

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 25 juli 1994 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende het onderwijs VI", heeft op 27 juli 1994 het volgend advies gegeven :

Volgens artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moet de Minister, wanneer hij vraagt dat het advies van de afdeling wetgeving binnen een termijn van ten hoogste drie dagen wordt gegeven, dat verzoek om spoedbehandeling met bijzondere redenen omkleden. In het voorliggende geval wordt het verzoek als volgt gemotiveerd :

"De inrichtende machten, scholen en personeelsleden, moeten immers voor een aantal aangelegenheden zo vlug mogelijk rechtszekerheid krijgen en bovendien moeten de nieuw in te voeren reglementeringen hen dringend bekend gemaakt worden".

*

* *

Gelet op de korte termijn die aan de Raad van State, afdeling wetgeving, voor het onderzoek van het ontwerp is toegemeten, de periode waarin het advies is gevraagd en het grote aantal adviezen dat in diezelfde periode binnen een tijdsbestek van drie dagen is gevraagd, dient de Raad van State zich noodgedwongen te bepalen tot wat volgt.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet betreffende het onderwijs-VI wijzigt een twintigtal wetten, decreten en besluiten en regelt ongeveer evenveel materies zoals die met betrekking tot de rechtspositie van het perso-

.../...

neel van het onderwijs, het buitengewoon onderwijs, het secundair onderwijs, de gelijke behandeling van jongens en meisjes inzake de toegang tot het secundair onderwijs, het onthaaljaar voor migrantenkinderen, de vrijwillige fusies van instellingen van het gesubsidieerd onderwijs, het hoger onderwijs buiten de universiteit, het academisch onderwijs, e.a.

1.1. Zoals de Raad van State, afdeling wetgeving, reeds herhaalde malen heeft opgemerkt, biedt een dergelijk procédé van legifereren het voordeel dat het toelaat snel in te spelen op dringende behoeften die het gevolg zijn van veranderende maatschappelijke omstandigheden. Niettemin moet worden vastgesteld dat zulk procedé noch de goede werking van het parlementair stelsel noch de kwaliteit van de rechtsordening ten goede komt : de samenhang tussen de verschillende bepalingen ontbreekt, wijzigende bepalingen staan naast autonome bepalingen, sommige bepalingen zijn louter tijdelijke bepalingen. Om het gebrek aan interne logica dat kenmerkend is voor zulke verzameldecreten, te verhelpen hebben de auteurs van het ontwerp de verschillende bepalingen rond bepaalde thema's gegroepeerd. De duidelijkheid die uit deze indeling had kunnen resulteren, wordt evenwel teniet gedaan doordat het ontwerp, zoals hierna zal worden uiteengezet, tekort schiet wat de behoorlijke redactie en formulering van de bepalingen en de naleving van de regels van de wetgevingstechniek betreft.

1.1.1. De thematische indeling heeft de auteurs ertoe gebracht af te stappen van de doorlopende nummering van de artikelen. Het ontwerp herbegint dienvolgens de nummering

.../...

bij elke titel, met toevoeging van het Romeinse cijfer van de desbetreffende titel. Die afwijkende - en vanuit legistiek oogpunt af te wijzen - regeling wordt evenwel niet consequent volgehouden daar bij interne verwijzingen in het ontwerp meestal verzuimd wordt het cijfer van de desbetreffende titel te vermelden (zie bijvoorbeeld de artikelen II.52, III.7, IV.4 en V.17 van het ontwerp).

1.1.2. De thematische indeling leidt er bovendien toe dat éénzelfde tekst, soms zelfs één enkel artikel, op verschillende plaatsen in het ontwerp wordt gewijzigd (zie bijvoorbeeld de artikelen V.1 en V.13, § 5, van het ontwerp); wijzigingen aan paragrafen van één artikel zijn over verschillende wijzigende bepalingen verspreid (zie bijvoorbeeld de artikelen II.4 en II.9 van het ontwerp). In artikel V.13 van het ontwerp worden dan weer in één enkele bepaling verschillende artikelen van het decreet betreffende het onderwijs-II gewijzigd.

Een dergelijke manier van werken houdt het gevaar in dat de coherentie van de gewijzigde regeling teloorgaat.

1.1.3. In de inleidende zin van de wijzigingsbepalingen wordt niet nauwkeurig aangegeven waar de nieuwe wijzigingsbepaling zal komen; het opschrift van de te wijzigen wet, decreet of besluit wordt niet vermeld (zie bijvoorbeeld de artikelen II.44, IX.1 van het ontwerp), laat staan de teksten die de bepalingen reeds voorheen hadden gewijzigd (zie bijvoorbeeld de artikelen II.12, II.20, II.49 van het ontwerp). In verschillende artikelen wordt in de inleidende zin verwezen naar een bepaling "van hetzelfde decreet" of

.../...

"van dezelfde wet", terwijl het voorgaande artikel een autonome bepaling of een opheffingsbepaling of zelfs een wijziging van een andere tekst vormt (bijvoorbeeld in de artikelen V.13, § 1 en V.14 van het ontwerp); in die gevallen is het onmogelijk de wijziging te situeren; nog in andere gevallen wordt nagelaten de datum van het decreet te vermelden.

1.1.4. Dergelijke tekortkomingen bevorderen de leesbaarheid van het ontwerp niet : wat meer is, zij creëren rechts-onzekerheid omdat zij de betrokken rechtsonderhorigen verhinderden onmiddellijk en op klare en eenduidige wijze inzicht te verkrijgen in de aangebrachte wijzigingen.

1.2. Er moet bovendien worden opgemerkt dat duidelijke regelgeving een goede woordkeuze, een eenvormige terminologie en een degelijk taalgebruik impliceert. In het ontwerp evenwel worden herhaaldelijk niet verklaarde afkortingen gebruikt (bijvoorbeeld in het opschrift van hoofdstuk 3 van titel II en in artikel II.51), wordt eenzelfde begrip op verschillende wijzen gedefinieerd, is er nog sprake van rijksonderwijs in plaats van gemeenschapsonderwijs, en wordt er geen rekening gehouden met het besluit van de Vlaamse regering van 19 januari 1994 en het decreet van 4 mei 1994 waardoor in de in de Vlaamse Gemeenschap van kracht zijnde normen automatisch een aantal terminologische wijzigingen werden aangebracht.

2. Twee derden van de bepalingen van het ontwerp hebben terugwerkende kracht. Zij beogen een decretale

.../...

rechtsbasis te geven aan praktijken die op het ogenblik reeds gangbaar zijn, meestal op grond van omzendbrieven of van koninklijke besluiten of besluiten van de Vlaamse regering, waaraan een wettelijke of decretale grondslag ontbreekt.

2.1. De decreetgever kan, met uitzondering van strafbepalingen, afwijken van het beginsel dat een regel alleen voor de toekomst geldt. Hij zal in dat geval de noodzaak ervan moeten appreciëren aan de hand van de feitelijke en juridische gegevens die hem door de auteurs van het ontwerp worden aangereikt. In de memorie van toelichting wordt echter niet altijd een verantwoording gegeven voor de terugwerking.

Het invoegen van een rechtsbasis met terugwerkende kracht "mag evenwel tot geen ongewettigde discriminatie leiden", moet "verzoenbaar zijn met de eisen van de rechtsbedeling" en mag niet ertoe leiden "dat, in strijd met het beginsel van de scheiding der machten, ingegrepen wordt in hangende rechtsgedingen" (1). Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat ook de bij decreet vastgestelde retroactieve bepalingen niet vrij zijn van rechterlijke toetsing.

2.2. Het gebruik van de formule "onverminderd de krachtens artikel 146 van de Grondwet door de wet georganiseerde rechtsbescherming" is niet van die aard dat zij op

(1) H. Coremans en M. Van Damme, *Beginselen van wetgevings-techniek en behoorlijke regelgeving*, p. 81.

systematische wijze en op alle gevallen van retroactiviteit op gelijke wijze kan worden toegepast. Zij sluit evenmin uit dat de rechter de retroactieve bepaling nog steeds op haar conformiteit met de artikelen 10, 11, en 24 van de Grondwet kan toetsen.

2.3. Met het ontwerp wordt bovendien een aantal ministeriële omzendbrieven retroactief bekrachtigd onder meer om redenen van "pedagogische continuïteit" en om te voorkomen dat "de verdere toepassing van hogervermelde omzendbrieven (...) de ARGO vatbaar (maakt) voor talloze annulatieberoepen bij de Raad van State". Daargelaten de vraag of een zodanige motivering aanvaardbaar is lijkt men uit die toelichting te mogen afleiden dat de te bekrachtigen ministeriële omzendbrieven ook voor de toekomst - "minstens voor hun geldigheidsduur" (1) - decretale waarde zouden kunnen hebben.

In dit verband heeft de Raad van State reeds opgemerkt dat zulks moeilijk verdedigbaar is

"vooreerst omdat geen onontkoombare hoogdringendheid voor het volgen van dat procédé kan worden ingeroepen, vervolgens omdat een procédé van bekrachtiging van ministeriële omzendbrieven afwijkt van de regels van totstandkoming van een decreetsbepaling, tenslotte omdat de inhoud van de ministeriële omzendbrieven niet gepubliceerd is op een wijze als bedoeld in artikel 129 (nu : 190) van de Grondwet" (2).

(1) Die omzendbrieven werden aan de Raad van State niet meegedeeld; het is derhalve niet mogelijk de betekenis van die woorden te achterhalen.

(2) Gedr. St., Vlaamse Raad, 1992-1993, nr. 292/1.

Door te regulariseren wordt immers ingegrepen in de taakverdeling tussen uitvoerende en wetgevende macht alsook in de normale loop van de besluitvorming (1).

De conclusie van die opmerking mag zijn dat

"wanneer een instandhouding naar de toekomst toe van de voorzieningen welke in de ministeriële omzendbrieven zijn opgenomen, nodig is, die voorzieningen op de voorgeschreven wijze dienen te worden vastgesteld, te weten door de decreetgever zelf en, in zover het gaat om de uitvoering van door de decreetgever vastgestelde basisregels, bij wege van een besluit van de Vlaamse regering nadat deze daartoe door de decreetgever is gemachtigd" (2).

2.4. Gelet op het grote aantal retroactieve bepalingen is het de Raad van State, afdeling wetgeving, materieel niet mogelijk binnen de hem toebedeelde tijd, de precieze weerslag en, in voorkomend geval, de toelaatbaarheid van de retroactiviteit in elk van de tachtig retroactieve bepalingen te onderzoeken. Voor die bepalingen moet het onderzoek zich dan ook tot deze algemene opmerking beperken.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Artikel II.19.

In paragraaf 2, eerste lid, wordt een definitie gegeven van het begrip "nieuwe affectatie" welke afwijkt van

(1) Een decretaal bekrachtigde omzendbrief heeft niet de pleegvormen inzake voorafgaandelijke adviezen doorlopen en is niet door een aan de collegiale besluitvorming onderworpen Regering vastgesteld.

(2) Gedr. St., Vlaamse Raad, 1992-1993, nr. 292/1.

die welke in artikel II.1 is gegeven van het begrip "affectatie". Vraag is of beide begripsomschrijvingen, minstens in hun essentiële elementen, niet op elkaar moeten worden afgestemd.

In het tweede lid van dezelfde paragraaf wordt de affectatie beperkt tot "het gesubsidieerd vrij onderwijs". Vraag is of het de bedoeling is met die woorden de gesubsidieerde vrije P.M.S.-centra uit te sluiten. Indien zulks niet het geval is, volstaat het te schrijven : "De affectatie vereist het akkoord van het personeelslid".

Artikel II.29.

In het ontworpen artikel 35, tweede lid, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs moeten de woorden "in afwijking van littera 1" worden vervangen door de woorden "in afwijking van het 1°".

Artikel II.36.

Luidens de commentaar bij het ontworpen artikel 54 van hetzelfde decreet van 27 maart 1991 is

"Bij de maatregel "sui generis" verwijdering uit het ambt en bij de tuchtstraf terugkeer tot de tijdelijke aanstelling voor het personeelslid dat vast benoemd is in een wervingsambt en de terugzetting in rang voor het personeelslid dat vast benoemd is in een selectie- of bevorderingsambt (...) niet bepaald in welke instelling betrokkene het ambt dient uit te oefenen".

.../...

Artikel 54 regelt slechts één hypothese, met name de verwijdering uit het ambt. Vraag is of zulks de bedoeling is van de stellers van het ontwerp.

Artikel II.38.

Die bepaling lijkt eerder als een wijzigende bepaling dan als een autonome bepaling te moeten worden opgevat.

Hoe dan ook, er zal moeten worden verduidelijkt vooreerst welke "artikelen 4, 5, 21 en 36, § 1, 1°" worden bedoeld, vervolgens welke twee decreten ("het decreet" en "dit decreet") worden bedoeld.

Artikel II.44.

Het opschrift van het Regentsbesluit ontbreekt; de verwijzing naar het koninklijk besluit van 11 juli 1960 lijkt overbodig, tenzij het de bedoeling is latere wijzigingen van het koninklijk besluit van 17 augustus 1957 uit te sluiten. In elk geval dient de verwijzing naar "artikel 6" van het besluit van 11 juli 1960 te worden geschrapt.

.../...

Artikel V.12.

1. Artikel V.12 van het ontwerp betreft de opheffing van artikel 3 van het koninklijk besluit van 29 juni 1983 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot de beroepsopleiding verstrekt in onderwijsinstellingen vastgesteld ter uitvoering van de artikelen 124 en 125 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering. Luidens de op te heffen bepaling kan de inschrijving van een leerling door een school worden geweigerd op grond van zijn of haar geslacht indien ter plaatse ongehinderd kan worden geopteerd voor een andere school van hetzelfde karakter met dezelfde opleiding.

Reeds in zijn advies L. 23.100/1 van 5 mei 1994 heeft de Raad van State besloten dat, om te voldoen aan het in artikel 24, § 5, van de Grondwet ingeschreven legaliteitsvereiste, de regeling van de gelijke toegang van meisjes en jongens tot het beroepsonderwijs, door de decreetgever moet worden vastgesteld.

2. Het gevolg van de ontworpen regeling is, dat alle onderwijsinstellingen waar onderwijs wordt verstrekt dat als beroepsopleiding wordt gekwalificeerd, open moeten staan voor jongens en meisjes. Wel laat het ontwerp nog toe dat, in voorkomend geval, een onderwijsinstelling zich zodanig organiseert dat het door haar aangeboden onderwijs volgens geslacht gescheiden kan verlopen.

.../...

Op die wijze beperkt de decreetgever door zijn wetgevende tussenkomst de keuzemogelijkheid van de ouders voor niet-gemengd onderwijs. Hij verruimt evengoed de keuzevrijheid van de ouders voor gemengd onderwijs (1).

In deze staan fundamentele grondrechten derhalve tegenover elkaar geplaatst : eensdeels, het gelijkheidsbeginsel dat noopt tot het organiseren van de gelijke be-

(1) In de rechtsleer is dit onder meer als volgt verwoord :

"De rechten van anderen stellen eveneens grenzen aan de onderwijsvrijheid. Voor zover het de onderwijsrechten betreft van anderen stippelt het recht op gelijkheid van behandeling die grens uit. Niemand kan aanspraak maken op iets wat de onderwijsvrijheid waarborgt, wanneer dat gaat ten koste van dezelfde mogelijkheden van anderen in een soortgelijke situatie" (G. CRAENEN, "Vrijheid van onderwijs", in *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (25) 37).

Onder het regime van artikel 3 van het koninklijk besluit van 29 juni 1983 was de keuzevrijheid, onder voorbehoud van het criterium van de redelijke afstand, beperkt tot instellingen met hetzelfde karakter. In de Verklarende Nota bij artikel 17 van de Grondwet (nu artikel 24) werd gesteld dat de ideologische en filosofische keuzevrijheid van de ouders impliceert dat zij onder redelijke voorwaarden die in objectieve criteria moeten worden vertaald, een school naar hun keuze ter beschikking moeten hebben (Gedr. St., Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/10, blz. 2). De Minister van Onderwijs (F) verklaarde bovendien dat "het recht van de ouders (...) de mogelijkheid (impliceert) om binnen een redelijke afstand te kunnen beschikken over een school die in overeenstemming is met de keuze van de ouders" (Gedr. St., Kamer, B.Z. 1988, nr. 10/17 - 455/4, blz. 56). Ook tussen instellingen met eenzelfde karakter kan de geboden onderwijskwaliteit verschillen - althans hebben de ouders het recht dat te menen. Onder het regime van dit ontwerp is de keuzevrijheid verruimd tot elke onderwijsinstelling.

.../...

handeling van jongens en meisjes inzake de toegang tot het onderwijs en anderdeels, de vrijheid van onderwijs, - deze laatste bovendien beschouwd zowel als de vrijheid van de ouders in hun keuze van het onderwijs (recht op onderwijs of vrijheid van schoolkeuze), als de vrijheid om onderwijs te organiseren (vrijheid van onderwijs of onderwijsvrijheid).

De vraag of deze modulering van de keuzevrijheid geoorloofd is, moet onder meer worden beoordeeld naar de omstandigheden en de maatschappelijke opvattingen die daarover op dit moment heersen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens merkte in de Belgische taalzaken reeds op dat het recht op onderwijs : "by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and the individuals" (1) (vertaald : "Het ... gewaarborgde recht op onderwijs is van dien aard dat het met zich brengt een reglementering door de Staat, welke naar plaats en tijd kan variëren al naargelang de behoeften en middelen van de gemeenschap en het individu" (2)).

(1) E.H.R.M., arrest van 23 juli 1968, Serie A, vol. 6, blz. 32, § 5. Een treffend voorbeeld van de evolutieve inzichten inzake de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de onderwijsvrijheid biedt de afschaffing van de "separate but equal doctrine" in de Verenigde Staten met het arrest *Brown e.a. t/ Board of Education of Topeka e.a.* (347 U.S. 483/1954) met betrekking tot de toelating tot het onderwijs op grond van ras of kleur.

(2) A. Alen en J. Dujardin, *Casebook Belgisch Grondwettelijk Recht*, blz. 974.

Om die redenen vereist de afbakening van de vrijheid van onderwijs in het licht van het gelijkheidsbeginsel een afweging die noodzakelijkerwijze en uitsluitend toekomt aan de wetgevende macht. De noodzaak om die afweging te doen laat aan de wetgever een zekere beoordelingsruimte, die echter door de rechterlijke instanties kan worden getoetst op grond van het nagestreefde doel, de gevolgen van de maatregel en de redelijke verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. In dit verband is vastgesteld dat het Arbitragehof, wanneer het zich heeft uit te spreken over een zaak betreffende een belangrijk maatschappelijk probleem, in aanmerking neemt of die bestreden norm onderzocht werd door de afdeling wetgeving van de Raad van State en het resultaat is van een werkelijk debat ten gronde in en buiten het Parlement (1).

Artikel V.13.

Luidens het ontworpen artikel 50, § 5, van "hetzelfde" onbenoemde decreet wordt een onthaaljaar georganiseerd om Nederlandsonkundige leerlingen "met een andere dan de Belgische of Nederlandse nationaliteit" de Nederlandse taal aan te leren. Aldus voert het ontwerp een onderscheid in op grond van de nationaliteit. Hierover ondervraagd heeft de gemachtigde verklaard dat dit onderscheid wordt verantwoord doordat het onthaaljaar enkel voor

(1) L.P. SUETENS, "The constitutional court of Belgium : the Court of Arbitration", onuitgegeven bijdrage voor de Conference on Constitutional Justice under old constitutions, Oslo, 7-9 september 1992, blz. 9.

vluchtelingenkinderen is bedoeld. Dat blijkt noch uit de tekst van het ontwerp noch uit de memorie van toelichting.

Artikel V.16.

De ontworpen paragraaf 2, 1°, van het nieuwe artikel 58bis zou op een meer bevattelijke manier moeten worden geschreven. Alleszins schrappe men de woorden "van hetzelfde decreet". In het 2° schrijve men "volgend op de fusie" in plaats van "van de herstructurering".

Artikel VII.3.

Voor de goede orde mag nog worden opgemerkt dat de bepaling van artikel 92bis, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, naar de letter genomen, inhoudt dat voor het regelen van aangelegenheden die betrekking hebben op de Hogere Zeevaartschool Antwerpen/Oostende een samenwerkingsakkoord tussen de Gemeenschappen voorgeschreven is.

De kamer was samengesteld uit

Mevrouw : S. VANDERHAEGEN, kamervoorzitter,

de Heren : M. VAN DAMME, staatsraden,
D. ALBRECHT,

Mevrouw : A. BECKERS, griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. CLEMENT, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS.

S. VANDERHAEGEN.