

RF

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 41.593/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 31 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relatif à la suspension et à l'exclusion du droit de vote et des droits visés à l'article 31 du Code pénal en cas de condamnation pénale", a donné le 22 novembre 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet de loi, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet de loi appelle les observations ci-après.

Portée de l'avant-projet de loi

1. L'avant-projet de loi poursuit un double objectif :

- 1° suite à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 187/2005 du 14 décembre 2005, supprimer le caractère automatique de l'exclusion définitive ¹ et de la suspension ² du droit de vote encourus suite à une condamnation pénale;
- 2° instaurer un mécanisme d'interdiction automatique temporaire des droits visés à l'article 31 du Code pénal ³ pour les personnes condamnées pour une infraction :
 - a) aux lois du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, le justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde guerre mondiale;

(1) Prévus par l'article 6 du Code électoral pour les condamnés à une peine criminelle.

(2) Prévus par l'article 7, 2°, du Code électoral pour les condamnés à une peine d'emprisonnement de plus de quatre mois, à l'exception de ceux qui ont été condamnés sur la base des articles 419 et 420 du Code pénal.

(3) Droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics; droit d'éligibilité; droit de porter une décoration ou un titre de noblesse; droit d'être juré, expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes, de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements; droit d'être appelé aux fonctions de tuteur, subrogé tuteur ou curateur si ce n'est de ses enfants; comme aussi de remplir les fonctions de conseil judiciaire ou d'administrateur provisoire; droit de fabrication, de détention, de port d'arme, de faire partie de la garde civique ou de servir dans l'armée.

- b) aux articles 240 (détournement de fonds publics ou privés par une personne exerçant une fonction publique), 241 (destruction méchante d'actes ou titres), 243 (concussion), 245 (prise d'intérêt) et 246 à 251 (corruption de personnes exerçant une fonction publique) du Code pénal.

2. Si l'avant-projet de loi supprime le caractère automatique de l'interdiction du droit de vote, il étend, par contre, la possibilité d'infliger cette interdiction à des personnes non visées actuellement, à savoir celles qui ont été condamnées à une peine d'emprisonnement de moins de quatre mois ⁴ et celles qui ont été condamnées pour homicide ou pour coups et blessures involontaires.

3. En ce qui concerne les droits visés à l'article 31 du Code pénal, le caractère automatique de la peine accessoire existe déjà en cas de condamnation à la réclusion ou à la détention à perpétuité ou à la réclusion pour un terme de dix à quinze ans ou un terme supérieur (article 31 du Code pénal). Elle est facultative en cas de condamnation à la réclusion de cinq à dix ans ou à la détention (article 32 du Code pénal) et en cas de condamnation correctionnelle (article 33 du Code pénal).

L'article 5*bis* de la loi du 30 juillet 1981, précitée, et l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 23 mars 1995, précitée, prévoyant déjà la possibilité d'une interdiction des droits visés à l'article 31 du Code pénal, la nouveauté instaurée par l'avant-projet de loi réside uniquement dans le caractère désormais automatique de cette interdiction.

Pour les infractions visées aux articles 243, 245 et 246 à 250 du Code pénal, la nouveauté résulte du caractère automatique de l'interdiction en cas de condamnation à une peine correctionnelle et partiellement automatique en cas de condamnation à une peine de réclusion de cinq à dix ans ou à la détention : l'interdiction est automatique pour une période de cinq à dix ans et facultative pour une période plus longue.

⁽⁴⁾ ou de quatre mois.

Pour les infractions aux articles 243 et 245 du Code pénal, la nouveauté réside également dans le fait qu'elle s'applique à tous les droits visés à l'article 31 du Code pénal et non plus uniquement au droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics.

Pour les infractions visées aux articles 240 et 241 du Code pénal, la nouveauté résulte à la fois de la possibilité - inexistante aujourd'hui si le juge inflige en l'espèce une peine correctionnelle - de prononcer une peine accessoire, mais également du caractère automatique de celle-ci en cas de condamnation à une peine correctionnelle et partiellement automatique en cas de condamnation à une peine de réclusion de cinq à dix ans ou à la détention ⁵.

4. En résumé, la loi actuelle prévoit déjà en grande partie la possibilité d'infliger la peine accessoire de privation des droits visés à l'article 31 du Code pénal aux personnes visées par l'avant-projet de loi. Ce qui est nouveau dans l'avant-projet de loi, c'est le caractère automatique de cette peine accessoire, sans que le juge puisse en apprécier l'opportunité et en fixer, le cas échéant, la durée à une période inférieure à cinq ans.

Distinction entre droit de vote et droit d'être élu

1. Ce que la Cour d'arbitrage prohibe en matière de privation du droit de vote, à savoir une condamnation automatique, sans pouvoir d'appréciation du juge, et parfois pour une durée très supérieure à celle de la peine principale ⁶, l'avant-projet de loi l'instaure, en ce qui concerne le droit d'éligibilité et les autres droits mentionnés à l'article 31 du Code pénal, en cas de condamnation sur le fondement des dispositions, précitées.

(5) L'interdiction est automatique pour une période de cinq à dix ans et facultative pour une période plus longue.

(6) Cour d'arbitrage, arrêt 187/2005 du 14 décembre 2005.

Selon l'exposé des motifs, il n'y aurait pas là de contradiction ou de discrimination dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme ferait elle-même la distinction entre le droit de vote, dont les citoyens ne pourraient pas être privés de manière automatique ⁷, et le droit d'être élu qui, lui, pourrait faire l'objet d'une telle sanction automatique.

S'il existe certes des différences entre le droit de vote et le droit d'être élu, le Conseil d'État ne partage pas l'affirmation selon laquelle, contrairement aux restrictions apportées au premier, les restrictions pénales apportées au second pourraient, par principe, très largement présenter un caractère automatique. Il en va ainsi pour des raisons qui tiennent à la fois au contexte de l'arrêt Zdanoka c. Lettonie du 16 mars 2006 qu'invoque l'exposé des motifs (2), à son contenu (3), à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 187/2005, précité (4) et à l'avant-projet lui-même (5).

2. Dans le cadre de l'examen de l'avant-projet de loi, il est difficile de tirer des enseignements définitifs de l'arrêt Zdanoka c. Lettonie du 16 mars 2006, précité ⁸ :

a) Au regard de l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour européenne des droits de l'homme, ci-après CEDH, précise expressément qu'il faut "apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre" ⁹. En l'espèce, il devait être tenu compte du "... contexte politico-historique très spécifique et de l'ample marge d'appréciation dont l'État jouit en

(7) Cette affirmation doit cependant être nuancée. Dans son arrêt Hirst du 6 octobre 2005, la Cour a effectivement estimé que les États n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de priver tous les détenus condamnés du droit de vote sans tenir dûment compte de la durée de leur peine ou de la nature et de la gravité de l'infraction qu'ils avaient commise. Par contre, la Commission a déclaré qu'il était loisible au législateur de déchoir de leurs droits électoraux des personnes condamnées pour des infractions graves ou financières. Pour un résumé de la position des organes de la Convention en la matière, voir arrêt Zdanoka du 16 mars 2006, § 104.

(8) Cette décision, rendue par 13 voix contre 4, avait été précédée, dans la même affaire, par une décision en sens contraire rendue par une chambre ordinaire par cinq voix contre deux (CEDH 17 juin 2004, Zdanoka c. Lettonie).

(9) CEDH, 16 mars 2006, Zdanoka c. Lettonie, paragraphe 115, c).

conséquence à cet égard" ¹⁰. En effet, comme le rappelle longuement la CEDH, la Lettonie venait de recouvrir son indépendance contre l'URSS et son régime communiste et des tentatives de coup d'État avaient eu lieu en vue d'un retour à l'ancien régime. La mesure litigieuse visait à priver du droit d'éligibilité "... ceux qui avaient joué un rôle actif et dirigeant dans un parti directement impliqué dans la tentative de renversement par la violence du régime démocratique nouvellement établi" ¹¹.

Et la CEDH de conclure :

"Si pareille restriction ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui par exemple d'un pays qui est doté d'un cadre établi d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable en Lettonie, compte tenu du contexte historico-politique ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain" ¹².

C'est également à propos de restrictions trouvant leur origine dans un contexte historique exceptionnel que la Commission avait

"... déclaré irrecevables des requêtes émanant de deux personnes qui avaient été condamnées après la Deuxième guerre mondiale pour collaboration avec l'ennemi ou «incivisme» et qui, pour cette raison, avaient été définitivement privées du droit de vote" ¹³,

ainsi qu'

"... une requête émanant d'un ancien membre des Waffen-SS condamné pour trahison en 1945, qui se plaignait de n'avoir pas pu participer aux élections européennes de 1989" ¹⁴.

⁽¹⁰⁾ Op. cit., paragraphe 121.

⁽¹¹⁾ Op. cit., paragraphe 122.

⁽¹²⁾ Op. cit., paragraphe 133.

⁽¹³⁾ Op. cit., paragraphe 109.

⁽¹⁴⁾ Op. cit., paragraphe 110.

b) Le litige ne portait pas sur une peine accessoire à une sanction pénale principale mais sur une mesure non pénale, qualifiée par la Cour de "... mesure spéciale de droit public régissant l'accès à la vie politique au plus haut niveau" ¹⁵.

3. En tout état de cause, le passage de l'arrêt cité dans l'exposé des motifs, selon lequel

"L'exigence d'«individualisation», c'est-à-dire la nécessité d'un contrôle par les autorités judiciaires internes de la proportionnalité de la restriction légale litigieuse à la lumière des particularités de chaque espèce ne constitue pas une condition préalable à la conformité de la restriction à la Convention" ¹⁶,

vient après que la Cour ait donné des exemples de mesures ne présentant aucun caractère personnel, par exemple l'interdiction faites à des militaires, policiers, membres des services de sécurité, de se présenter aux élections ¹⁷ : dans ce cas, l'on a en effet pas à examiner au cas par cas si la candidature de tel ou tel militaire, policier, membre d'un service de sécurité, pose problème.

En outre, comme le rappelle l'exposé des motifs, la possibilité de se dispenser de l'exigence d'"individualisation" ne vaut que

"... tant que la mesure législative elle-même est proportionnée et n'a pas de caractère discriminatoire envers l'ensemble de la catégorie ou du groupe défini par la législation en cause" ¹⁸.

Autrement dit, lorsque les critères légaux sont tels qu'ils justifient par avance, de par leur caractère non discriminatoire et proportionné à l'objectif légitime poursuivi, la restriction aux droits de chaque personne entrant dans la catégorie visée, il n'est pas nécessaire que le juge tienne compte des particularités de chaque espèce. Tel est le cas, par exemple, de conditions raisonnables de langue et de résidence imposées aux

⁽¹⁵⁾ Op. cit., paragraphe 124.

⁽¹⁶⁾ Op. cit., paragraphe 114.

⁽¹⁷⁾ En Belgique, une telle interdiction s'applique aux magistrats.

⁽¹⁸⁾ Arrêt CEDH du 16 mars 2006, précité, paragraphe 114.

candidats à la députation ou d'incompatibilités comme celles frappant les magistrats. Tel serait également le cas d'une déchéance automatique frappant les personnes condamnées à de très lourdes peines - et donc, en principe, pour des faits très graves - puisque, dans ce cas, serait respecté l'équilibre entre "le souci d'écarter des élections les citoyens indignes et celui de ne pas priver les citoyens de manière disproportionnée d'un droit fondamental" ¹⁹.

Par contre, si les critères légaux ne répondent pas à ces exigences, une appréciation du juge au cas par cas sera nécessaire. Cela signifie que la protection contre des restrictions excessives aux droits fondamentaux des citoyens doit être assurée par la loi ou, lorsque cette protection est insuffisante, par la loi et par le juge.

Lorsqu'elle résume les critères à appliquer pour rechercher si l'article 3 du Protocole n° 1 a ou non été violé, la Cour précise d'ailleurs que :

"La nécessité qu'une mesure législative prétendument contraire à la Convention soit individualisée et le degré d'individualisation requis le cas échéant par celle-ci dépendent des circonstances de chaque affaire particulière, c'est-à-dire de la nature, du type, de la durée et des conséquences des restrictions litigieuses." ²⁰

Au considérant 128, la Cour estime de même que :

"En l'espèce, au regard de l'article 3 du Protocole n° 1, un degré d'individualisation suffisant a été atteint et par le Parlement letton dans le processus d'adoption de l'article 5, § 6 de la loi de 1995 et par les tribunaux internes lorsqu'ils ont dit que la mesure litigieuse s'appliquait à la requérante [puisque'elle avait «activement participé aux activités du PCL» qui avait pris une part active à la tentative de coup d'État]."

4. L'exposé des motifs souligne que l'arrêt de la Cour d'arbitrage précité "se limite à conclure à l'inconstitutionnalité du système de privation automatique du droit de vote".

⁽¹⁹⁾ Arrêt de la Cour d'arbitrage n° 187/2005, précité, considérant B.5.7.

⁽²⁰⁾ Arrêt CEDH du 16 mars 2006, précité, paragraphe 115, d).

La Cour n'étant saisie que de la seule question du droit de vote, l'on ne peut en déduire, comme semble le faire implicitement l'exposé des motifs, qu'elle admettrait forcément ce même système en ce qui concerne le droit d'être élu ²¹. Il n'est pas possible de déterminer si les motifs qui sous-tendent l'arrêt de la Cour d'arbitrage en ce qui concerne la privation du droit de vote seraient ou non retenus de la même manière en ce qui concerne la privation du droit d'être élu.

5. L'avant-projet de loi lui-même confirme que les droits de vote et d'éligibilité sont liés.

Dans le système actuel, l'article 227, 3°, du Code électoral dispose que ne sont pas éligibles aux Chambres législatives, "ceux qui sont frappés de la suspension des droits électoraux par application de l'article 7". Autrement dit, une condamnation à une peine d'emprisonnement de plus de 4 mois entraîne automatiquement à la fois la privation temporaire du droit de vote et la privation temporaire du droit d'être élu.

Dans le cadre des dispositions en projet, les auteurs de l'avant-projet de loi, tout en affirmant qu'il n'y a pas de lien entre le droit de vote et le droit d'être élu et que l'on peut être privé de ce dernier automatiquement, maintiennent néanmoins ce lien à l'article 227, alinéa 3, 2° et 3°, en projet, du Code électoral et, partant, la nécessité d'une "individualisation" ²². En effet, la privation du droit d'être élu résulte, dans les hypothèses visées à cet article, de la privation du droit de vote prononcée au cas par cas par le juge en tant que peine accessoire.

6. En conclusion, tant la jurisprudence de la CEDH que celle de la Cour d'arbitrage imposent d'examiner rigoureusement la validité des restrictions automatiques, fussent-elles temporaires, au droit d'être élu, notamment au regard des principes de proportionnalité et de non-discrimination.

(21) Voir, par exemple, le considérant B.5.11. de l'arrêt n° 187/2005, précité. Voir également, dans le domaine des interdictions professionnelles, les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 87/98 du 15 juillet 1998 et n° 38/2000 du 29 mars 2000.

(22) Article 16 de l'avant-projet de loi.

Admissibilité du caractère automatique du mécanisme de privation
des droits visés à l'article 31 du Code pénal, au regard des principes
de proportionnalité et de non discrimination

1. Pour s'assurer que les conditions auxquelles sont subordonnées le droit de vote ou de se porter candidat à des élections ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, il faut, selon la jurisprudence de la CEDH, que ces conditions poursuivent un but légitime, ne soient pas arbitraires ou discriminatoires et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés ²³.

Pour apprécier une éventuelle disproportion, il faut avoir égard, notamment :

- 1° à la gravité des faits: la Commission, dans l'affaire Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas, vise "de graves abus dans l'exercice de fonctions publiques ou dont le comportement a menacé de saper l'État de droit ou les fondements de la démocratie" ²⁴;

(23) "Iedere willekeurige of discriminatoire beperking van het kiesrecht of het recht om gekozen te worden is bijgevolg verboden. In die zin vormen de bewoordingen "onder voorwaarden welke de vrij meningsuiting van het volk waarborgen" een bijzondere toepassing van de vrijheid van meningsuiting, zoals voorzien in art. 10 EVRM en het non-discriminatiebeginsel, zoals voorzien in art. 14 EVRM" (J. Vande Lanotte et Y. Haec, Handboek EVRM, Deel 2, Volume II, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, n° 50, p. 476). Voir également l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 187/2005, précité et l'arrêt de la CEDH du 16 mars 2006, précité, paragraphes 104 et 115, c).

(24) Il s'agissait du refus d'autoriser les requérants, qui dirigeaient une organisation interdite affichant des tendances racistes et xénophobes, de se présenter aux élections.

2° et à la gravité de la restriction, c'est-à-dire à sa nature, son type, sa durée et ses conséquences : dans le second arrêt Zdanoka prononcé en Grande Chambre, la Cour a rappelé que la restriction ne peut entraver la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif ²⁵.

2.1. En l'espèce, la sanction automatique que prévoit l'avant-projet de loi s'applique aussi bien à des faits graves, lourdement sanctionnés, qu'à des faits plus anodins qui ne seront éventuellement sanctionnés que par une amende ou par une condamnation avec sursis et qui ne mettent pas en danger la démocratie.

Or, cette sanction peut être, dans certains cas, très lourde de conséquences.

2.2. L'avant-projet impose la déchéance de tous les droits visés à l'article 31 du Code pénal, sans permettre au juge, comme c'est le cas actuellement, de ne viser que certains de ces droits en fonction du comportement incriminé et de la condamnation principale prononcée.

L'on remarquera, d'ailleurs, que parmi les droits mentionnés à l'article 31 du Code pénal figurent des droits familiaux (droit d'être appelé aux fonctions de tuteur, subrogé tuteur, curateur de personnes autres que ses enfants), dont l'exposé des motifs souligne pourtant que l'on ne peut être privé automatiquement.

(25) CEDH, arrêt du 16 mars 2006, précité, paragraphes 104 et 105, c).
Voir également l'opinion dissidente du juge Rozakis qui rappelle :
"Dans un régime démocratique sain, le critère d'éligibilité ne saurait tenir à l'acceptabilité, pour le courant politique dominant, des idées exprimées par une personnalité politique, ou à la loyauté qu'elles traduisent envers l'idéologie établie de l'État et de la société, mais doit être déterminé par la représentativité réelle des idées de cette personnalité vis-à-vis d'un segment de la société, fût-il très petit. Dès lors, si une personnalité politique ne peut pas représenter une partie des idées de la société, ce n'est pas seulement elle-même qui en pâtit, mais également l'électorat et la démocratie.
C'est pourquoi l'inéligibilité doit demeurer tout à fait exceptionnelle et être très soigneusement circonscrite."

2.3. Il convient de relever que l'intervention du juge permet de concilier "le souci d'écarter des élections des (candidats) indignes et celui de ne pas priver les citoyens de manière disproportionnée d'un droit fondamental" ²⁶.

En ne permettant pas à un juge de tenir compte de la gravité des faits, de la situation du condamné au point de vue familial, social, professionnel, de ses regrets et de son amendement éventuels et en prévoyant une sanction qui, pour certains, peut être d'une gravité extrême (elle signifie la perte de l'emploi ou du mandat public ou l'impossibilité de se présenter aux élections pendant au minimum deux législatures ou de postuler à un emploi public), l'avant-projet paraît disproportionné à l'objectif poursuivi, que cet objectif soit répressif ou préventif (mesure destinée à protéger la démocratie, comme cela est davantage mis en évidence dans l'exposé des motifs).

Il s'expose, dès lors, à une annulation par la Cour d'arbitrage et à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Selon l'exposé des motifs,

"L'objectif poursuivi est de protéger la démocratie et ses institutions fondamentales."

L'on peut s'interroger, dès lors, pour quelle raison seules sont visées les infractions aux deux lois des 30 juillet 1981 et 23 mars 1995, précitées, et les détournements de fonds publics ou privés, ainsi que la corruption active ou passive ²⁷.

(26) Arrêt de la Cour d'arbitrage n° 187/2005, précité, considérant B.5.7. Voir également F. BERNARD "Le droit anti-raciste", "Le droit antinégationniste et le centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme : instruments au service de l'action contre les groupements liberticides" in "Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ?", Groupements liberticides et droit, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 395; H. DUMON et F. TULKENS, "Les activités liberticides et le droit public belge", in "Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ?" Groupements liberticides et droit, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 142, p. 299.

(27) Il semble résulter de l'avis de l'inspecteur des finances qu'à l'origine seule était visée la législation "anti-raciste". Peut-être l'actualité a-t-elle amené l'auteur de l'avant-projet à en étendre l'application ?

Les cinq premiers titres du Livre II du Code pénal sont consacrés, respectivement, aux crimes et délits contre la sûreté de l'État, aux violations graves du droit international humanitaire, aux infractions terroristes, aux crimes et délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution, aux crimes et délits contre l'ordre public, commis par des personnes qui exercent une fonction publique ou par des ministres du culte dans l'exercice de leur ministère²⁸. La question se pose de savoir pourquoi ceux qui ont été condamnés pour de tels faits, souvent à des peines bien plus lourdes que celles prévues par les dispositions retenues par l'avant-projet de loi, ne sont pas également tous déchus de plein droit du droit d'être élu²⁹.

Par ailleurs, dès lors que l'exposé des motifs insiste sur les principes d'égalité et de non-discrimination, le Conseil d'État s'interroge sur le fait que la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme n'ait pas aussi été visée³⁰.

(28) C'est dans ce dernier titre que se trouve le chapitre III consacré au détournement, à la concussion et à la prise d'intérêt et le chapitre IV consacré à la corruption.

(29) Un fonctionnaire condamné pour faux en écritures publiques n'est-il pas dans une situation identique au fonctionnaire condamné pour corruption ? Un terroriste condamné, par exemple, à neuf ans de réclusion n'est-il pas plus dangereux pour la démocratie et ses institutions fondamentales qu'une personne condamnée à trois mois avec sursis pour une injure raciste proférée en public ?

(30) Voir même, de manière plus générale, les divers projets de lutte contre les discriminations (avant-projet de loi "tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes"; avant-projet de loi "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination"; avant-projet de loi "modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie") au sujet desquels l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a donné :

- le 11 juillet 2006, l'avis 40.689/AG à 40.691/AG (Doc. parl., Chambre, session 2006-2007, 2720/1, 2721/1 et 2722/1);
- le 6 octobre 2006, l'avis 41.417/AG à 41.420/AG (Ibid., Doc. parl., Chambre, session 2006-2007, 2723/1).

Enfin, alors que l'avant-projet de loi ne vise que le détournement et la corruption de personnes qui exercent une fonction publique et non le détournement et la corruption privée (articles 491 et suivants et 504*bis* et 504*ter* du Code pénal), il vise, s'agissant des lois des 30 juillet 1981 et 23 mars 1995, aussi bien les faits commis par des personnes exerçant (ou souhaitant exercer) une fonction ou un mandat public - que les faits aient ou non été commis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ou de leur mandat - que les faits commis par d'autres personnes.

À défaut de pouvoir dûment justifier dans l'exposé des motifs le choix des incriminations retenues, l'avant-projet de loi s'expose également sous cet aspect à une annulation par la Cour d'arbitrage et à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.593/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 31 oktober 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de schorsing en de uitsluiting van het kiesrecht en van de rechten bedoeld in artikel 31 van het Strafwetboek in geval van strafrechtelijke veroordeling", heeft op 22 november 2006 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp van wet, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Strekking van het voorontwerp van wet

1. Met het voorontwerp van wet wordt een dubbel doel nagestreefd :

- 1° ten gevolge van arrest nr. 187/2005 van het Arbitragehof van 14 december 2005, het automatische karakter opheffen van de definitieve uitsluiting ¹ en van de schorsing ² van het actief kiesrecht in geval van strafrechtelijke veroordeling;
- 2° een mechanisme instellen dat de automatische tijdelijke ontzetting meebrengt uit de rechten bepaald in artikel 31 van het Strafwetboek ³, voor personen die veroordeeld zijn voor een overtreding :

(1) Bepaald bij artikel 6 van het Kieswetboek voor degenen die tot een criminele straf zijn veroordeeld.

(2) Bepaald bij artikel 7, 2°, van het Kieswetboek voor hen die tot een gevangenisstraf van meer dan vier maanden zijn veroordeeld, met uitsluiting van degenen die veroordeeld zijn op grond van de artikelen 419 en 420 van het Strafwetboek.

(3) Recht om openbare ambten, bedieningen of betrekkingen te vervullen; verkozen te worden; enig ereteken te dragen of enige adellijke titel te voeren; gezworene of deskundige te zijn, als instrumentair of attesterend getuige bij akten op te treden; in rechte te getuigen, anders dan om enkel inlichtingen te geven; geroepen te worden tot het ambt van voogd, toeziend voogd of curator, behalve over zijn eigen kinderen, of om het ambt van gerechtelijk raadsman of voorlopig bewindvoerder uit te oefenen; een wapen te vervaardigen, voorhanden te hebben, te dragen, deel uit te maken van de burgerwacht of te dienen bij het leger.

- a) van de wetten van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden en van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd;
- b) van de artikelen 240 (verduistering van openbare of private gelden door een persoon die een openbaar ambt uitoefent), 241 (kwaadwillige vernietiging van akten of titels), 243 (knevelarij), 245 (belangenneming) en 246 tot 251 (omkoping van personen die een openbaar ambt uitoefenen) van het Strafwetboek.

2. Het voorontwerp van wet heft weliswaar het automatische karakter van de ontzetting van het actief kiesrecht op, maar breidt daarentegen de mogelijkheid uit om deze ontzetting op te leggen aan personen die thans niet betrokken zijn, namelijk degenen die veroordeeld zijn tot een gevangenisstraf van minder dan vier maanden ⁴ en degenen die veroordeeld zijn voor doding of voor onvrijwillige slagen en verwondingen.

3. Wat betreft de rechten vermeld in artikel 31 van het Strafwetboek, bestaat het automatische karakter van de bijkomende straf reeds in geval van veroordeling tot levenslange opsluiting of levenslange hechtenis of tot opsluiting voor een termijn van tien tot vijftien jaar of een langere termijn (artikel 31 van het Strafwetboek). Ze is facultatief in geval van veroordeling tot opsluiting voor vijf jaar tot tien jaar of tot hechtenis (artikel 32 van het Strafwetboek) en in geval van een correctionele veroordeling (artikel 33 van het Strafwetboek).

Aangezien artikel 5*bis* van de voormelde wet van 30 juli 1981 en artikel 1, derde lid, van de voornoemde wet van 23 maart 1995, reeds voorzien in de mogelijkheid van ontzetting van de rechten vermeld in artikel 31 van het Strafwetboek, ligt de nieuwigheid die door het voorontwerp van wet wordt ingevoerd uitsluitend in het automatische karakter dat deze ontzetting voortaan heeft.

⁽⁴⁾ of van vier maanden.

In verband met de strafbare feiten vermeld in de artikelen 243, 245 en 246 tot 250 van het Strafwetboek, komt de nieuwigheid voort uit het automatische karakter van de ontzetting in geval van veroordeling tot een correctionele straf en uit het gedeeltelijk automatische karakter in geval van veroordeling tot opsluiting gedurende vijf tot tien jaar of tot hechtenis : de ontzetting is automatisch voor een periode van vijf tot tien jaar en facultatief voor een langere periode.

Voor de strafbare feiten vermeld in de artikelen 243 en 245 van het Strafwetboek bestaat de nieuwigheid er eveneens in dat ze geldt voor alle rechten vermeld in artikel 31 van het Strafwetboek en niet meer uitsluitend voor het recht om openbare ambten, bedieningen of betrekkingen te vervullen.

Wat betreft de strafbare feiten waarvan sprake is in de artikelen 240 en 241 van het Strafwetboek, volgt de nieuwigheid tegelijk uit op de mogelijkheid - die thans niet bestaat indien de rechter in casu een correctionele straf oplegt - om een bijkomende straf uit te spreken, doch eveneens uit het automatische karakter ervan in geval van veroordeling tot een correctionele straf en het deels automatische karakter ervan in geval van veroordeling tot opsluiting gedurende vijf tot tien jaar of tot hechtenis ⁵.

4. Kortom, de huidige wet voorziet reeds grotendeels in de mogelijkheid om als bijkomende straf ontzegging van de rechten vermeld in artikel 31 van het Strafwetboek op te leggen aan de personen op wie het voorontwerp van wet betrekking heeft. Nieuw in het voorontwerp van wet is het automatische karakter van deze bijkomende straf, zonder dat de rechter over de wenselijkheid ervan kan oordelen en, in voorkomend geval, de duur ervan kan vaststellen op minder dan vijf jaar.

⁽⁵⁾ De ontzetting is automatisch voor een periode van vijf tot tien jaar en facultatief voor een langere periode.

Onderscheid tussen actief en passief kiesrecht

1. Wat het Arbitragehof verbiedt inzake ontzegging van het kiesrecht, namelijk een automatische veroordeling, zonder beoordelingsbevoegdheid van de rechter, en soms voor een duur welke die van de hoofdstraf aanzienlijk overschrijdt ⁶, wordt door het voorontwerp van wet ingesteld, wat betreft het passief kiesrecht en de andere rechten vermeld in artikel 31 van het Strafwetboek, in geval van veroordeling op grondslag van de voormelde bepalingen.

Volgens de memorie van toelichting zou wat dat betreft geen tegenstelling of discriminatie bestaan, doordat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zelf het onderscheid zou maken tussen actief stemrecht, hetgeen de burgers niet automatisch ontzegd zou kunnen worden ⁷, en passief kiesrecht, waarvoor in zulk een automatische straf zou kunnen worden voorzien.

Er bestaan weliswaar verschillen tussen actief kiesrecht en passief kiesrecht, maar de Raad van State is het niet eens met de bewering dat, in tegenstelling tot de beperkingen ten aanzien van het eerste, de strafrechtelijke beperkingen ten aanzien van het tweede uit principe in zeer ruime mate een automatisch karakter zouden kunnen vertonen. Dit is zo om redenen die zowel verband houden met de achtergrond van het arrest-Zdanoka tegen Letland van 16 maart 2006, dat in de memorie van toelichting (2) wordt aangevoerd, als met de inhoud ervan (3), met het voormelde arrest nr. 187/2005 van het Arbitragehof (4) en met het voorontwerp zelf (5).

(6) Arbitragehof, arrest nr. 187/2005 van 14 december 2005.

(7) Deze bewering moet echter worden genuanceerd. In zijn arrest-Hirst van 6 oktober 2005 heeft het Hof immers geoordeeld dat de Staten geen discretionaire bevoegdheid hebben om alle veroordeelde gedetineerden het stemrecht te ontzeggen zonder rekening te houden met de duur van hun straf of met de aard en de ernst van het strafbare feit dat ze hebben begaan. De Commissie heeft daarentegen verklaard dat het de wetgever vrijstaat personen die veroordeeld zijn voor ernstige of financiële strafbare feiten uit hun electorale rechten te onttrekken. Voor een samenvatting van het standpunt van de organen van het Verdrag terzake, zie arrest-Zdanoka van 16 maart 2006, paragraaf 104.

2. Binnen het bestek van het onderzoek van het voorontwerp van wet kunnen moeilijk definitieve gevolgtrekkingen worden gemaakt uit het voornoemde arrest-Zdanoka tegen Letland van 16 maart 2006 ⁸ :

a) In het licht van artikel 3 van Protocol nr. 1 wijst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, hierna te noemen EHRM, uitdrukkelijk op het volgende : il faut "apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre" ⁹ . In het onderhavige geval moest rekening worden gehouden met " ... (le) contexte politico-historique très spécifique et (l')ample marge d'appréciation dont l'État jouit en conséquence à cet égard" ¹⁰ . Het EHRM herinnert er immers uitgebreid aan dat Letland pas opnieuw onafhankelijk van de USSR en haar communistische regime was geworden en dat pogingen tot een staatsgreep hadden plaatsgehad om naar het vroegere regime terug te keren. De omstreden maatregel strekte er toe het passief kiesrecht te ontfangen aan "... ceux qui avaient joué un rôle actif et dirigeant dans un parti directement impliqué dans la tentative de renversement par la violence du régime démocratique nouvellement établi" ¹¹ .

En het EHRM besluit als volgt :

"Si pareille restriction ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui par exemple d'un pays qui est doté d'un cadre établi d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable en Lettonie, compte tenu du contexte historico-politique ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain" ¹² .

(8) Deze beslissing, die was genomen met 13 stemmen tegen 4, werd in dezelfde zaak voorafgegaan door een beslissing in tegenovergestelde zin die was uitgesproken door een gewone kamer bij vijf stemmen tegen twee (EHRM 17 juni 2004, Zdanoka t. Letland).

(9) EHRM, 16 maart 2006, Zdanoka t. Letland, paragraaf 115, c).

(10) Op. cit., paragraaf 121.

(11) Op. cit., paragraaf 122.

(12) Op. cit., paragraaf 133.

Het is eveneens in verband met beperkingen die voortvloeien uit een uitzonderlijke historische context dat de Commissie

"... déclaré irrecevables des requêtes émanant de deux personnes qui avaient été condamnées après la Deuxième guerre mondiale pour collaboration avec l'ennemi ou «incivisme» et qui, pour cette raison, avaient été définitivement privées du droit de vote"¹³,

alsmede

"... une requête émanant d'un ancien membre des Waffen-SS condamné pour trahison en 1945, qui se plaignait de n'avoir pas pu participer aux élections européennes de 1989"¹⁴.

b) Het geschil ging niet over een bijkomende straf bij een strafrechtelijke hoofdstraf, maar over een niet-strafrechtelijke maatregel, door het Hof "... mesure spéciale de droit public régissant l'accès à la vie politique au plus haut niveau" genoemd¹⁵.

3. Hoe dan ook, de passage uit het arrest die in de memorie van toelichting is opgenomen, volgens welke :

"... de eis van «individualisering», dit wil zeggen, de noodzaak van een controle door de interne gerechtelijke autoriteiten van de proportionaliteit van de omstreden wettelijke beperking in het licht van de bijzonderheden van elke soort, (...) geen voorwaarde (is) voor de overeenstemming van deze beperking met het Verdrag"¹⁶,

komt nadat het Hof voorbeelden heeft gegeven van maatregelen die niet persoonsgericht zijn, bijvoorbeeld het verbod opgelegd aan militairen, politieambtenaren, leden van veiligheidsdiensten, om zich bij verkiezingen kandidaat te stellen¹⁷ : in dit geval hoeft immers niet geval per geval te worden onderzocht of de kandidatuur van een bepaalde

⁽¹³⁾ Op. cit., paragraaf 109.

⁽¹⁴⁾ Op. cit., paragraaf 110.

⁽¹⁵⁾ Op. cit., paragraaf 124.

⁽¹⁶⁾ Op. cit., paragraaf 114.

⁽¹⁷⁾ In België is een dergelijk verbod op magistraten van toepassing.

militair, politieambtenaar, een bepaald lid van een veiligheidsdienst, een probleem doet rijzen.

Bovendien wordt in de memorie van toelichting er weer op gewezen dat de mogelijkheid om niet aan de eis van "individualisering" te hoeven voldoen, slechts geldt

"... voor zover de wetgevende maatregel zelf proportioneel is en niet discriminerend van aard is ten aanzien van de hele categorie of groep bepaald door de wetgeving in kwestie" ¹⁸.

Met andere woorden, wanneer de wettelijke criteria van die aard zijn dat ze bij voorbaat, doordat ze niet-discriminerend zijn en evenredig met het nagestreefde legitieme doel, de beperking rechtvaardigen op de rechten van elke persoon die onder de bedoelde categorie valt, hoeft de rechter geen rekening te houden met de bijzonderheden van elk geval. Dit is bijvoorbeeld het geval met redelijke voorwaarden inzake taal en verblijfplaats opgelegd aan kandidaat-verkozenen of met onverenigbaarheden zoals die voor magistraten. Dit zou eveneens het geval zijn met automatische vervallenverklaring van personen die veroordeeld zijn tot zeer zware straffen - en dus, in principe, voor zeer ernstige feiten - aangezien in dit geval het evenwicht tussen "de zorg om onwaardige burgers van de verkiezingen te weren en de bekommernis om de burgers niet op onevenredige wijze een grondrecht te ontfemen" in acht zou worden genomen ¹⁹.

Indien daarentegen de wettelijke criteria niet beantwoorden aan die vereisten, zal de rechter ieder geval afzonderlijk moeten beoordelen. Dat betekent dat bescherming tegen te vergaande beperkingen van de grondrechten van de burgers gewaarborgd moet worden door de wet, of, wanneer die bescherming onvoldoende is, door de wet en de rechter.

⁽¹⁸⁾ Het voormelde arrest van het EHRM van 16 maart 2006, paragraaf 114.

⁽¹⁹⁾ Het voormelde arrest nr. 187/2005 van het Arbitragehof, overweging B.5.7.

Bij het samenvatten van de criteria die toegepast moeten worden om na te gaan of artikel 3 van Protocol nr. 1 al dan niet geschonden is, preciseert het Hof overigens :

"La nécessité qu'une mesure législative prétendument contraire à la Convention soit individualisée et le degré d'individualisation requis le cas échéant par celle-ci dépendent des circonstances de chaque affaire particulière, c'est-à-dire de la nature, du type, de la durée et des conséquences des restrictions litigieuses." ²⁰

In overweging 128 oordeelt het Hof in dezelfde lijn als volgt :

"En l'espèce, au regard de l'article 3 du Protocole n° 1, un degré d'individualisation suffisant a été atteint et par le Parlement letton dans le processus d'adoption de l'article 5, § 6 de la loi de 1995 et par les tribunaux internes lorsqu'ils ont dit que la mesure litigieuse s'applique à la requérante [puisqu'elle avait "activement participé aux activités du PCL" qui avait pris une part active à la tentative de coup d'Etat]."

4. In de memorie van toelichting wordt onderstreept dat het voornoemde arrest van het Arbitragehof "(zich ertoe) beperkt (...) te besluiten tot de ongrondwettelijkheid van het systeem van automatische ontzetting uit het actief kiesrecht".

Aangezien het Hof enkel geadieerd was omtrent het actief kiesrecht, kan daaruit niet worden afgeleid, zoals impliciet lijkt te geschieden in de memorie van toelichting, dat het diezelfde regeling uiteraard wel zou aanvaarden voor het passief kiesrecht ²¹. Er kan niet worden uitgemaakt of de redenen die ten grondslag liggen aan het arrest van het Arbitragehof aangaande het ontzeggen van het actief kiesrecht, op dezelfde wijze zouden worden aangevoerd voor het ontzeggen van het passief kiesrecht.

5. In het voorontwerp van wet zelf wordt bevestigd dat het actief kiesrecht en het passief kiesrecht met elkaar samenhangen.

⁽²⁰⁾ Voornoemd arrest EHRM van 16 maart 2006, paragraaf 115, d)

⁽²¹⁾ Zie bijvoorbeeld overweging B.5.11. van het voornoemde arrest nr. 187/2005. Zie ook, op het gebied van beroepsverboden, de arresten van het Arbitragehof nr. 87/98 van 15 juli 1998 en nr. 38/2000 van 29 maart 2000.

In de huidige regeling bepaalt artikel 227, 3°, van het Kieswetboek dat "zij die ingevolge artikel 7 in de uitoefening van het kiesrecht geschorst zijn" niet verkiesbaar zijn voor de Wetgevende Kamers. Met andere woorden, veroordeling tot een gevangenisstraf van meer dan 4 maanden brengt automatisch zowel tijdelijke ontzegging van het actief kiesrecht als tijdelijke ontzegging van het passief kiesrecht met zich mee.

Wat de ontworpen bepalingen betreft, beweren de stellers van het voorontwerp van wet dat er geen verband is tussen actief kiesrecht en passief kiesrecht en laatstgenoemd recht automatisch kan worden ontzegd, maar handhaven ze toch dat verband in het ontworpen artikel 227, derde lid, 2° en 3°, van het Kieswetboek en bijgevolg de noodzaak van een "individualisering" ²². De ontzegging van het passief kiesrecht is immers in de gevallen genoemd in dat artikel het gevolg van het ontzeggen van het actief kiesrecht dat voor elk geval afzonderlijk door de rechter wordt uitgesproken als bijkomende straf.

6. Het besluit is dan ook dat zowel de rechtspraak van het EHRM als die van het Arbitragehof opleggen de geldigheid van automatische beperkingen van het passief kiesrecht, ook al zijn ze tijdelijk, nauwgezet te onderzoeken, meer bepaald ten aanzien van het evenredigheids- en het niet-discriminatiebeginsel.

⁽²²⁾ Artikel 16 van het voorontwerp van wet.

Aanvaardbaarheid, ten aanzien van het evenredigheids- en het niet-discriminatiebeginsel, van het automatische karakter van het mechanisme waarbij de rechten genoemd in artikel 31 van het Strafwetboek ontzegd worden

1. Om zich ervan te vergewissen dat de voorwaarden verbonden aan het actief of het passief kiesrecht, de bewuste rechten niet in die mate beperken dat ze in hun eigenlijke wezen aangetast worden en de werkzaamheid ervan teniet wordt gedaan, moeten die voorwaarden, volgens de rechtspraak van het EHRM, een wettig doel nastreven, mogen ze niet willekeurig of discriminerend zijn en moeten de aangewende middelen evenredig zijn ²³.

Om na te gaan of er eventueel onevenredigheid is, moet inzonderheid gelet worden op :

- 1° de ernst van de feiten : de Commissie heeft het in de zaak Glimmerveen en Hagenbeek t./ Nederland over "“de graves abus dans l’exercice de fonctions publiques ou dont le comportement a menacé de saper l’Etat de droit ou les fondements de la démocratie” ²⁴;
- 2° en op de ernst van de beperking, dat wil zeggen op de aard, de soort, de duur en de gevolgen ervan : in het tweede arrest-Zdanoka, uitgesproken in de Grote Kamer, heeft het Hof er weer op gewezen dat de beperking de vrijheid van meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht niet mag belemmeren ²⁵.

(23) "Iedere willekeurige of discriminatoire beperking van het kiesrecht of het recht om gekozen te worden is bijgevolg verboden. In die zin vormen de bewoordingen «onder voorwaarden welke de vrije meningsuiting van het volk waarborgen» een bijzondere toepassing van de vrijheid van meningsuiting, zoals voorzien in art. 10 EVRM en het non-discriminatiebeginsel, zoals voorzien in art. 14 EVRM" (J. Vande Lanotte en Y. Haeck, handboek EVRM, Deel 2, Volume II, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, nr. 50, blz. 476). Zie ook het voornoemde arrest nr. 187/2005 van het Arbitragehof en het voornoemde arrest van het EHRM d.d. 16 maart 2006, paragrafen 104 en 115, c).

(24) Het ging om de weigering de verzoekers, die een verboden organisatie leidden met racistische en xenofobe inslag, toe te staan zich kandidaat te stellen voor de verkiezingen.

(25) EHRM, voornoemd arrest van 16 maart 2006, paragrafen 104 en 105, c). Zie ook het afwijkende standpunt van rechter Rozakis, die het volgende memoreert :
"Dans ...circonscrire."

2.1. In casu is de automatische sanctie waarin het voorontwerp van wet voorziet, zowel van toepassing op ernstige feiten, die zwaar bestraft worden, als op minder ernstige feiten, die eventueel slechts met een boete bestraft worden of met een veroordeling met uitstel en die de democratie niet in gevaar brengen.

Die sanctie kan in sommige gevallen echter zeer zware gevolgen hebben.

2.2. Het voorontwerp schrijft vervallenverklaring van alle rechten genoemd in artikel 31 van het Strafwetboek voor, waarbij de rechter de vervallenverklaring, zoals thans het geval is, niet kan beperken tot een aantal van die rechten, afhankelijk van de strafbare gedraging en de uitgesproken hoofdveroordeling.

Er zij overigens op gewezen dat bij de rechten genoemd in artikel 31 van het Strafwetboek, ook familierechten staan (recht om geroepen te worden tot het ambt van voogd, toeziend voogd of curator, behalve over zijn eigen kinderen), ten aanzien waarvan in de memorie van toelichting evenwel wordt onderstreept dat ze niet automatisch ontzegd kunnen worden.

2.3. Op te merken valt dat het ingrijpen van de rechter het mogelijk maakt "de zorg om onwaardige (kandidaten) van de verkiezingen te weren" te verzoenen met "de bekommernis om de burgers niet op onevenredige wijze een grondrecht te ontzeggen" ²⁶.

Door de rechter niet de mogelijkheid te bieden rekening te houden met de ernst van de feiten, de toestand van de veroordeelde uit familiaal, sociaal, en professioneel oogpunt, zijn eventuele spijt en gedragsverbetering, en door te voorzien in een straf die voor sommigen uiterst zwaar kan zijn (een straf die verlies van het openbaar ambt of openbaar mandaat inhoudt, of de onmogelijkheid om gedurende minstens twee zittingsperiodes zich kandidaat te stellen bij verkiezingen, of om te solliciteren naar een overheidsbetrekking), lijkt het voorontwerp niet in verhouding te staan tot het

⁽²⁶⁾ Voornoemd arrest nr. 187/2005 van het Arbitragehof, overweging B.5.7. Zie ook F. BERNARD "Le droit anti-raciste", "Le droit antinégationniste et le centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme : instruments au service de l'action contre les groupements liberticides" in "Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?", Groupements liberticides et droit, Brussel, Bruylant, 2000, blz. 395; H. DUMON en F. TULKENS, "Les activités liberticides et le droit public belge", in "Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?", Groupements liberticides et droit, Brussel, Bruylant, 2000, nr. 142, blz. 299

nagestreefde doel, ongeacht of dat doel repressief of preventief is (een maatregel ter bescherming van de democratie, zoals dat meer benadrukt wordt in de memorie van toelichting).

Het risico bestaat dan ook de ontworpen regeling wordt vernietigd door het Arbitragehof en aanleiding geeft tot een veroordeling door de Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

3. In de memorie van toelichting staat het volgende :

"De doelstelling die wordt nagestreefd is de bescherming van de democratie en haar belangrijke instellingen."

De vraag rijst dan ook waarom alleen overtredingen van de twee voornoemde wetten van 30 juli 1981 en 23 maart 1995 worden beoogd, naast verduistering van openbare of private gelden, en actieve of passieve omkoping ²⁷.

De eerste vijf titels van Boek II van het Strafwetboek zijn respectievelijk gewijd aan misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de Staat, aan ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, aan terroristische misdrijven, aan misdaden en wanbedrijven die door de grondwet gewaarborgde rechten schenden, aan misdaden en wanbedrijven tegen de openbare orde, gepleegd door personen die een openbaar ambt uitoefenen of door bedienaren der erediensten in de uitoefening van hun bediening ²⁸. De vraag rijst waarom diegenen die voor zulke feiten veroordeeld zijn, vaak tot heel wat zwaardere straffen dan die voorgeschreven in de bepalingen van het

(27) Uit het advies van de inspecteur van financiën lijkt opgemaakt te kunnen worden dat aanvankelijk alleen de antiracismewetgeving beoogd werd. Misschien heeft de actualiteit de steller van het voorontwerp ertoe gebracht de toepassing ervan uit te breiden?

(28) In laatstgenoemde titel bevinden zich hoofdstuk III, dat gewijd is aan verduistering, knevelarij en belangennemings, en hoofdstuk IV, gewijd aan omkoping.

voorontwerp van wet, niet ook allemaal van rechtswege vervallen verklaard worden van hun passief kiesrecht ²⁹.

Bovendien heeft de Raad van State, vermits in de memorie van toelichting het gelijkheids- en het niet-discriminatiebeginsel benadrukt worden, bedenkingen bij het feit dat de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding niet ook wordt genoemd ³⁰.

Ten slotte heeft het voorontwerp van wet, terwijl het alleen verduistering door en omkoping van personen die een openbaar ambt uitoefenen beoogt en niet verduistering door en omkoping in de private sfeer (artikelen 491 en volgende en 504bis en 504ter van het Strafwetboek), voor zover het gaat om de wetten van 30 juli 1981 en 23 maart 1995, zowel betrekking op feiten gepleegd door personen die een openbaar ambt of mandaat uitoefenen (of wensen uit te oefenen) - ongeacht of de feiten gepleegd zijn tijdens de uitoefening van hun ambt of hun mandaat - als op feiten gepleegd door andere personen.

(29) Bevindt een ambtenaar die veroordeeld is voor valsheid in openbare geschriften zich niet in eenzelfde situatie als een ambtenaar die veroordeeld is voor omkoping? Is een terrorist die veroordeeld is tot bijvoorbeeld negen jaar opsluiting niet gevaarlijker voor de democratie en de basisinstellingen daarvan dan een persoon die veroordeeld is tot drie maanden met uitstel voor racistische uitlatingen in het publiek?

(30) Zie zelfs, meer in het algemeen, de verschillende ontwerpen ter bestrijding van discriminatie (voorontwerp van wet "ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen"; voorontwerp van wet "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie"; voorontwerp van wet "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, van de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen en van de wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden") waarover de algemene vergadering van de afdeling wetgeving van de Raad van State de volgende adviezen heeft uitgebracht :

- op 11 juli 2006, advies 40.689/AV tot 40.691/AV (Gedr. St., Kamer, zitting 2006-2007, 2720/1, 2721/1 en 2722/1);
- op 6 oktober 2006, advies 41.417/AV tot 41.420/AV (Ibid., Gedr. St., Kamer, zitting 2006-2007, 2723/1).

Indien de keuze van de in aanmerking genomen strafbare feiten niet naar behoren kan worden verantwoord in de memorie van toelichting, loopt het voorontwerp van wet ook in dat opzicht het gevaar vernietigd te worden door het Arbitragehof en te leiden tot een veroordeling door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B.VIGNERON

Y. KREINS