appreciatiemarge gold.²⁷ De verzoeker in onze casus wordt eveneens getroffen door een dergelijke absolute (en permanente) uitsluiting, die van toepassing is zodra hij seks heeft gehad met een andere man en die geen ruimte laat voor beoordeling van zijn specifieke situatie. Hij zou dan ook kunnen wijzen op het bestaan van minder beperkende maatregelen die de publieke gezondheid even effectief zouden beschermen, maar die minder ingrijpend zijn voor het genot van zijn rechten.²⁸ Een permanente, absolute uitsluiting zou vanuit die optiek als disproportioneel kunnen beoordeeld worden, ongeacht de omvang van de nationale appreciatiemarge.²⁹ Omdat gedetailleerde statistische gegevens over het risico op besmetting van de bloedvoorraad door HIV-besmet bloed ontbreken in België,³⁰ zou onze verzoeker zich kunnen beroepen op het eerder geciteerde rapport van de *Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs* uit het Verenigd Koninkrijk. Het rapport verduidelijkt immers dat de geschatte verhoogde frequentie waarmee HIV geïnfecteerd bloed in de bloedvoorraad terecht zou komen in het Verenigd Koninkrijk zeer beperkt zou zijn indien overgegaan zou worden van een permanente op een tijdelijke uitsluiting van 12 maanden (1 per 4,41 miljoen donaties ten opzichte van 1 per 4,38 miljoen donaties).³¹ Op basis van dergelijke gegevens zou de verzoeker het Hof kunnen verzoeken de bewijslast naar de Belgische overheid te verplaatsen. Indien het Hof deze omkering van de bewijslast zou aanvaarden, wat volgens deze auteur de correcte benadering is wanneer een verzoeker *prima facie* aantoont dat er minder

22 Ibid., p. 33-34.

23 BBC, "Gay men blood donor ban to be lifted", 8 september 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/health-14824310> (laatst bezocht op 19 oktober 2011).

24 Zie EHRM, *Schalk en Kopf t. Oostenrijk*, 24 juni 2010, § 42; EHRM, *E.B. t. Frankrijk*, 22 januari 2008, § 42; EHRM, *Fretté t. Frankrijk*, 26 februari 2002.

25 Over het argument van het minder ingrijpende alternatief en het EHRM, zie Eva Brems, "Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives", *Human Rights Law Review*, Vol. 9, Nr. 3, 2009, p. 362-364 (met verdere verwijzingen naar rechtspraak van het EHRM en naar rechtsleer).

26 Zie onder meer EHRM, *Kozak t. Polen*, 2 maart 2010, § 93; EHRM, *Lustig-Prean en Beckett t. Het Verenigd Koninkrijk*, 27 september 1999, § 86; EHRM, *Kiyutin t. Rusland*, 10 maart 2011, § 72; EHRM, *Hirst t. Het Verenigd Koninkrijk (No. 2)*, 6 oktober 2005, § 82; EHRM, *Alajos Kiss t. Hongarije*, 20 mei 2010, § 42.

27 EHRM, *Lustig-Prean en Beckett t. Het Verenigd Koninkrijk*, 27 september 1999; EHRM, *Hirst t. Het Verenigd Koninkrijk (No. 2)*, 6 oktober 2005.

28 Voor een recente toepassing door het EHRM van redeneringen gebaseerd op het bestaan van minder ingrijpende alternatieven, zie EHRM, *Association Rhino t. Zwitserland*, 11 oktober 2011, §§ 65-66.

29 Ibid., §§ 61 en 67.

30 De auteur van deze bijdrage kon er althans geen terugvinden.

ingrijpende maatregelen zijn om het doel te bereiken, zou de overheid dienen te bewijzen dat een permanente uitsluiting nog steeds gerechtvaardigd is in België, ondanks de door de verzoeker aangehaalde statistische gegevens. Indien de staat dergelijk bewijs niet zou kunnen leveren, kan aangenomen worden dat het Hof de permanente uitsluiting in België als disproportioneel zou beoordelen en zou oordelen dat artikel 14 *juncto* artikel 8 geschonden is.

Epiloog

Hoewel een argumentatie gebaseerd op de aanwezigheid van een minder beperkend alternatief de meeste kans op succes in Straatsburg zou bieden voor de verzoeker in onze casus, leidt dit niet noodzakelijk tot het door hem gewenste resultaat. Zelfs indien vaststelling van een schending door het EHRM zou leiden tot een overgang naar een tijdelijke uitsluiting van 12 maanden in België, zou de radiopresentator in ons verhaal immers nog steeds geen bloed kunnen geven indien hij in het voorafgaand jaar seks heeft gehad met zijn echtgenoot.

In dat opzicht kan men zich de vraag stellen of een juridische strijd in de rechtbanken wel opportuun is. Volgens deze auteur dient een meer aanvaardbare wijziging op beleidsniveau nagestreefd te worden. Zo zou men de absolute uitsluiting van mannen die seks hebben met mannen als bloeddonor in haar geheel in vraag kunnen stellen. In plaats van een dergelijke uitsluiting te voorzien, zou de nadruk gelegd kunnen worden op een andere categorie van uitsluiting die reeds bestaat en werkelijk neutraal is: personen die (onveilige) seks hebben met meerdere of wisselende partners, ongeacht hun seksuele geaardheid.³²

Een alternatieve oplossing zou erin kunnen bestaan om wel een – tijdelijke – uitsluiting te behouden voor mannen die seks hebben met mannen, maar een uitzondering te voorzien voor homoseksuele mannen die een stabiele relatie hebben (bijvoorbeeld huwelijk of wettelijke samenwoning). Op voorwaarde dat beide partners een HIV-negatief certificaat kunnen voorleggen is het risico van de vensterperiode voor hen dan immers even laag – nagenoeg nihil – als bij heteroseksuele koppels die zich in eenzelfde situatie bevinden. Om stigmatisering tegen te gaan en de bescherming van de publieke gezondheid te verzekeren, zou men eenzelfde certificaatvereiste kunnen opleggen aan heteroseksuele en lesbische donors. Uiteraard zou men zelfs in dat geval nog steeds moeten rekenen op voldoende 'goodwill' bij homoseksuele mannen om de medische vragenlijst naar waarheid in te vullen, door bijvoorbeeld aan te geven dat zij of hun partner

meerdere seksuele partners hebben, wanneer dat zo is. Echter, het huidige systeem steunt ook in grote mate op vertrouwen in de bloeddonor en de casus van onze radiopresentator toont aan dat het momenteel faalt. Hij heeft immers meermaals gelogen omdat hij zijn uitsluiting onterecht vindt. Een overstap naar een regel waarbij homoseksuele mannen in een stabiele relatie principieel worden aanvaard als bloeddonor, maar geweigerd kunnen worden indien zij of hun partner meerdere seksuele partners hebben, zou dergelijke misinformatie op de vragenlijst ontmoedigen. De categorie 'meerdere of wisselende seksuele partners' geldt immers voor iedereen, ongeacht seksuele voorkeur of geaardheid. Ze nodigt dan ook uit tot het aanvaarden van oprechte bezorgdheid voor de veiligheid van de bloedvoorraad, eerder dan tot verzet ingegeven door een strijd tegen stigmatisering.

31 Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs, "Donor Selection Criteria Review (April 2011)", p. 48, http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_129909.pdf (laatst bezocht op 19 oktober 2011).

32 Rode Kruis-Vlaanderen, "Alles op alles voor veilig bloed", p. 5, <http://www.rodekruis.be/NR/rdonlyres/700FF713-FA3E-4170-89A6-B32A5A1762B8/0/Donorse-lectie.pdf> (laatst bezocht op 19 oktober 2011).

Redelijke Aanpassingen: Belgische mijlpaal

Noot bij arrest van 7 september 2011, Hof van Beroep Gent, 2009/AR/2440

Annelies D'Espallier *

In september bevestigde het Hof van Beroep te Gent een vonnis waarin de Vlaamse Gemeenschap werd veroordeeld voor de weigering van redelijke aanpassingen aan personen met een handicap, een wettelijke vorm van discriminatie.¹ In 2009 trokken een aantal auditief beperkte scholieren, vertegenwoordigd door hun ouders, naar de rechtbanken van Leuven en Gent om hun recht op inclusief onderwijs af te dwingen. Zij hadden vastgesteld dat deze leerlingen in het reguliere onderwijs te kampen hadden met een groot tekort aan ondersteuning door gebarentolken. Hierdoor moesten zij grote delen van hun schooltijd doorbrengen zonder communicatie en dit vonden ze enerzijds kwetsend en anderzijds stelden ze vast dat deze situatie hun uitzicht op een diploma en dus hun toekomst op de arbeidsmarkt in ernstige mate bezwaarde. In tegenstelling tot de rechtbank van Leuven, oordeelde de rechtbank in Gent dat er sprake was van discriminatie doordat het aantal tolkuren onvoldoende groot was en doordat er een gebrek was aan interactiviteit en individualisering bij het vaststellen van het gepast aantal tolkuren.² De Vlaamse Overheid had beroep aangetekend tegen dit vonnis, maar dit beroep werd door het Hof over de gehele lijn ongegrond verklaard in wat als een mijlpaalarrest bestempeld mag worden. Het Hof van Beroep heeft bevestigd dat de toekenningsprocedure gebrekkig was en dat het pakket tolkuren voornamelijk vanwege de hoegroetheid ervan niet kon worden erkend als redelijke aanpassing.

Wie onder het ruime toepassingsgebied van de aanpassingsplicht valt, moet aanpassingen aanbieden die redelijk zijn tenzij ze leiden tot onevenredige belasting. Voor de redelijkheid wordt o.m. gekeken naar de doeltreffendheid van een aanpassing terwijl de onevenredige belasting voornamelijk afhangt van de belasting die een aanpassing meebrengt ten opzichte van de capaciteit om deze belasting te dragen. In dit arrest werd het huidige aantal tolkuren dat aan de leerlingen werd toegekend niet voldoende geacht om redelijk te kunnen zijn. Het Hof verwees hiervoor naar de Nederlandse praktijk waar men voorziet dat schoolgaande kinderen tolken kunnen krijgen voor 100% van de schooltijd. De rechter heeft hieruit afgeleid dat een volledige tolkondersteuning in ieder geval

als redelijk kon beschouwd worden. Voor nu werd een minimale tolkondersteuning van 70% aanvaard.

Daarnaast werd vastgesteld dat dit soort van aanpassingen voor een overheid niet snel tot een onevenredige belasting zal leiden. De capaciteit van een overheid om de kosten van deze aanpassingen te dragen is immers erg groot zodat de lasten die getorst moeten worden ook aanzienlijk mogen zijn. De overheid had de onevenredige belasting overigens niet toegeschreven aan een tekort aan financiële middelen maar aan een tekort aan tolken. In een opmerkelijke passage verwierp het Hof dit argument. Het Hof stelde vast dat cijfers van de Vlaamse overheid bewezen dat er voldoende gediplomeerde tolken zijn, maar dat zij deze functie niet uitoefenen vanwege het slechte statuut, vanwege de lage lonen en vanwege het kleine aantal toegekende tolkuren. Het is aan de overheid om de werkomstandigheden van tolken te verbeteren zodat de overheid wel voldoende tolkuren kan aanbieden. In een groot aantal zaken beroepen potentiële aanbieders van aanpassingen zich op een tekort aan draagkracht om de plicht te ontwijken. Het Hof lijkt hier te zeggen dat draagkracht een element kan zijn in de proportionaliteitstoets, maar dat een organisatie met grote slagkracht en met veel middelen, eigenschappen die o.a. een overheid eigen zijn, voor draagkracht moet kunnen zorgen waar die ontbreekt. Het draagkrachtargument is, zo blijkt uit dit arrest, dus geen gegarandeerde ontsnappingsroute.

Ook de procedure werd geacht een schending in te houden van de aanpassingsplicht. Leerlingen werden te weinig betrokken bij de berekening van de toe te kennen uren en er was te weinig ruimte voor individualisering. De aanpassingsplicht steunt inderdaad op het geïndividualiseerd opsporen en verwijderen van barrières waarmee een individu wordt geconfronteerd en wanneer aanpassingen louter cijfermatig worden berekend, kunnen aanpassingen in beginsel nooit aan de vereisten voldoen.

Het arrest is een ernstige vingerwijzing naar de Vlaamse overheid die inzake het aanbieden van gelijke kansen volgens het Hof een voorbeeldfunctie te vervullen heeft. Doordat geen gelijke kansen werden geboden aan leerlingen met een beperking en leerlingen zonder, bleven de talenten van de dove en slechthorende leerlingen ondergesneeuwd, wat een ernstige aantasting van de sociale rechtvaardigheid betekende.

* Annelies D'Espallier, Instituut voor Constitutioneel Recht, K.U. Leuven.

1 Zie hierover: A. D'Espallier, "Tolkuren voor dove en slechthorende leerlingen", NJW 2010, afl. 228, 606-610.

2 De twee vonnissen: KG Rb. Gent 15 juli 2009, NJW 2010, afl. 228, 636 en KG Rb. Leuven 27 juli 2009, NJW 2010, afl. 228, 638.