

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 6 juillet 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "relative à la protection pénale des mineurs", a donné le 22 octobre 1998 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 6 juli 1998 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de strafrechtelijke bescherming van de minderjarigen", heeft op 22 oktober 1998 het volgende advies gegeven :

Examen du projet

Observations générales

1. Comme l'expose le Gouvernement dans l'exposé des motifs, le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'Etat est

"le fruit de près de deux années de réflexions amorcées suite aux événements tragiques du mois d'août 1996 marqué par la découverte des corps de plusieurs enfants disparus et l'arrestation des auteurs présumés.".

Le projet se fonde notamment sur les propositions contenues dans le rapport final de la Commission nationale contre l'exploitation sexuelle des enfants, sur les travaux de l'équipe du professeur Jacobs de la faculté de droit de l'université de Liège, réalisés à la demande du Ministre de la Justice, ainsi que sur les études des professeurs Hutsebaut de la faculté de droit de la K.U.Leuven sur la violence intra-familiale et Kellens de la faculté de droit de l'université de Liège sur les mutilations sexuelles, réalisées à la demande de la Ministre de l'Emploi et du Travail et chargée de la politique d'égalité des chances entre hommes et femmes.

La lecture de l'exposé des motifs révèle que le projet poursuit trois objectifs majeurs :

- moderniser le droit pénal en ce qui concerne la protection pénale des mineurs;

.../...

- rendre le Code pénal plus cohérent;
- et surtout, renforcer la protection pénale des mineurs.

Toujours selon l'exposé des motifs :

"Il serait vain de penser que le droit pénal suffise à prévenir toutes les agressions commises contre les enfants. Néanmoins, c'est le rôle du droit pénal de mettre en évidence les droits et valeurs dont le respect est jugé fondamental dans la société et de permettre une répression adéquate des atteintes à ces droits et valeurs. Tel est l'objectif du présent projet, en ce qui concerne la protection pénale des mineurs.".

En ce qui concerne le volet préventif, le Gouvernement souligne également :

"qu'il est parfaitement conscient de la nécessité qu'une telle réforme soit accompagnée des initiatives de prévention, d'information et d'éducation tant à l'égard des jeunes que des adultes, de manière à accroître l'attention et le souci collectif et individuel du respect et de la protection des enfants.".

Il convient cependant de rappeler que les réformes institutionnelles ont attribué aux communautés des compétences étroitement liées à la problématique de la protection des mineurs, que ce soit dans le domaine de la politique familiale ou encore dans celui de la protection de la jeunesse.

.../...

Il en découle que la réforme en projet devra, sans doute, être complétée par des initiatives communautaires, voire même par des accords de coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin de préserver la cohérence de la politique générale en cette matière.

2. Quant à l'objectif de rendre le Code pénal plus cohérent en modifiant la présentation de certaines infractions, le Conseil d'Etat est d'avis que la plus grande prudence s'impose. En effet :

a) Force est de constater que les modifications en projet n'adaptent pas toujours les peines en fonction de la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles. C'est ainsi, par exemple, qu'aux articles 379 et 380bis du Code pénal que le projet modifie, il est toujours fait référence à la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans ou de dix à quinze ans ...

A cet égard, il convient que le projet prenne en considération la loi précitée.

b) Il faut éviter qu'un texte modificatif ait pour objet de déplacer des articles ou simplement d'en modifier le numérotage. Ces modifications peuvent entraîner de grandes difficultés eu égard aux références qui seraient faites à ces articles dans d'autres textes. Ne s'agissant pas d'une oeuvre de codification, il est proposé de ne pas procéder à de tels déplacements d'articles.

.../...

L'intention de l'auteur du projet de procéder à cette technique est justifiée, dans le commentaire des articles (voyez par exemple l'article 9), par des raisons d'"économie légistique", la plupart des déplacements d'articles et des modifications de numérotation comblant les "vides" créés par des abrogations antérieures.

Cette technique a néanmoins pour conséquence que, dans le titre VII du Code pénal, les articles 354 à 360bis sont abrogés et ne sont pas remplacés, ce qui a pour effet de passer directement du chapitre premier au chapitre III du même Code.

Les articles 364 à 378bis sont également abrogés et ne sont pas remplacés.

Si l'avant-projet comble effectivement les "vides" créés par des articles abrogés précédemment dans le titre VIII en déplaçant des articles contenus dans le titre VII, force est de constater que c'est ce dernier qui contiendra dorénavant de longues séries de dispositions abrogées.

Outre les difficultés déjà exposées sur la législation par référence, il ne semble dès lors pas que le but d'"économie légistique" voulu par l'auteur de l'avant-projet soit atteint.

.../...

c) Comme le relève l'examen des articles, les phrases liminaires de la plupart des dispositions en projet ne sont pas présentées correctement sur un plan purement légistique. Ces phrases liminaires sont cependant essentielles puisqu'elles expliquent les modifications structurales que le projet entend apporter au Code pénal.

3. L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait qu'une proposition de loi insérant un article 442bis dans le Code pénal en vue d'incriminer le harcèlement (1) a été soumise aux chambres législatives. Le texte a été adopté par la Chambre des représentants en séance plénière le 9 juillet 1998 et transmis au Sénat. Celui-ci n'a cependant pas usé de son droit d'évocation (2).

Eu égard à la portée de cette disposition, qui selon les débats parlementaires vise aussi le harcèlement sexuel, il y aurait lieu de veiller à harmoniser ce projet et l'avant-projet présentement examiné.

4. Il ressort d'un document du cabinet du Ministre de la Justice expliquant les modifications en projet et transmis au Conseil d'Etat, que le projet pourra encore être complété par d'autres dispositions.

(1) Doc. parl., Chambre, 1996-1997, n^{os} 1.046-1 à 1.046-10.

(2) Doc. parl., Sénat, 1997-1998, n^{os} 1.061/1 et 1.061/2.

Dispositif

Article 1er

Il est d'usage d'écrire : "La présente loi règle ...".

Article 2

Il est proposé de rédiger l'article 100ter en projet de la manière suivante :

"Art. 100ter. Lorsqu'il est fait usage du terme "mineur" dans les dispositions du Livre II, cette notion désigne la personne n'ayant pas encore atteint l'âge de dix-huit ans."

Article 3

1. L'article 347bis a également été modifié par la loi du 10 juillet 1996. Il convient de viser cette modification dans la phrase liminaire.

2. Au paragraphe 1er, les termes "pour répondre" doivent être remplacés par les termes "pour faire répondre".

3. L'article 347bis, § 3, en projet, atténue la peine de celui qui aura commis une prise d'otage si

.../...

"dans les cinq jours de l'arrestation, de la détention ou de l'enlèvement, la personne prise comme otage a été libérée volontairement sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté.".

Il est permis de se demander si la peine doit aussi être réduite, conformément au paragraphe 3, dans les cas envisagés par les paragraphes 2 et 4 en projet, c'est-à-dire lorsque la prise d'otage concerne un mineur de moins de quatorze ans ou a causé soit une maladie paraissant incurable, soit une incapacité permanente physique ou psychique, soit la perte complète de l'usage d'un organe, soit une mutilation grave, soit la mort, ou encore lorsque la personne prise comme otage a été soumise à des tortures corporelles.

Si tel ne doit pas être le cas (1), il convient de préciser au paragraphe 3 en projet que "la peine sera la réclusion de quinze à vingt ans, sauf dans les cas visés aux paragraphes 2 et 4, si ...".

Article 4

1. Il convient d'écrire :

"Art. 363. Sera puni ...".

(1) Par un arrêt du 20 janvier 1982, la Cour de cassation a décidé que la cause d'excuse atténuante prévue à l'alinéa 3 de l'article 347bis du Code pénal n'est pas d'application lorsqu'une des circonstances énumérées à l'alinéa 4 de la même disposition est établie (Pas., 1982, I, 619 et note).

.../...

2. L'alinéa 2 de l'article 363, en projet, du Code pénal prévoit que :

"sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans celui qui détruit la preuve de l'état civil d'un enfant ou en empêche l'établissement."

Il est permis de se demander si cette disposition vise des infractions spécifiques qui ne seraient pas comprises dans les articles 361 et 362 du Code pénal que le projet ne modifie pas.

Interrogés à cet égard, les délégués du ministre n'ont pas fourni d'exemples précis.

Article 5

1. La phrase liminaire s'écrit comme suit :

"A l'article 379 du même Code, modifié par la loi du 13 avril 1995, sont apportées les modifications suivantes : ...".

2. En outre, la modification prévue au 2° n'est pas exacte. En effet, les mots à remplacer sont : "si le mineur n'a pas atteint l'âge de dix ans accomplis".

.../...

3. Ainsi qu'il l'a déjà été souligné dans les observations générales, il convient de modifier l'article 379, alinéa 3, du Code pénal pour adapter la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans aux nouvelles dispositions de la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles.

Article 6

1. La phrase liminaire serait mieux rédigée comme suit :

"A l'article 380bis du même Code, remplacé par la loi du 13 avril 1995, sont apportées les modifications suivantes :

1° au paragraphe 4, 1° et 4°, les mots "âgé de moins de seize ans" sont supprimés;

...".

2. L'observation n° 3 formulée sous l'article 5 du projet vaut également pour l'article 380bis du Code pénal devenant l'article 380 en projet.

3. Le commentaire de cette disposition indique qu'

"Un paragraphe 6 nouveau est inséré dans cet article pour viser une catégorie de personnes qui ne tombent pas actuellement sous le coup de la loi péna-

.../...

le : ceux qui assistent de manière consciente et volontaire à un spectacle de nature pédophile. Cette lacune du droit actuel est d'autant plus paradoxale que celui qui possède, même pour son seul usage personnel, des cassettes vidéo à caractère pédophile, est d'ores et déjà sanctionné par l'article 383bis du Code pénal actuel. La peine retenue est plus sévère que celle prévue dans ce dernier cas : en effet, le fait a un caractère de gravité plus grand dans la mesure où la personne est mise physiquement en présence du mineur exploité sexuellement."

Des explications fournies par les délégués du ministre, l'intention n'est pas de réprimer celui qui se rend occasionnellement dans un quartier et qui assiste à la débauche ou à la prostitution d'un mineur. Celui qui est visé par la disposition en projet est celui qui se rend dans un lieu précis, où il sait que l'on peut débaucher des mineurs, avec l'intention d'assister à cette débauche ou prostitution.

La nuance est importante et difficile à établir. Il serait par conséquent souhaitable que la portée exacte que doivent, en l'occurrence, revêtir les termes "volontairement et sciemment" soit indiquée dans le commentaire de l'exposé des motifs.

Article 7

Il est renvoyé à l'observation générale n° 2, b).

.../...

Article 8

Cet article s'écrira comme suit :

"Art. 8. Dans l'article 380quinquies, §§ 1er et 2, du même Code, modifié par la loi du 27 mars 1995, les mots "ayant un but lucratif direct ou indirect" sont supprimés."

Article 9

Il convient d'écrire :

"Art. 9. L'article 381bis du même Code, inséré par la loi du 13 avril 1995, est remplacé par la disposition suivante :

"art. 381bis ...".

La référence à l'article 380 du Code pénal n'est plus exacte : il y a lieu de viser l'article 380bis. La même observation vaut pour l'article 10.

Article 10

1. Au paragraphe 3, alinéa 4, il y a lieu de citer l'intitulé complet de la loi du 10 octobre 1913, à savoir :

"Loi du 10 octobre 1913 portant des modifications à la loi hypothécaire et à la loi sur l'expropriation forcée et réglant à nouveau l'organisation de la conservation des hypothèques."

.../...

2. L'article 382, § 2, en projet, contient la liste des établissements dont une personne condamnée pour les faits visés à l'article 380bis, §§ 1er à 5, du Code pénal, pourrait se voir interdire l'exploitation.

La volonté exprimée dans le commentaire de cette disposition est d'adapter cette liste par des appellations plus actuelles.

Une telle liste se veut limitative et complète; cependant, dans cette mesure, elle surprend : pourquoi ne pas viser également les institutions d'adoption et tout établissement à qui l'on confie la garde de mineurs comme, par exemple, des crèches, ainsi que les établissements de jeux de hasard ?

Plutôt que d'utiliser les termes "un gérant ou une gérante", qui ont un sens précis en droit commercial, il est préférable de faire référence à des notions plus larges telles que des "personnes intermédiaires" ou "par personne interposée".

3. Le paragraphe 3, alinéa 2, en projet, prévoit la fermeture de l'établissement dans lequel les infractions ont été commises même si l'établissement n'appartient pas au condamné. Toutefois, dans ce cas, la fermeture ne peut être ordonnée par le juge que "si la gravité des circonstances concrètes l'exige, et ce, pour une durée de deux ans au plus ...".

.../...

Par ailleurs, il est également prévu que dans cette hypothèse, le propriétaire, l'exploitant, le locataire ou le gérant de l'établissement sera appelé à la cause par le ministère public et qu'il pourra faire valoir ses arguments pour démontrer que, dans le cas d'espèce, les circonstances ne justifient pas la fermeture de l'établissement.

Des explications données par les délégués du ministre, ce texte s'inspire dans une large mesure d'un projet de loi "modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques et l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales", tel qu'il a été adopté par les commissions réunies de la justice et des affaires sociales du Sénat (1).

Le Conseil d'Etat constate cependant que la fermeture d'un établissement dans de telles conditions aboutit à frapper d'une peine le propriétaire de cet établissement sans qu'il ait été reconnu coupable d'une infraction quelconque.

Le texte conduit ainsi à une responsabilité pénale pour autrui contraire aux principes fondamentaux de notre droit pénal.

(1) Doc. parl. Sénat, sess. 1997-98, n° 1-846/6.

En outre, cette fermeture sera transcrite à la conservation des hypothèques afin que les tiers qui souhaiteraient acquérir le bien, soient informés de cette fermeture.

Des explications données par les délégués du ministre, la fermeture ne pourra pas être remise en cause même si les tiers décident de donner une affectation à l'établissement totalement différente de celle qui a conduit à la fermeture.

Le bien sera dès lors inexploitable de quelque manière que ce soit pendant toute la durée de la fermeture.

A cet égard, il y a lieu de s'interroger sur le respect de l'article 16 de la Constitution en vertu duquel

"Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité",

et sur la compatibilité avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aux termes de l'alinéa 1er de cette dernière disposition, "toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens". Toutefois, en vertu de l'alinéa 2, les Etats ont la faculté d'adopter "les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ...".

.../...

Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, plus particulièrement, de ses arrêts *Sporrong* et *Lönnroth* du 23 septembre 1982 et du 18 décembre 1984, que ces normes imposent de vérifier

"si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu." (1).

Malgré la marge d'appréciation dont jouissent les Etats en vertu de l'article 1er, alinéa 2 précité, il convient de souligner qu'en adhérant à ces instruments internationaux, ils ont accepté que leur façon d'apprécier l'utilité publique d'une mesure affectant les biens de particuliers, soit soumise à un contrôle international, susceptible d'aboutir à la conclusion que le poids de l'intérêt public ne serait pas suffisant pour justifier le préjudice infligé aux intérêts économiques individuels.

Dans le cas d'espèce, il appartient à l'auteur du projet de justifier que la règle du "juste équilibre" est bel et bien respectée compte tenu de la jurisprudence européenne précitée.

Il découle de l'ensemble de ces observations que la disposition en projet doit être fondamentalement repensée.

(1) Voir à ce propos L-E. Pettiti, E. Decaux et P-H. Imbert, "La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article", éd. Economica, Paris, 1995, pp. 971 à 997.

Article 11

1. Le déplacement d'articles et la modification du numérotage se justifie ici. En effet, deux lois successives du 13 avril 1995 ont inséré chacune un nouvel article 382bis dans le Code pénal, ce qui est source de confusion. Pour plus de clarté, il est cependant proposé de scinder cette disposition en deux articles distincts rédigés comme suit :

"Art. 10. L'article 382bis du même Code, inséré par la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie infantile, en devient l'article 382ter."

"Art. 11. L'article 382bis du même code, inséré par la loi du 13 avril 1995 relative aux abus sexuels à l'égard des mineurs, est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 382bis ...".

La référence à l'article 381 doit être remplacée par la référence à l'article 381bis.

2. Interrogés sur la portée exacte du 3° de l'alinéa 1er de l'article 382bis en projet, les délégués du ministre ont fourni l'exemple d'une entreprise de transport qui, occasionnellement, accomplit du transport scolaire. Un chauffeur de bus qui aurait été condamné pour des faits de débauche ou de prostitution de mineur, ne pourrait plus assumer des transports scolaires seul, c'est-à-dire, en ayant une certaine autorité sur les enfants.

.../...

L'exposé des motifs doit cependant être plus explicite quant à une telle hypothèse.

Enfin, au 3°, mieux vaut remplacer le terme "placerait" par les termes "pourrait placer".

Articles 12 et 13

1. Les modifications prévues aux articles 12 et 13 de l'avant-projet sont toutes les deux relatives à l'article 383bis du Code pénal. Il est, dès lors, proposé de les grouper en un seul article, rédigé comme suit :

"Art. 12. A l'article 383bis du même Code, inséré par la loi du 13 avril 1995, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° Au paragraphe 1er, les mots "âgés de moins de seize ans" sont supprimés;
- 2° au paragraphe 5, les mots "L'article 382 est applicable" sont remplacés par les mots "Les articles 382 et 389 sont applicables."

2. Le Conseil d'Etat se demande dans quelle mesure il ne convient pas de moderniser également la terminologie de l'article 383 du Code pénal, et ce notamment pour prendre en considération la diffusion sur des réseaux informatiques d'images contraires aux bonnes moeurs.

.../...

Dans le même souci, il est proposé d'ajouter le terme "diffusé" après le terme "distribué", à l'article 383bis, § 1er, du Code pénal.

Article 14

Il convient d'écrire :

"Dans l'article 384 du même Code, modifié par la loi du 14 juin 1926, les mots "Dans le cas prévu par l'article précédent" sont remplacés par les mots "Dans les cas prévus à l'article 383.".

Article 15

La phrase liminaire serait mieux rédigée de la manière suivante :

"Art. 14. A l'article 385 du même Code, modifié par la loi du 15 mai 1912, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° ...;
- 2° ...".

.../...

Article 16

1. Il y a lieu d'écrire :

"Art. 15. A l'article 386bis du même Code, inséré par la loi du 28 juillet 1962, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° dans l'alinéa 1er, les mots ...;
- 2° l'alinéa 2 est remplacé par l'alinéa suivant :

"...".

En outre, les mots "alinéa précédent" doivent être remplacés par les mots "alinéa 1er".

2. Cette disposition remplace l'alinéa 2 de l'article 386bis du Code pénal, devenant l'article 387, en projet, et prévoit que la confiscation spéciale consacrée à l'article 42, 1°, du même Code

"peut être appliquée en cas de condamnation à l'une des infractions visées à l'alinéa précédent, même lorsque la propriété des choses sur lesquelles elle porte n'appartient pas au condamné."

Le Conseil d'Etat constate qu'en matière de confiscation, le législateur a souvent pris en considération les droits des tiers sur la chose confisquée. Ainsi, en vertu de l'article 42, 1°, du Code pénal, la confiscation des choses formant l'objet de l'infraction ou de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction,

.../...

ne peut intervenir que si le condamné en est le propriétaire.

Pour la confiscation des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, pour les biens et valeurs qui leur ont été substitués et pour les revenus de ces avantages, l'article 43bis du Code pénal a également prévu que si ces choses confisquées appartiennent à la partie civile, elles lui seront restituées. Tout autre tiers qui pourrait se prévaloir d'un droit de propriété à l'égard de ces choses sera également en mesure de les réclamer selon les modalités fixées par l'arrêté royal du 9 août 1991 réglant le délai et les modalités du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée.

De même, en vertu de l'article 505 du Code pénal, il est prévu que la confiscation instaurée par l'article 42, 1°, du même Code, sera applicable en matière de recel, même si les choses confisquées n'appartiennent pas au condamné. Toutefois, dans cette hypothèse, la confiscation ne peut porter préjudice aux droits des tiers.

Dans le cas d'espèce, il est dérogé à l'article 42, 1°, du Code pénal sans que le tiers propriétaire ne puisse mettre en oeuvre une procédure équivalente à celle prévue par l'article 43bis du Code pénal.

Au vu des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, il y a lieu de justifier de manière objective et raisonnable les raisons pour lesquelles, dans certains cas, la confiscation sera assortie d'une pos-

.../...

sibilité de recours afin de préserver le droit de propriété des tiers concernés alors que dans d'autres cas, elle ne le sera pas.

Article 17

1. Mieux vaut écrire :

"L'article 386ter, inséré par la loi du 28 juillet 1962, est remplacé par la disposition suivante :

"Art. 386ter ...".

La référence faite à l'article 387 doit être remplacée par l'article 386bis.

A l'alinéa 3, les mots "alinéa précédent" doivent être remplacés par les mots "alinéa 2".

2. Dans l'alinéa 2 de l'article 388 en projet, il convient d'élargir la notion de "commerce de produits photographiques" afin que soit également visé le matériel nécessaire à la réalisation de tout type de support destiné à contenir des images fixes ou animées.

3. Il est préférable, dans l'alinéa 4, de remplacer le terme "gérant" par un terme plus large comme "personne interposée" ou "personne intermédiaire".

.../...

4. Le texte en projet ne permet pas de dire si la fermeture de l'établissement pourra intervenir même dans l'hypothèse où le condamné ne serait pas le propriétaire de celui-ci.

Si tel doit être le cas, il est renvoyé à l'observation n° 3 formulée sous l'article 10 du projet.

Cette observation mérite d'être d'autant plus soigneusement examinée qu'il s'agit ici d'une fermeture définitive.

Article 18

1. La référence à l'article 388 du Code pénal doit être remplacée par l'article 386ter.

2. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la réelle portée des deux alinéas du paragraphe 1er en projet.

Des explications données par les délégués du ministre, l'alinéa 1er concernerait la fermeture d'un établissement appartenant au condamné, auquel cas cette fermeture n'a de sens, à son égard, qu'au moment de sa remise en liberté; par contre, l'alinéa 2 serait relatif à l'hypothèse d'une fermeture d'établissement appartenant à un tiers, auquel cas la fermeture prendrait cours à partir du moment où la condamnation est devenue définitive et n'est plus susceptible d'appel.

.../...

Pour ce qui concerne la première hypothèse, il est permis de s'interroger sur le sort de l'établissement pendant la période au cours de laquelle le condamné purge sa peine.

En tout état de cause, ces textes manquent totalement de clarté et, en raison des critiques formulées dans l'observation n° 3 faite sous l'article 10 du projet, ils doivent être fondamentalement revus.

3. Au paragraphe 2 de l'article 389 en projet, il est prévu que celui qui contrevient au jugement ou à l'arrêt qui a prononcé l'interdiction professionnelle, sera puni "d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent francs à mille francs".

Les peines sont, dans le cas d'espèce, cumulatives.

Or, au paragraphe 3, celui qui contrevient au jugement ou à l'arrêt qui a ordonné la fermeture d'un établissement ou d'un commerce, peut être puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de mille francs à cinq mille francs "ou d'une de ces peines seulement".

Le juge a ici une certaine liberté d'appréciation.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pour quelle raison, il y a une différence de régime entre les deux paragraphes précités.

.../...

Article 19

Cette disposition s'écrit de la manière suivante :

"Art. 18. L'intitulé du Chapitre VIII du Titre VII, du Livre II, du même Code, comprenant l'article 391, est remplacé par l'intitulé suivant :

"...".

Article 20

1. La phrase liminaire serait mieux rédigée comme suit :

"Art. 20. Dans l'article 398 du même Code, l'alinéa suivant est inséré entre les alinéas 1er et 2 :

"...".

Dans le nouvel alinéa ainsi inséré, les mots "une personne mineure" doivent être remplacés par les mots "un mineur".

2. L'un des objectifs poursuivis par le projet est de lutter contre la violence intra-familiale par une aggravation des peines, notamment, en cas de coups et blessures volontaires.

.../...

La logique, qui prévaut dans le projet, du moins pour les infractions à caractère sexuel, est d'organiser la protection du mineur en prenant en considération des tranches d'âge différentes.

Le sort des enfants battus mérite aussi une attention toute particulière et le Conseil d'Etat se demande s'il ne convient pas également d'aménager le système des peines en fonction de l'âge du mineur.

Article 21

1. Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet sur le fait que certaines des incriminations du Code pénal suffisent pour réprimer les actes visés à l'article 409 en projet (1).

2. Les termes "mutilation des organes génitaux" risquent de donner lieu à des interprétations fort divergentes. Ceux qui défendent de telles pratiques, au nom de la religion notamment, n'y voient pas une mutilation. Pour d'autres, de telles pratiques ne sont que des atteintes à l'intégrité sexuelle des femmes.

(1) Il ressort, d'ailleurs, d'une étude réalisée par Madame S. Demet que dans les pays qui ont légiféré dans ce domaine, il a rarement été fait application de ces dispositions. Certains pays, comme la France, qui ne disposent pas d'une législation spécifique, ont puni en utilisant d'autres qualifications.

En ce qui concerne le terme "genitale organen", utilisé dans le texte néerlandais, il est renvoyé à l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

3. Le Conseil d'Etat se demande enfin s'il ne convient pas de prévoir une circonstance aggravante en cas de maladie incurable ou d'incapacité.

Article 22

1. Mieux vaut écrire la phrase liminaire comme suit :

"Art. 21. L'article 410 du même Code, inséré par ... et modifié par ..., est remplacé par les dispositions suivantes ...".

2. Il est proposé de supprimer dans l'alinéa 1er de l'article 410, en projet, les termes "ses adoptants". En effet, en vertu de l'article 392bis du Code pénal, pour l'application du Chapitre Ier intitulé "de l'homicide et des lésions corporelles volontaires", les mots "père", "mère" et "ascendant" désignent également les adoptants et, en cas d'adoption et d'adoption plénière, les ascendants des adoptants.

La même observation vaut pour l'alinéa 2 en projet.

.../...

3. Certaines dispositions en projet désignent des tiers qui soit "ont autorité" sur le mineur, soit en ont "la garde", soit auxquels le mineur a été "confié", soit qui en "ont la charge" ou encore qui "cohabite(nt) occasionnellement ou habituellement avec le mineur".

Toutes ces expressions doivent être clairement définies et autant que possible uniformisées.

Dans le cas d'espèce, ces personnes ne sont pas visées dans l'alinéa 1er, en projet, de sorte que celui qui porte des coups ou cause des blessures à son parent d'accueil ou au conjoint d'un de ses parents divorcés avec lequel il vit habituellement, ne subira pas de peines plus fortes.

Par contre, si ces mêmes personnes commettent de tels actes sur un mineur, elles encourent de telles peines.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles ces "parents de substitution" ne seraient pas pris en considération lorsque de telles infractions sont commises sur leur personne.

4. En outre, il est fait référence à l'observation n° 2 formulée sous l'article 20 du projet.

.../...

Article 23

1. Les articles 423 à 423quinquies en projet relatifs à l'attentat à la pudeur et les articles 424 à 424sexies relatifs au viol s'exposent à la critique dans la mesure où ils créent un enchevêtrement très complexe entre les éléments constitutifs de l'infraction et les circonstances aggravantes.

Un exemple suffit pour illustrer la difficulté.

En ce qui concerne l'attentat à la pudeur, l'emploi de la ruse est un élément constitutif de l'infraction (article 423, § 2, 1°, en projet); cet élément se transforme automatiquement en une première circonstance aggravante en vertu du paragraphe 2 de l'article 423bis en projet, et éventuellement en une deuxième circonstance aggravante si la ruse constitue un abus des facilités que ses fonctions confèrent à son auteur (§ 3, 4°, de l'article 423bis en projet), qui fera d'office basculer dans une troisième circonstance aggravante résultant du paragraphe 5 en projet qui prévoit une aggravation de la peine en cas de réunion des deux premières circonstances aggravantes. Cet encastrement des éléments constitutifs de l'infraction et des circonstances aggravantes aura pour effet que, par exemple, un employé d'hôtel qui, sans recourir à la violence, aux menaces ou à la contrainte, recourt à la ruse et use des facilités que lui confère sa fonction pour commettre un attentat à la pudeur sur une vacancière majeure sera passible de la réclusion de dix à quinze ans (article 423bis, § 5, en projet), alors que la peine prévue pour

.../...

un attentat à la pudeur à l'égard d'un majeur est l'emprisonnement d'un mois à un an (article 423bis, § 1er, en projet).

Cette complexité résultant de la multiplication des éléments constitutifs et des circonstances aggravantes se concilie mal avec l'objectif de cohérence poursuivi par les auteurs du projet. A cela vient s'ajouter que les nouvelles catégories créées par le projet sont souvent très floues.

A titre d'exemples, les 5°, 6° et 7° de l'article 423, § 2, en projet, visent des hypothèses qui se recoupent partiellement : l'ascendant visé au 6° est également en situation d'autorité par rapport au mineur (5°) et, le plus souvent, il sera aussi une personne majeure cohabitant avec le mineur (7°). La même observation vaut pour les 1° à 3° du paragraphe 3 de l'article 423bis en projet : l'ascendant de la victime (1°) sera souvent en situation de confiance vis-à-vis d'elle (2°) et a également autorité sur elle (3°). Les 3° et 4° du même paragraphe ne se différencient guère plus : au 3°, il est question d'avoir autorité sur la victime et au 4°, d'un abus d'autorité sur celle-ci. Quant aux 4° et 5°, ils se recoupent également. Par exemple, si l'auteur est médecin (5°), il aura aussi abusé de l'autorité ou des facilités que lui confèrent ses fonctions (4°).

De telles imprécisions ne sont pas admissibles en droit pénal. La rédaction de l'ensemble de ces dispositions doit être revue. C'est sous cette réserve que sont formulées les observations qui suivent.

.../...

2. La disposition en projet remplace le Chapitre III du Titre VIII du Code pénal par un nouveau Chapitre III intitulé "Des atteintes à l'intégrité sexuelle" et par un Chapitre IIIbis intitulé "Des atteintes aux mineurs, aux incapables et à la famille".

Les articles 423 à 433 du Code consacrés au duel sont intégralement remplacés. Cette infraction disparaît en tant que telle du Code pénal, considérée comme désuète.

Cependant, selon les délégués du ministre, cela ne veut pas dire pour autant que le duel n'est plus punissable; il suffira, en effet, de lui donner une nouvelle qualification pénale comme celle de l'assassinat. Ceci gagnerait à être précisé dans l'exposé des motifs.

Il convient en outre de s'interroger sur la question de savoir si certaines infractions liées au duel - par exemple, la provocation ou l'excitation au duel ou encore le fait d'être témoin - peuvent encore être visées par les autres incriminations du Code pénal.

Article 423 en projet

Paragraphe 1er

Cette partie du projet s'inspire dans une certaine mesure des travaux du professeur F. Hutsebaut, présentés à l'occasion de la journée d'étude du 17 janvier 1997 consacrée à "la violence physique et sexuelle".

.../...

Selon ce professeur, l'une des premières lignes de force d'un projet de loi modifiant certaines dispositions du Code pénal pour répondre à la problématique de la violence physique et sexuelle, doit être de remplacer la notion "d'attentat à la pudeur" par la notion d'"atteinte à l'intégrité sexuelle".

Le nouvel article 372 du Code pénal pourrait, selon lui, être rédigé comme suit :

"Art. 372. L'atteinte à l'intégrité sexuelle consiste à obliger un individu non-consentant à supporter ou à commettre des actes sexuels. Le consentement n'existe pas lorsque l'acte est imposé au moyen de violence, contrainte ou ruse, ou lorsqu'il est rendu possible par une déficience ou une infirmité physique de la victime. L'agression existe dès qu'il y a début d'exécution.

L'atteinte à l'intégrité sexuelle est punie d'une peine de prison de six mois à cinq ans."

"Ce qui est nouveau - souligne le professeur Hutsebaut -, c'est que la notion d'atteinte à l'intégrité sexuelle est définie par le législateur. La notion précédemment utilisée d'attentat à la pudeur n'avait pas reçu du législateur de définition plus précise mais était interprétée dans le sens que le terme pudeur, dans sa signification pénale, ne tendait pas en premier lieu à protéger le sentiment subjectif de pudeur, mais le sentiment couramment et socialement accepté, à un certain moment, de pudeur. La notion d'attentat à la pudeur était donc traditionnellement conçue du point de vue de la société.

Une conception plus moderne des abus sexuels devrait amener à concevoir la violation du droit à l'autodétermination sexuelle de la victime comme l'élément principal et prédominant de l'infraction. Ceci peut être exprimé en remplaçant la notion de "pudeur" par la notion d'"intégrité sexuelle". Le critère déterminant pour intervenir dans la sphère privée la plus intime est la question de savoir s'il y

.../...

a violation de la liberté de l'individu à décider lui-même de ce qu'il veut sur le plan sexuel, en d'autres termes s'il y a violation de son droit à l'autodétermination sexuelle. Par sa définition plus précise des exigences de consentement, le législateur prétend indiquer plus explicitement dans quelles circonstances des actes sexuels ne sont pas admis et sont considérés comme punissables.

Par contraste avec le passé, l'accent n'est plus, dans ce cas, sur la nature de l'acte, mais sur l'existence ou non d'un consentement valable des parties. Un acte sexuel entre individus n'est pas autorisé lorsqu'une des personnes ne veut pas, ou ne peut pas valablement, subir ou commettre cet acte. En d'autres termes, lorsqu'elle est contrainte de "supporter" ou "commettre" des actes sexuels.

Un élément important dans la définition du délit est évidemment la notion d'"actes sexuels". Cette notion fait référence à ce qu'actuellement l'on entend généralement par activité sexuelle, tenant compte des mœurs et habitudes acceptables dans la culture contemporaine. La présence de cette composante sexuelle, qui devra éventuellement être appréciée par le juge, fait donc référence tant à un élément objectif - la norme de comportement sexuel courante - qu'à un facteur subjectif - l'intention sexuelle dans le chef de l'auteur - qui doivent tous deux être présents." (1).

La disposition en projet appelle les observations suivantes :

a) L'expression d'"attentat à la pudeur" est conservée mais le projet considère que cette infraction doit aujourd'hui être réprimée parce qu'elle constitue, tout comme le viol, une atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne qui en est la victime.

(1) F. Hutsebaut et L. Stevens, avant-projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code pénal en matière de violence sexuelle, in rapport de la journée d'études "Violence physique et sexuelle" du 17 juillet 1997, à l'initiative du Ministre de l'Emploi et du Travail chargée de la politique d'égalité des chances, multigr., pp. 54 et suiv.

C'est pourquoi l'article 423, § 1er, du Code pénal en projet s'écarte, pour définir l'attentat à la pudeur, de la jurisprudence qui considérait que cette notion devait être établie en se référant implicitement à celle de "bonnes moeurs". La définition donnée se rapproche de celle du professeur Hutsebaut.

Il convient, en tout cas, de renoncer à utiliser les termes d'"attentat à la pudeur", car il est dangereux qu'une infraction que le législateur a clairement voulue nouvelle reste désignée par les mêmes mots que ceux qui servaient à en désigner une autre, ancienne, que la loi a voulu faire disparaître. La volonté nouvelle risque, sinon, d'être masquée et mal comprise du seul fait de la persistance d'un vocabulaire ancien.

Il est, dès lors, préférable d'adopter la terminologie proposée par le professeur Hutsebaut dont la pensée a manifestement inspiré le projet. Le nouveau titre du chapitre III doit être : "Des agressions sexuelles"; il comporterait une section première : "De l'atteinte à l'intégrité sexuelle" et une section 2 : "Du viol".

b) La définition donnée par l'article 423, § 1er, en projet, retient comme éléments constitutifs de l'infraction qu'il établit, d'une part, la commission d'un "acte à caractère sexuel", et, d'autre part, l'absence de consentement de la victime. Ce dernier élément est classique et connu puisqu'il figure notamment à l'article 375 du Code pénal qui réprime le viol. Le premier, en revanche, est

.../...

nouveau; il n'est pas exempt d'ambiguïtés qui doivent disparaître.

Le professeur Hutsebaut parle non d'"acte à caractère sexuel" mais d'"acte sexuel", en précisant que, pour identifier un tel acte, il faut avoir égard non seulement au facteur objectif que représente la norme de comportement sexuel courante mais aussi à un facteur subjectif, l'intention sexuelle dans le chef de l'auteur. Quant au commentaire des articles du projet, il affirme, pour sa part, que l'article 423, § 1er, en projet :

"... objective la notion d'attentat à la pudeur en la centrant sur le caractère de l'acte accompli et non plus sur l'interprétation qui peut être faite de cet acte au regard des bonnes moeurs. Ensuite, on accentue l'idée qu'il s'agit d'une infraction contre l'intégrité sexuelle."

La question se pose de savoir si en s'exprimant de cette façon, le commentaire des articles a entendu reprendre ce que son inspirateur appelle le facteur subjectif. Si tel était le cas, la référence à un tel facteur appelle de nettes réserves.

Il sera, en effet, permis de se demander si l'élément subjectif en question doit seulement s'apprécier dans le chef de l'auteur de l'infraction, comme l'indique le professeur Hutsebaut, ou s'il doit aussi être examiné dans le chef de la victime, ce qui se comprendrait puisque, dans la perspective du projet, l'intérêt à protéger est clairement devenu l'intégrité sexuelle de la victime.

.../...

Quoi qu'il en soit de cette incertitude, le fait d'introduire ce "facteur subjectif" dans la qualification d'une infraction est incompatible avec le principe de la légalité des incriminations. En effet, cela aurait pour conséquence qu'un même comportement constituerait ou non une infraction selon le sens que prête à ce comportement celui qui l'adopte ou celui vis-à-vis duquel il est adopté.

Il convient que l'exposé des motifs lève toute ambiguïté à ce sujet et donne aussi des indications claires sur ce qu'il faut entendre exactement par des "actes à caractère sexuel", expression plus extensive que celle d'"actes sexuels" retenue par le professeur Hutsebaut.

c) En vertu de l'article 374 du Code pénal, l'attentat à la pudeur "existe dès qu'il y a commencement d'exécution".

L'article 40 du projet abroge cette disposition sans qu'elle ne soit remplacée. Au vu de la nouvelle définition de l'attentat à la pudeur, le Conseil d'Etat se demande si celle-ci englobe le simple commencement d'un attentat à la pudeur.

Des explications données par les délégués du ministre, il apparaît que la tentative doit encore être prévue pour certains attentats à la pudeur commis sur des personnes majeures dans la mesure où il s'agit de délits et non de crimes et ce, conformément à l'article 53 du Code pénal.

.../...

Paragraphe 2

1. Les cas énumérés au paragraphe 2 sont ceux dans lesquels le juge est privé du pouvoir d'apprécier lui-même la question de savoir si la personne qui est celle sur ou avec l'aide de laquelle l'acte à caractère sexuel a été commis, y a ou non consenti. Ils constituent ainsi autant de présomptions irréfragables d'absence de consentement. C'est pourquoi, il est nécessaire que cette liste soit limitative; on ne comprendrait pas, en effet, qu'il y ait d'autres présomptions irréfragables; un mécanisme de présomption ne peut résulter que de la loi, laquelle peut seule dispenser d'une preuve et ainsi priver le juge de son pouvoir.

L'adverbe "notamment" doit dès lors être omis de la phrase liminaire de l'article 423, § 2, en projet.

2. Par ailleurs, le projet prévoit une protection renforcée des mineurs même lorsqu'ils sont émancipés par le mariage. Le commentaire de l'article 423 en projet indique, en effet, que :

"Le projet abandonne la référence à l'émancipation par le mariage. Les mineurs sont dès lors protégés contre toute atteinte émanant de membres de la famille au sens large, que ces mineurs soient mariés ou non. En effet, il n'est pas certain que le seul fait du mariage mette le mineur à l'abri de son parent qui abuserait de lui. La relation d'autorité, de confiance et d'affection entre un mineur et son père ou sa mère est, en règle générale, telle que ce mineur est dans une situation d'infériorité; dans ce cas, le consentement ne peut jamais avoir été valablement émis."

.../...

Le Conseil d'Etat s'interroge néanmoins sur le sens que revêt encore l'émancipation ...

3. Au 4° en projet, le Conseil d'Etat constate que c'est une simple différence d'âge qui va impliquer l'absence de tout consentement. Ce qui signifie, par exemple, que l'adolescente qui a 14 ans et plus et qui a des relations affectives avec un garçon de 19 ans, est supposée ne pas pouvoir donner son consentement à pareille relation alors que si elle a 13 ans et le garçon 17 ans, elle est supposée donner son consentement.

Le Conseil d'Etat se demande dans quelle mesure il ne serait pas préférable de s'en tenir uniquement à l'hypothèse prévue par le 5°, qui place le mineur dans une situation de dépendance, de confiance ou d'autorité par rapport à celui qui commet l'attentat à la pudeur.

La situation de dépendance peut résulter notamment d'une relation affective, peu importe l'âge de la victime et de celui qui commet l'attentat à la pudeur.

4. Au 7°, il est prévu qu'il n'y a pas de consentement lorsque

"l'acte a été accompli sur ou à l'aide d'un mineur par toute personne majeure cohabitant habituellement ou occasionnellement avec lui et ayant autorité sur lui."

.../...

Interrogés sur le point de savoir si la précision selon laquelle l'auteur de l'attentat à la pudeur est une personne majeure, vaut également pour les autres hypothèses visées notamment au 5° et 6°, les délégués du ministre ont répondu par la négative.

Ceci doit être précisé clairement dans le commentaire de la disposition en projet.

Article 423bis

Les peines prévues aux paragraphes 3, 4 et 5 sont identiques à celles prévues à l'article 423ter, §§ 3, 4 et 5, en projet. Il convient de s'interroger sur la justification de cet alignement alors que, dans un cas, il s'agit d'un attentat à la pudeur commis sur un majeur et que dans l'autre, il s'agit d'un attentat à la pudeur commis sur un mineur de plus de quatorze ans. Le Conseil d'Etat constate également que cet alignement n'est pas prévu pour les paragraphes 1er et 2 de l'article 423bis en projet.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit, dès lors, pas l'intérêt de faire une distinction entre les majeurs et les mineurs de plus de quatorze ans. Il est peut-être utile de prévoir des seuils minima comme l'on fait certaines dispositions en projet relatives au viol (articles 424ter, §§ 2 et 3, 424quater, §§ 2 et 3, 424quinquies, §§ 2 et 3, en projet).

.../...

Article 424

La structure et le contenu de l'article 424 en projet étant dans une large mesure similaires à ceux de l'article 423 en projet, il est renvoyé aux observations formulées sous cette disposition.

Le paragraphe 1er prévoit que le viol est commis "sur une personne". Au paragraphe 2, l'acte est accompli "sur ou à l'aide d'un mineur". Il convient que ces deux paragraphes soient mis en concordance et utilisent la même terminologie.

Article 424bis

1. Au paragraphe 1er, il y a lieu de préciser qu'il s'agit du viol commis sur une personne majeure.

2. L'article 424bis, § 3, en projet, prévoit, en cas de viol commis sur une personne particulièrement vulnérable ou sous la menace d'une arme, une peine identique à celle prévue dans les mêmes circonstances à l'occasion d'un attentat à la pudeur (article 423bis, § 4, en projet). Il y a lieu de s'interroger sur l'adéquation de ces peines par rapport aux faits reprochés.

Des explications fournies par les délégués du ministre, un attentat à la pudeur sous la menace d'une arme peut être tout aussi grave qu'un viol commis dans les mêmes circonstances.

.../...

Par ailleurs, il convient également, selon eux, de conserver une certaine cohérence dans l'échelle des peines.

Le Conseil d'Etat est d'avis, cependant, que cette cohérence n'est pas remise en cause par l'adoption de seuils minima comme il l'a été suggéré sous l'article 423bis en projet.

Articles 424quater et 424quinquies

Ces deux dispositions prévoient des catégories de mineurs qui ne sont pas visées en tant que telles pour l'attentat à la pudeur : il s'agit, d'une part, des mineurs de plus de dix ans et de moins de quatorze ans et, d'autre part, des mineurs de moins de dix ans.

Il y a lieu de justifier plus clairement dans le commentaire de ces dispositions les raisons pour lesquelles ces catégories d'âge n'ont pas été retenues en tant que telles pour l'attentat à la pudeur (1).

(1) A cet égard, il convient d'attirer l'attention de l'auteur du projet sur le fait que dans certains Etats européens, l'on n'a pas fait de distinction entre un attentat à la pudeur et un viol sur un mineur d'âge. Ainsi en Angleterre par exemple, le rapport sexuel avec un enfant de moins de 13 ans constitue une atteinte lorsqu'il est réalisé sans emploi de la contrainte, mais il peut être puni de la prison à perpétuité (étude réalisée par le service des affaires européennes du Sénat français, "Législation comparée : les abus sexuels sur les mineurs", rapport LC21-décembre 1996, http://www.senat.fr/lc/lc96-21_mono.ht).

Article 426

1. L'article 426 en projet reproduit l'article 382bis en projet.

Celui qui aura été condamné pour un attentat à la pudeur ou un viol sur un mineur pourra également être interdit de certaines activités professionnelles qui le mettraient en contact avec des mineurs.

Il revient au juge d'apprécier, cas par cas, ces interdictions.

Les mêmes interdictions sont prévues pour ceux qui ont été condamnés pour des faits de débauche ou de prostitution à l'encontre de mineurs ou encore pour avoir fait de la publicité contenant des offres de services à caractère sexuel relatives à des mineurs ou s'adressant à ceux-ci ou pour ceux qui ont détenu des supports visuels à caractère pornographique et présentant des mineurs.

Une autre possibilité serait de prévoir qu'en tout état de cause l'interdiction sera liée à un certain seuil de peine, le juge ayant cependant toujours la possibilité de prononcer de telles interdictions même si ce seuil n'est pas atteint.

2. Au 2°, il y a lieu d'aligner la terminologie sur celle de l'article 382bis, alinéa 1er, 2°, en projet, où il est question de "personne morale ou association de fait".

.../...

3. Au 3°, il est renvoyé à l'observation n° 2 faite sous l'article 11.

Article 427

1. Cette disposition reproduit pour l'essentiel l'article 378bis du Code pénal.

Il convient cependant de viser également les messages sonores, l'article 427 en projet retenant notamment comme moyen de communication la radiophonie.

2. L'article 427 en projet tente de protéger l'identité de la victime. Toutefois, celle-ci pourra être révélée notamment "si le magistrat chargé de l'instruction a donné son accord pour les besoins de l'instruction".

Il y a lieu d'adapter la disposition en projet aux articles 28quinquies, § 3, et 57, § 3, du Code d'instruction criminelle qui, d'une part, chargent le procureur du Roi des contacts avec la presse, et d'autre part, indiquent que "dans la mesure du possible l'identité des personnes citées dans le dossier n'est pas communiquée".

Article 428

1. Cette disposition, comme l'intitulé de la section première, utilisent le terme "enfant" alors que le projet dans son ensemble, y a substitué le terme "mineur".

.../...

Il ressort des explications données par les délégués du ministre que la volonté est ici de viser l'enfant qui n'est pas encore en mesure de s'assumer seul, peu importe son âge.

Dans la disposition en projet, il y a dès lors lieu de remplacer le terme "enfant" par le terme "mineur", les termes "hors d'état de se protéger lui-même" visant également le mineur.

Il y a lieu également d'adapter la terminologie des paragraphes 2 et 3 en projet.

Le texte néerlandais du paragraphe 2, en projet, ne comporte ni le mot "kind", ni le mot "onbekwame".

Article 429

1. A la différence de l'article 428 en projet, l'article 429 en projet précise quelles sont les personnes qui peuvent se rendre coupables d'un abandon d'enfant.

Il y a lieu de justifier cette distinction.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime qu'il convient de viser également les parents d'accueil au sens de l'article 370bis du Code civil, lesquels, en vertu d'une décision judiciaire, ont été chargés d'exercer l'autorité parentale sur le mineur.

.../...

2. Il est également permis de se demander comment il faut concilier l'alinéa 2 en projet, en tant qu'il prévoit que des parents peuvent être poursuivis pour abandon d'enfant lorsque celui-ci a été confié à un tiers par une décision judiciaire, avec les articles 370bis et suivants du Code civil, lesquels opèrent un transfert de l'autorité parentale vers une tierce personne en cas de désintérêt manifeste des parents à l'égard de leur enfant.

L'auteur du projet doit s'expliquer sur ce point.

*

En ce qui concerne le texte néerlandais de l'article, la question se pose pourquoi l'article utilise le terme "achterlaten" comme pendant du terme "abandonner".

L'intitulé du titre VIIIbis du Code civil, ainsi que les articles 370bis et 370quater de ce code, utilisent le terme "verlaten", comme pendant du français "abandonner".

Dans la législation des Pays-Bas, l'on parle de "Verlating van hulpbehoevenden" (cf. Code pénal néerlandais, articles 255 et suivants).

Article 430bis

1. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la spécificité de l'infraction de négligence d'entretien par rapport à l'infraction de privation d'aliments et de soins.

.../...

Selon les délégués du ministre, la différence doit avant tout s'apprécier par rapport à l'intention de ceux qui se rendent coupables de ces infractions. En effet, la privation de soins et d'aliments implique une intention méchante alors que la négligence d'entretien peut ne pas résulter d'une telle intention.

Ces précisions doivent ressortir clairement du texte.

2. Par ailleurs, cette disposition vise celui ou celle qui a la garde d'un mineur de moins de seize ans alors que l'article 429, alinéa 2, en projet, vise des tiers à qui l'on a confié le mineur.

A cet égard, comme il l'a déjà été souligné sous l'article 410 en projet (article 22 du projet), la terminologie doit être précise et éventuellement uniformisée.

Article 430ter

Cette disposition prévoit une aggravation de la peine si les infractions visées aux articles 428, 430 et 430bis ont été commises envers "ses père ou mère, ses adoptants ou ses autres ascendants". Il résulte de cette énumération que n'est pas visée notamment toute autre personne qui a la garde du mineur ou qui a autorité sur lui (comme par exemple, un parent d'accueil ou le nouveau conjoint du père ou de la mère en cas de séparation des parents).

.../...

Or, dans l'alinéa 2 en projet, l'aggravation des peines est également prévue lorsque le coupable est cette fois le père, la mère, l'adoptant de la victime, mais aussi toute autre personne ayant autorité sur la victime ou ayant sa garde.

Selon les délégués du ministre, cette différence d'approche se justifie par le fait qu'il n'existe pas d'obligation alimentaire au profit de ces personnes ou de devoir de secours dans le chef de l'enfant, au sens de l'article 205 du Code Civil.

Cette justification assez superficielle devrait, à tout le moins, figurer dans le commentaire de la disposition en projet.

Article 431

1. L'article 431 en projet relatif à l'enlèvement, prend en considération deux catégories d'âge, d'une part les mineurs de moins de douze ans et d'autre part les mineurs de plus de douze ans.

Or, pour la prise d'otage, l'article 347bis en projet prend en considération les mineurs de moins de quatorze ans.

Il y a lieu de justifier la raison pour laquelle l'auteur du projet a opté pour des catégories d'âge différentes, les deux infractions présentant certains points communs.

.../...

2. Le paragraphe 2 en projet prévoit la peine de réclusion de cinq à dix ans lorsque l'enlèvement d'un mineur de plus de douze ans a eu lieu avec violence, ruse ou menace. Mais cette disposition ne précise pas de peine lorsque l'enlèvement n'est pas accompli avec violence, ruse ou menace et qu'il concerne un mineur de douze à dix-sept ans.

Selon les délégués du ministre, un tel fait n'est pas punissable en tant qu'enlèvement, mais pourra faire l'objet de poursuite sous le couvert d'autres qualifications, comme par exemple, la séquestration.

Ces précisions doivent apparaître clairement dans le commentaire de la disposition en projet, les faits visés étant étroitement liés à la problématique de la traite des êtres humains.

Article 431bis

Interrogés sur le sens du terme "gardera", les délégués du ministre sont d'avis que deux situations au moins doivent être prises en considération.

D'une part, celui qui enlève un mineur et qui, ne pouvant le surveiller lui-même, le confie à un tiers; d'autre part, celui qui enlève le mineur pour le remettre à un tiers qui veut se l'"approprier". Ce dernier cas pouvant être illustré par l'enlèvement d'un bébé dans un hôpital, par le mari d'une femme incapable d'avoir elle-même un enfant.

.../...

Compte tenu de ces explications, le terme "gardera" doit être remplacé par le terme "retiendra".

Tel que l'article est rédigé, il vise également les grands-parents qui "garderont" leur petit-enfant enlevé par le père ou la mère.

Article 432

Comme il l'a déjà été souligné sous l'article 22 du projet, il convient de préciser le sens des termes "ceux qui étant chargés d'un mineur ...".

Article 433

1. Au paragraphe 1er, il convient de préciser le sens de la phrase "Le père ou la mère qui soustraira ou tentera de soustraire son enfant mineur à la procédure intentée contre lui en vertu de la loi relative à la protection de la jeunesse".

La matière de la protection de la jeunesse ayant été dans une large mesure communautarisée, le Conseil d'Etat s'interroge sur la pertinence du maintien de la référence à la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse.

Dans l'affirmative, il convient de citer la date de cette loi.

.../...

2. Les dispositions de l'article 433, §§ 1er, 3 et 4, incriminent notamment le fait, pour un père ou une mère, d'enlever ou de faire enlever leur enfant mineur. Certes, ces incriminations concernent des cas dans lesquels ledit enfant est l'objet d'une procédure ou a été confié à une personne par une autorité, une décision judiciaire ou un règlement transactionnel. Il n'en reste pas moins qu'ils constituent, tous trois, des cas d'enlèvement et non pas des cas de non-représentation. Il en résulte, d'une part, que la section IV consacrée à l'enlèvement n'est pas complète puisque certains cas d'enlèvement sont incriminés par des textes qui ne figurent pas dans cette section et que, d'autre part, la section V consacrée à la non-représentation d'enfant contient des incriminations qui ne sont pas des cas de non-représentation mais bien des cas particuliers d'enlèvement.

Ce manque de cohérence dans le plan du projet doit être corrigé, en s'interrogeant notamment sur la question de savoir si les peines doivent bien rester celles que les textes en projet prévoient.

3. Le paragraphe 2 en projet laisse au juge un pouvoir d'appréciation dans l'application de la peine : soit il punira d'un emprisonnement et d'une amende soit d'une de ces peines seulement. Or, l'article 432, alinéa 2, en projet, ne prévoit pas cette alternative. Il y a lieu de justifier cette distinction.

.../...

4. Au paragraphe 3 en projet, il convient de préciser les termes "soit dans d'autres circonstances prévues par la loi".

Article 24

1. Il convient de constater que l'alinéa en projet a d'abord pour objectif de mettre à l'abri d'éventuelles poursuites pénales, le confident qui dénonce certains faits ou certaines confidences. Par contre, celui qui s'est confié ne dispose plus d'une garantie de secret quant aux confidences ou aux faits qu'il a révélés.

En effet, l'article 458 du Code pénal est modifié afin de permettre aux personnes visées à l'alinéa 1er, de "porter à la connaissance des services compétents" les cas de maltraitance et d'abus sexuel sur des mineurs de moins de quatorze ans.

La disposition en projet ne définit cependant pas ce qu'il faut entendre par "services compétents".

Le commentaire de la disposition indique à cet égard que :

"... L'objectif est ici de laisser au dépositaire du secret le soin d'apprécier, en fonction de la gravité des faits, de l'état psychologique du mineur, du climat familial ou d'autres circonstances, quelle est la personne la plus apte à recevoir la dénonciation envisagée. Le projet permet ainsi une grande souplesse dans le traitement des mineurs en difficulté."

.../...

Selon l'article 458 du Code pénal, le dépositaire ne peut transgresser son obligation au secret professionnel que pour témoigner en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire.

Ceci constitue la garantie que le secret professionnel est avant tout la règle et que ce n'est que dans des circonstances particulières que le confident peut révéler les secrets qui lui ont été confiés.

Or, l'imprécision des termes "services compétents" risque de mettre à néant toute cette philosophie de l'article 458 du Code pénal.

Il peut, en effet, s'agir d'un service de police, d'une assistante sociale, d'un juge d'instruction ou d'une association privée qui a pour objet la lutte contre la maltraitance des enfants

Dans ces conditions, il y a tout lieu de penser que les individus ne se confieront plus facilement, sachant que leurs confidences pourront finalement être révélées à n'importe qui.

L'objectif recherché par la réforme, à savoir une meilleure protection des mineurs, risque, dès lors, de ne pas être atteint.

.../...

2. Il convient de s'interroger sur la portée exacte des termes

"... soit la constatation personnelle de faits qui laissent supposer qu'une infraction prévue aux articles 392 à 401, 409, 423 à 424sexies a été commise sur un mineur de moins de quatorze ans ...".

Ces termes semblent impliquer que celui qui constate certains faits doit avoir des soupçons quant à la nature de ceux-ci pour pouvoir les révéler aux services compétents. Un simple soupçon suffit vu l'emploi des termes "laissent supposer".

Dans son avis (1) relatif à un avant-projet de loi "modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux", la section de législation a déjà eu l'occasion de souligner les dangers d'une telle relativisation du secret qui conduit à faire prendre l'habitude de dénoncer de simples soupçons plutôt que des faits clairement établis.

Cette dénonciation est d'autant plus facile que l'on met le confident à l'abri de sanctions pénales au cas où celui qui s'est confié devrait le poursuivre sur la base de l'article 458, alinéa 1er, du Code pénal.

(1) n° L. 25.944/2, Doc. parl. Chambre, sess. 1997-1998, n° 1335/1-1336/1.

D'autre part, le Conseil d'Etat constate que le projet est silencieux quant à la répercussion du texte en projet sur d'éventuelles poursuites judiciaires.

3. Enfin, il faut s'interroger sur les conséquences de ces dénonciations aux services compétents par rapport aux pouvoirs d'investigation des autorités judiciaires.

Soit les faits sont révélés directement aux autorités judiciaires elles-mêmes, soit ils le sont à d'autres personnes ou "services compétents".

Dans cette dernière hypothèse, quels seront exactement les pouvoirs d'un juge d'instruction quant aux documents que détiennent ces personnes et qui n'auraient peut-être pas pu être saisis, au nom du secret professionnel, entre les mains du premier confident ?

Le texte en projet ne prévoit, en effet, rien quant à l'obligation de secret qui pèserait sur ces "services compétents".

Il y a là de graves incertitudes qui doivent être levées.

En conclusion, le texte de la disposition en projet doit être fondamentalement repensé.

.../...

Articles 25 et 26

Ces dispositions ne prévoient plus aucune circonstance de rattachement avec le territoire belge qui pourrait limiter la compétence des juridictions belges.

En effet, quelle que soit la nationalité de l'auteur de l'infraction, quel que soit le lieu où celle-ci a été commise et quel que soit le lieu où l'auteur de l'infraction a été trouvé, il sera désormais possible pour un magistrat belge de poursuivre les faits visés aux articles 379, 380, 381, 383bis, §§ 1er et 3, 423 à 424sexies du Code pénal ainsi que ceux visés à l'article 77bis, §§ 2 et 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et par les articles 10 à 13 de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial.

Certes, des cas de ce genre, dit de "compétence universelle", ne sont pas sans précédents en droit belge. Toutefois, dans les cas prévus par la législation actuelle, la poursuite en Belgique est généralement subordonnée à l'avis officiel donné à l'autorité belge par l'autorité étrangère. Cette condition n'est pas prévue par les dispositions en projet. Il est douteux que sans coopération de la part des autorités étrangères, l'instruction et le jugement de faits de ce genre puissent être utilement organisés en Belgique (1).

(1) Voir en ce sens l'avis n° L 26.442/4, donné sur un avant-projet de loi "relative à la répression de la corruption".

Article 25

Il convient de préciser dans la phrase liminaire, que l'article 10ter du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle a été inséré par la loi du 13 avril 1995.

En outre, les articles 380 et 381 qui sont visés au 1°, deviennent respectivement les articles 380bis et 381bis.

Article 26

Il y a lieu d'écrire cette disposition comme suit :

"Art. 25. Dans l'article 12, alinéa 1er, de la même loi, modifié par la loi du 14 juillet 1951, les mots "..." sont remplacés par les mots "...".

Articles 27 et 28

Il est fait référence à l'observation générale n° 3.

Article 27

Il convient de préciser que l'article 21bis a été inséré dans le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle par la loi du 13 avril 1995.

.../...

En outre, l'article 380 qui est visé dans la modification proposée doit être remplacé par l'article 380bis.

Article 28

Il y a lieu d'écrire :

"Art. 27. Dans l'article 91 du Code d'instruction criminelle, rétabli par la loi du 13 avril 1995, les mots "... " sont remplacés par les mots "379, 380bis, 423 à 424sexies du Code pénal".

Article 29

Il y a lieu d'écrire :

"Art. 28. Dans l'article 190, alinéa 2, modifié par la loi du 10 juillet 1967, les mots "... " sont remplacés par les mots "...".

Article 30

Des explications fournies par les délégués du ministre, il apparaît que la volonté de l'auteur du projet est de faire en sorte que les crimes visés aux articles 347bis et 424quinquies du Code pénal puissent être correctionnalisés sur la base de certaines circonstances atténuantes.

.../...

Les crimes visés sont, d'une part, la prise d'otages et, d'autre part, le viol d'un mineur de moins de dix ans.

Dans cette dernière hypothèse, il est paradoxal de correctionnaliser alors que l'âge du mineur constitue précisément une circonstance aggravante.

La volonté de l'auteur du projet est d'éviter à la jeune victime d'être confrontée à l'auteur de l'infraction au cours d'une procédure orale devant la Cour d'assises.

Plutôt que de maintenir ce paradoxe, il serait utile de revoir la procédure devant la cour d'assises en permettant par exemple le témoignage de la victime au moyen de films vidéo.

Les délégués du ministre ont fait savoir qu'une telle possibilité était à l'étude.

Article 31

1. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pour quelle raison les articles 388 et 389 du Code pénal sont visés.

2. Le projet insère un article 9bis dans la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, article qui est en de nombreux points similaires à l'article 25 de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale

.../...

à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1er juillet 1964.

Selon l'alinéa 4 en projet :

"... le service compétent ou la personne compétente est habilitée, sans que puisse lui être opposé l'article 458 du Code pénal, à informer la commission de l'interruption de la guidance ou du traitement, ou des difficultés survenues dans son exécution."

Cette disposition est à maints égards ambiguë.

Tout d'abord, elle n'indique pas clairement quelle est la nature exacte des informations qui sont communiquées à la commission de probation. Le fait d'invoquer l'article 458 du Code pénal laisse cependant supposer que ces informations pourraient, par exemple, être des données médicales, couvertes par cette disposition.

Si tel ne doit pas être le cas, la référence à l'article 458 du Code pénal ne présente aucune utilité.

Par ailleurs, telle qu'elle est rédigée, cette disposition semble d'abord protéger le confident contre d'éventuelles poursuites pénales sur la base de l'article 458 du Code pénal. Le Conseil d'Etat attire cependant l'attention de l'auteur du projet sur le fait que cette disposition pénale a aussi pour objectif de préserver le secret et par là de protéger celui qui s'est confié.

Sous peine de mettre à néant la raison d'être du secret professionnel, il ne peut être question d'obliger le

.../...

confident à révéler à la commission de probation des données relatives à la vie privée de l'intéressé, telles que des informations médicales comme le laissent supposer les termes "les difficultés survenues" dans l'exécution de la guidance ou du traitement.

Il y a lieu de revoir fondamentalement cette disposition en précisant clairement la nature des données que le rapport doit contenir.

En outre, il serait utile de prévoir que lorsque la commission de probation marque son accord sur le choix du service compétent, celui-ci désigne la personne qui est chargée de lui donner les informations prévues à l'alinéa 4.

Articles 32 et 33

1. Ces dispositions modifient la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1er juillet 1964.

L'article 20 en projet impose à l'interné libéré à l'essai l'obligation de suivre une guidance ou un traitement auprès d'une personne ou dans un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels lorsqu'il a été interné pour de tels faits.

L'article 20bis en projet concerne la libération de l'interné et prévoit l'avis motivé d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants

.../...

sexuels lorsque cette personne a été internée pour de tels faits.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la portée exacte de l'alinéa 2 de l'article 20bis en projet en vertu duquel

"... la commission peut prononcer en outre, pour la période d'épreuve qu'elle détermine au moment de la libération à l'essai, une condition d'interdiction ...".

D'une manière générale, il apparaît que la conciliation des articles 20 et 20bis peut entraîner des difficultés d'interprétation.

Ainsi, lorsque la mise en liberté à titre d'essai est ordonnée conformément à l'article 20 de la loi du 9 avril 1930, précitée, à propos d'un interné qui a commis des faits visés aux articles 379 à 387 et 423 à 424sexies du Code pénal, y aura-t-il un avis préalable d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels ?

Par ailleurs, faut-il comprendre que les interdictions professionnelles visées à l'article 20bis de la même loi ne pourront être décidées que pour la période de libération à titre d'essai ?

Il y a lieu de revoir la cohérence des articles 20 et 20bis en projet et d'expliquer leur portée exacte dans le commentaire de ces dispositions.

.../...

Pour le dernier alinéa de l'article 20 en projet, il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 31 du projet.

Article 32

L'intitulé de la loi du 1er juillet 1964 tel qu'il figure dans le chapitre VI et l'article 32 du présent avant-projet de loi est celui prévu à l'article 16, § 1er, de la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1er juillet 1964. Cette loi du 5 mars 1998 n'est cependant pas encore entrée en vigueur. Dans l'état actuel, l'intitulé est :

"Loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude remplacée par la loi du 1er juillet 1964.".

Il convient de supprimer le doublon "loi".

Les mots "alinéa précédent" doivent être remplacés par les mots "alinéa 1er".

Article 33

Il convient de préciser que l'article 20bis, alinéa 1er, de la loi du 1er juillet 1964 a été inséré par la loi du 13 avril 1995.

.../...

Les mots "du Code pénal" doivent être insérés entre les mots "424sexies" et "accomplis". En outre, la référence à l'article "381" doit être remplacée par l'article "381bis".

Enfin, à l'alinéa 2, la subdivision d'articles se fait par 1°, 2°, 3°, ...

Articles 34 et 35

Ces dispositions modifient les articles 23bis et 25 de la loi du 9 avril 1930, précitée, afin de prendre en considération la nouvelle numérotation de certaines dispositions du Code pénal que le projet consacre.

A cet égard, le Conseil d'Etat constate que le projet n'apporte pas de modification à l'article 3, § 3, 4°, de la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1er juillet 1964 alors que cet article vise des dispositions pénales dont le projet a modifié la numérotation (par exemple, l'article 386ter devenant l'article 388 du Code pénal).

Il y a lieu, à cet égard, de se référer à l'observation générale n° 2.

.../...

Article 34

Il convient d'insérer le mot "articles" entre les mots "mots" et "423ter".

Article 35

Tant dans la modification proposée que dans le texte initial de l'article 25, les mots "avec la participation de mineurs" sont inexacts et doivent être remplacés par "avec leur participation". La référence à l'article "387" doit être remplacée par l'article "386bis".

Article 36

Cette disposition modifie l'article 35 de la loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive afin de déterminer les modalités d'un traitement médical ou d'une guidance psychologique lorsque le juge d'instruction ou la juridiction d'instruction impose une telle condition à la mise en liberté de l'inculpé.

A la différence de la loi sur la libération conditionnelle ou de la loi de défense sociale qui organise ce suivi médical ou psychologique lorsque la personne a fait l'objet d'une condamnation ou d'une décision d'internement qui ont établi sa responsabilité, la loi sur la détention préventive prévoit la possibilité de prendre des mesures de sûreté à l'égard de personnes toujours présumées innocentes.

.../...

C'est en ayant égard au principe fondamental de la présomption d'innocence que le juge d'instruction ou la juridiction d'instruction peut décider de soumettre la libération d'un inculpé à certaines conditions. Toutefois, en vertu de l'article 35, § 3, précité, ces conditions ne peuvent être décidées que si le magistrat a de sérieuses raisons de craindre que l'inculpé, s'il était laissé en liberté, commette de nouveaux crimes ou délits, se soustraie à l'action de la justice, tente de faire disparaître des preuves ou entre en collusion avec des tiers.

Enfin, ces conditions doivent être adaptées à ces raisons et tenir compte des circonstances de la cause.

C'est ainsi au cas par cas que le juge décidera si un traitement ou une guidance s'impose comme condition à la mise en liberté d'un inculpé.

Le Conseil d'Etat observe cependant qu'imposer ce traitement ou cette guidance peut entraîner des discriminations. Si l'inculpé reconnaît les faits qui lui sont reprochés, la guidance est une mesure appropriée pour éviter toute récidive en attendant le jugement définitif. Par contre, si l'inculpé nie les faits, il y a de sérieuses chances que le juge d'instruction n'accède pas à une demande de libération, l'inculpé refusant de se soumettre à un traitement ou une guidance de ce type.

Accepter un tel traitement pourrait être, en effet, le signe d'un aveu partiel et mettre à mal les droits de la défense dont la présomption d'innocence est un élément essentiel.

.../...

Il y a, dès lors, lieu de circonscrire clairement les hypothèses dans lesquelles un tel traitement ou une telle guidance pourrait être imposée, notamment en cas d'aveu ou de flagrant délit.

Pour respecter la présomption d'innocence, il faut également éviter que le rapport relatif au suivi de la guidance ou du traitement ne préjuge de la culpabilité de celui qui s'y soumet.

Il est, dès lors, fondamental que les données apparaissant dans le rapport de la personne ou du service chargé de la guidance ou du traitement médical, soient respectueuses de la vie privée de l'intéressé et ne puissent nuire aux droits de la défense.

A ce propos, le texte en projet ne précise pas si ce rapport peut être pris en considération dans le cadre de l'instruction; auquel cas, il est rappelé à l'auteur du projet qu'en vertu de l'article 56, § 1er, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction doit instruire à charge et à décharge.

Si ce rapport doit être versé au dossier d'instruction, il y a lieu de respecter les droits de la défense et, plus particulièrement, le droit au silence de l'inculpé.

Enfin, pour l'alinéa 3 du paragraphe 6 en projet, il est fait référence à l'observation formulée sous l'article 31 du projet.

.../...

Le problème se pose ici avec d'autant plus d'acuité qu'il s'agit d'une personne toujours présumée innocente.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas non plus la portée exacte des termes "par dérogation à l'article 38, § 1er, alinéa 2". Cette disposition prévoit, en effet, que les personnes chargées de la surveillance de l'observation des conditions mises pour la libération de l'inculpé, sont liées par le secret professionnel.

Doit-on en conclure que les personnes assurant le traitement médical ou la guidance de l'inculpé, ne seront pas tenues au secret professionnel alors que la même disposition en projet indique que l'article 458 du Code pénal ne peut leur être opposé lorsqu'elles informent le juge d'instruction du suivi de ce traitement ou de cette guidance ... ?

Il y a là des contradictions qui doivent être levées.

Compte tenu de l'ensemble de ces observations, la disposition en projet doit être fondamentalement repensée.

Article 37

Il convient de préciser qu'il s'agit de titres du Code pénal.

Observation finale

Le texte néerlandais du projet devrait être rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise, in fine, du présent avis.

Onderzoek van het ontwerp

Algemene opmerkingen

1. Zoals de Regering in de memorie van toelichting uiteenzet, is het wetsonwerp dat aan de Raad van State is voorgelegd

"het resultaat van bijna twee jaar denkwerk naar aanleiding van de tragische feiten van augustus 1996, te weten de ontdekking van verschillende lichamen van vermiste kinderen en de arrestatie van de vermoedelijke daders.".

Het ontwerp is onder meer gebaseerd op de voorstellen vervat in het eindverslag van de Nationale commissie tegen de seksuele uitbuiting van kinderen, op de werkzaamheden van het team van professor Jacobs van de rechtsfaculteit van de universiteit van Luik, verricht op verzoek van de Minister van Justitie, en op de studies van professor Hutsebaut van de rechtsfaculteit van de K.U. Leuven over geweld binnen de familie en van professor Kellens van de rechtsfaculteit van de universiteit van Luik over seksuele verminkingen, verricht op verzoek van de Minister van Tewerkstelling en Arbeid, belast met het beleid van gelijke kansen voor mannen en vrouwen.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het ontwerp drie grote doelstellingen nastreeft :

- de strafwetgeving moderniseren inzake de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen;

.../...

- het Strafwetboek coherenter maken;
- en bovenal, de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen opvoeren.

Nog in de memorie van toelichting staat het volgende :

"Het zou verkeerd zijn te denken dat aanrandingen van kinderen kunnen worden voorkomen via het strafrecht. Het strafrecht strekt niettemin ertoe de nadruk te leggen op de rechten en waarden die fundamenteel door de maatschappij moeten worden nageleefd, en te voorzien in de gepaste beteugeling van de inbreuken op die rechten en waarden. Dat is de doelstelling van dit ontwerp van wet betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen.".

Wat het preventieve onderdeel betreft, wijst de Regering tevens op het volgende :

"de Regering is zich ervan bewust dat een dergelijke hervorming gepaard moet gaan met initiatieven op het vlak van preventie, voorlichting en informatie, en opvoeding die zowel op jongeren als volwassenen zijn gericht. Op die manier kunnen de collectieve en individuele aandacht en zorg voor respect en bescherming van het kind worden opgevoerd.".

Er dient echter op gewezen te worden dat ten gevolge van de institutionele hervormingen, aan de gemeenschappen bevoegdheden zijn verleend die nauw samenhangen met de problematiek van de bescherming van minderjarigen, zowel op het gebied van gezinsbeleid als op dat van jeugdbescherming.

.../...

Dat betekent dat de ontworpen hervorming wellicht aangevuld zal moeten worden met gemeenschapsinitiatieven, of zelfs met samenwerkingsakkoorden tussen de federale Staat en de gemeenschappen, om ervoor te zorgen dat terzake een coherent algemeen beleid wordt gevoerd.

2. Wat betreft de doelstelling om het Strafwetboek coherenter te maken door de formulering van sommige strafbare feiten te wijzigen, is de Raad van State van oordeel dat hier bijzonder omzichtig te werk moet worden gegaan. Immers :

a) Op te merken valt dat in de ontworpen wijzigingen niet altijd de straffen zijn aangepast op basis van de wet van 10 juli 1996 tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen. Zo bijvoorbeeld wordt in de artikelen 379 en 380bis van het Strafwetboek, die bij het ontwerp gewijzigd worden, nog altijd gesproken van vijftien tot twintig jaar of tien tot vijftien jaar dwangarbeid ...

Het ontwerp moet in dit verband rekening houden met de genoemde wet.

b) Er dient voorkomen te worden dat het doel van een wijzigingstekst erin bestaat artikelen te verplaatsen of gewoonweg te vernummeren. Die wijzigingen kunnen grote moeilijkheden opleveren, gezien de eventuele verwijzingen naar die artikelen in andere regelingen. Aangezien het niet om een codificatie gaat, wordt voorgesteld geen artikelen op die wijze te verplaatsen.

.../...

In verband met de intentie van de steller van het ontwerp om die werkwijze toe te passen, worden in de artikelsgewijze bespreking (zie bijvoorbeeld artikel 9) wetgevingstechnische redenen aangevoerd : de meeste verplaatsingen van artikelen en vernummeringen vullen "leemten" op die door vroegere opheffingen ontstaan zijn.

Die werkwijze heeft echter tot gevolg dat de artikelen 354 tot 360bis in titel VII van het Strafwetboek opgeheven worden en niet vervangen worden, zodat hoofdstuk III direct volgt op hoofdstuk I van hetzelfde Wetboek.

De artikelen 364 tot 378bis worden eveneens opgeheven en niet vervangen.

Op te merken valt dat het voorontwerp, door artikelen van titel VII te verplaatsen, weliswaar de "leemten" verhelpt die ontstaan zijn door artikelen die vroeger in titel VIII zijn opgeheven, maar dat daardoor de eerstgenoemde titel voortaan lange reeksen opgeheven bepalingen bevat.

Niet alleen rijzen er dus de genoemde problemen in verband met wetgeving door verwijzing, maar ook de wetgevingstechnische doelstelling van de steller van het voorontwerp lijkt dus niet te worden bereikt.

c) Zoals blijkt uit de artikelsgewijze bespreking, zijn de inleidende zinnen van de meeste ontworpen bepalingen niet correct vanuit zuiver wetgevingstechnisch oogpunt. Die

.../...

inleidende zinnen zijn echter zeer belangrijk, aangezien hierin wordt uitgelegd welke structurele wijzigingen het ontwerp wil aanbrengen in het Strafwetboek.

3. De aandacht van de steller van het ontwerp wordt erop gevestigd dat aan de wetgevende kamers een voorstel van wet tot invoeging van een artikel 442bis in het Strafwetboek houdende de strafbaarstelling van belaging (1) is voorgelegd. De regeling is op 9 juli 1998 in plenaire vergadering door de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurd en aan de Senaat overgezonden. De Senaat heeft echter geen gebruik gemaakt van zijn evocatierecht (2).

Gezien de strekking van deze bepaling, die volgens de parlementaire besprekingen ook betrekking heeft op ongewenste intimiteiten, dient ervoor te worden gezorgd dat dit ontwerp en het onderhavige voorontwerp met elkaar in overeenstemming zijn.

4. Uit een document van het kabinet van de Minister van Justitie, waarbij de ontworpen wijzigingen worden toegelicht en dat aan de Raad van State is overgezonden, blijkt dat het ontwerp nog met andere bepalingen kan worden aangevuld.

(1) Gedr. St., Kamer, 1996-1997, nrs. 1.046-1 tot 1.046-10.

(2) Gedr. St., Senaat, 1997-1998, nrs. 1.061/1 en 1.061/2.

Bepalend gedeelte

Artikel 1

Het is gebruikelijk in de Franse tekst te schrijven : "La présente loi règle ...".

Artikel 2

Voorgesteld wordt het ontworpen artikel 100ter als volgt te stellen :

"Art. 100ter. Wanneer in de bepalingen van Boek II gebruik wordt gemaakt van de term "minderjarige", wordt daaronder verstaan eenieder die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt.".

Artikel 3

1. Artikel 347bis is ook bij de wet van 10 juli 1996 gewijzigd. Die wijziging moet ook vermeld worden in de inleidende zin.

2. In de Franse tekst moeten in paragraaf 1 de woorden "pour répondre" vervangen worden door de woorden "pour faire répondre".

.../...

3. Het ontworpen artikel 347bis, § 3, verlicht de straf van diegene die zich schuldig heeft gemaakt aan gijzeling, indien

"binnen vijf dagen na de aanhouding, de gevangenhouding of de ontvoering, de gijzelaar vrijwillig wordt vrijgelaten zonder dat aan het bevel of aan de voorwaarde is voldaan.".

Men kan zich afvragen of, overeenkomstig paragraaf 3, de straf ook verminderd moet worden in de gevallen genoemd in de ontworpen paragrafen 2 en 4, dat wil zeggen wanneer de gijzeling een minderjarige beneden de leeftijd van veertien jaar betreft of wanneer de gijzeling hetzij een ongeneeslijk lijkende ziekte, hetzij blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid, hetzij het volledige verlies van het gebruik van een orgaan, hetzij zware verminking, hetzij de dood tot gevolg heeft, of nog, wanneer de gijzelaar lichamelijk gefolterd is.

Mocht dat niet het geval zijn (1), dan behoort in de ontworpen paragraaf 3 gepreciseerd te worden : "de straf is opsluiting van vijftien tot twintig jaar, behalve in de gevallen genoemd in de paragrafen 2 en 4, indien ...".

(1) Het Hof van Cassatie heeft bij een arrest van 20 januari 1982 beslist dat de in het derde lid van artikel 347bis van het Strafwetboek bepaalde verschoningsgrond niet in aanmerking kan worden genomen wanneer een van de in het vierde lid van die bepaling opgesomde omstandigheden bewezen is (arr. Cass. 1981-82, 1, nr. 306, blz. 639-640).

Artikel 4

1. Men schrijve :

"Art. 363. Met opsluiting ...".

2. Het ontworpen tweede lid van artikel 363 van het Strafwetboek bepaalt het volgende :

"Met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar wordt gestraft hij die het bewijs van de burgerlijke staat van een kind vernietigt of het opmaken ervan verhindert.".

Men kan zich afvragen of deze bepaling doelt op specifieke strafbare feiten die niet vervat zijn in de artikelen 361 en 362 van het Strafwetboek, die niet bij het ontwerp worden gewijzigd.

Desgevraagd hebben de gemachtigden van de minister geen specifieke voorbeelden gegeven.

Artikel 5

1. De inleidende zin moet als volgt worden gesteld :

"In artikel 379 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 13 april 1995, worden de volgende wijzigingen aangebracht : ...".

.../...

2. Bovendien is de wijziging waarin 2° voorziet, onjuist. De woorden die vervangen moeten worden zijn immers : "indien de minderjarige geen volle tien jaar oud is".

3. Zoals reeds in de algemene opmerkingen is gezegd, dient artikel 379, derde lid, van het Strafwetboek gewijzigd te worden om de straf van vijftien tot twintig jaar dwangarbeid aan te passen aan de nieuwe bepalingen van de wet van 10 juli 1996 tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen.

Artikel 6

1. Het zou beter zijn de inleidende zin als volgt te stellen :

"In artikel 380bis van hetzelfde Wetboek, vervangen bij de wet van 13 april 1995, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° in paragraaf 4, 1° en 4°, worden de woorden ... opgeheven;

...".

.../...

2. Opmerking nr. 3 gemaakt bij artikel 5 van het ontwerp geldt ook voor artikel 380bis van het Strafwetboek, dat het ontworpen artikel 380 wordt.

3. In de artikelsgewijze bespreking van deze bepaling staat het volgende :

"Aan het artikel is een nieuwe paragraaf 6 toegevoegd die betrekking heeft op een categorie van personen die thans niet onder de strafwet vallen : zij die willens en wetens aanwezig zijn bij een vertoning van pedofiele aard. Deze leemte in de huidige wetgeving is des te vreemder omdat hij die videocassettes van pedofiele aard bezit, zelfs uitsluitend voor eigen gebruik, nu reeds wordt gestraft krachtens artikel 383bis van het huidige Strafwetboek. De in aanmerking genomen straf is evenwel zwaarder dan de straf voor laatstgenoemd geval : de aard van het feit is inderdaad ernstiger omdat bedoelde persoon zich in de fysieke aanwezigheid bevindt van de seksueel uitgebuite minderjarige."

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat het niet de bedoeling is om diegene te straffen die zich bij gelegenheid naar een bepaalde buurt begeeft en getuige is van ontucht of prostitutie van een minderjarige. De ontworpen bepaling doelt op diegene die zich naar een welbepaalde plaats begeeft, waar hij weet dat minderjarigen tot ontucht kunnen worden aangezet, met de bedoeling die ontucht of prostitutie bij te wonen.

De nuance is belangrijk en moeilijk aan te tonen. Het zou bijgevolg wenselijk zijn dat de exacte strekking die de woorden "willens en wetens" in het onderhavige geval hebben, in de artikelsgewijze bespreking van de memorie van toelichting omschreven wordt.

.../...

Artikel 7

Verwezen wordt naar algemene opmerking nr. 2, b).

Artikel 8

Dit artikel moet als volgt worden gesteld :

"Art. 8. In artikel 380quinquies, §§ 1 en 2, van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 27 maart 1995, vervallen de woorden "met een direct of indirect winstoogmerk".".

Artikel 9

Men schrijve :

"Art. 9. Artikel 381bis van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 13 april 1995, wordt vervangen als volgt :

"art. 381bis ...".

De verwijzing naar artikel 380 van het Strafwetboek klopt niet meer : er moet verwezen worden naar artikel 380bis. Dezelfde opmerking geldt voor artikel 10.

Artikel 10

1. In paragraaf 3, vierde lid, behoort het volledige opschrift van de wet van 10 oktober 1913 te worden gegeven, namelijk :

"Wet van 10 oktober 1913 houdende wijzigingen in de hypotheekwet en in de wet op de gedwongen onteigeningen en regelende de herinrichting van de bewaring der hypotheken.".

2. Het ontworpen artikel 382, § 2, bevat de opsomming van inrichtingen waarvan de exploitatie verboden kan worden aan personen die veroordeeld zijn voor feiten bepaald in artikel 380bis, §§ 1 tot 5, van het Strafwetboek.

Luidens de artikelsgewijze bespreking van deze bepaling is het de bedoeling die opsomming aan te passen met meer hedendaagse benamingen.

Het is de bedoeling dat zulk een opsomming limitatief en volledig is; wat dat betreft, wekt de opsomming echter verbazing : waarom worden niet ook adoptie-instellingen genoemd en iedere instelling waaraan de bewaring van minderjarigen wordt toevertrouwd, zoals bijvoorbeeld kinderdagverblijven, alsmede gokhuizen ?

In plaats van de woorden "een zaakvoerder of zaakvoerster" te gebruiken, die een specifieke betekenis hebben in het handelsrecht, zou het verkieslijk zijn een ruimer begrip te hanteren, zoals "tussenpersoon".

.../...

3. De ontworpen paragraaf 3, tweede lid, bepaalt dat de inrichting waarin misdrijven zijn gepleegd, gesloten wordt, ook al is die inrichting geen eigendom van de veroordeelde. In dat geval kan de sluiting echter alleen bevolen worden door de rechter "indien de ernst van de concrete omstandigheden dit vereist, en dit voor een termijn van maximaal twee jaar ...".

Daarenboven wordt ook bepaald dat in dat geval de eigenaar, de exploitant, de huurder of de zaakvoerder van de inrichting door het openbaar ministerie in het geding betrokken wordt en argumenten kan aanvoeren om aan te tonen dat de omstandigheden in het desbetreffende geval de sluiting van de inrichting niet wettigen.

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat die tekst grotendeels gebaseerd is op een ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van de giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies", zoals dat is aangenomen door de verenigde Senaatscommissies voor de Justitie en de Sociale Aangelegenheden (1).

(1) Gedr. St., Senaat, zitt. 1997-1998, nr. 1-846/6.

De Raad van State stelt echter vast dat sluiting van een inrichting in zulke omstandigheden erop neerkomt dat de eigenaar van die inrichting gestraft wordt zonder dat hij schuldig is bevonden aan enig strafbaar feit.

De regeling leidt dus tot strafrechtelijke verantwoordelijkheid van derden, die strijdig is met de grondbeginselen van ons strafrecht.

Bovendien wordt deze sluiting overgeschreven op het hypotheekkantoor, zodat derden die het goed zouden willen kopen, op de hoogte zijn van die sluiting.

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat de sluiting niet ter discussie kan worden gesteld, ook al beslissen derden een totaal andere bestemming aan de inrichting te geven dan die welke tot de sluiting geleid heeft.

Het goed zal bijgevolg op geen enkele wijze geëxploiteerd kunnen worden, zolang als de sluiting duurt.

Men kan zich afvragen of dit wel strookt met artikel 16 van de Grondwet, luidens hetwelk

"Niemand (...) van zijn eigendom (kan) worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling",

en of dit wel in overeenstemming is met artikel 1 van het Eerste aanvullende protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

.../...

Luidens het eerste lid van laatstgenoemde bepaling "(hebben) alle natuurlijke of rechtspersonen (...) recht op het ongestoord genot van hun eigendom". Krachtens het tweede lid kan een Staat echter wetten goedkeuren "welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang ...".

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, meer in het bijzonder uit de arresten Sporrang en Lönnroth van 23 september 1982 en 18 december 1984, blijkt dat deze regels de verplichting opleggen om na te gaan

"of gezorgd is voor het in balans houden van de vereisten van het algemeen belang van de gemeenschap en de vereisten voor instandhouding van de grondrechten van de enkeling." (1).

Ongeacht de beoordelingsruimte waarover de Staten krachtens het genoemde artikel 1, tweede lid, beschikken, dient erop gewezen te worden dat ze, door die internationale oorkonden te onderschrijven, aanvaard hebben dat hun wijze van beoordeling van het algemeen belang van een maatregel die een weerslag heeft op de goederen van particulieren, op internationaal niveau getoetst kan worden, en die toetsing tot de conclusie kan leiden dat het gewicht van het algemeen belang niet voldoende is om het nadeel dat aan individuele economische belangen berokkend wordt, te wettigen.

(1) Zie wat dat betreft L-E. Pettiti, E. Decaux en P-H. Imbert, "La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article", uitg. Economica, Parijs, 1995, blz. 971 tot 997.

In het onderhavige geval staat het aan de steller van het ontwerp aan te tonen dat de regel van het in balans houden van de beide genoemde vereisten, gelet op de genoemde Europese rechtspraak, goed en wel in acht wordt genomen.

Uit al deze opmerkingen volgt dat de ontworpen bepaling grondig herzien moet worden.

Artikel 11

1. De verplaatsing van de artikelen en de ver-nummering zijn hier verantwoord. Twee opeenvolgende wetten van 13 april 1995 hebben immers beide een nieuw artikel 382bis ingevoegd in het Strafwetboek, wat aanleiding geeft tot verwarring. Terwille van de duidelijkheid wordt echter voorgesteld deze bepaling in twee onderscheiden artikelen op te splitsen, luidende :

"Art. 10. Artikel 382bis van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie, wordt artikel 382ter van dat Wetboek."

"Art. 11. Artikel 382bis van hetzelfde wetboek, ingevoegd bij de wet van 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen, wordt vervangen als volgt :

"Art. 382bis. Onverminderd ... feiten bepaald ... deelneming, ontzetting meebrengen ...

.../...

1° ...

2° ... of contractuele personeel ... van enige rechtspersoon ...

3° ... tegenover minderjarigen kan plaatsen, ... of contractuele personeel ... van enige rechtspersoon of feitelijke vereniging.".

De verwijzing naar artikel 381 moet vervangen worden door de verwijzing naar artikel 381bis.

2. Op de vraag wat de juiste draagwijdte is van het ontworpen artikel 382bis, eerste lid, 3°, hebben de gemachtigden van de minister het voorbeeld aangehaald van een vervoersbedrijf dat af en toe schoolkinderen vervoert. Een buschauffeur die veroordeeld is voor feiten van ontucht of prostitutie van minderjarigen, zou alleen geen schoolkinderen meer mogen vervoeren, dus wanneer hij een bepaald gezag zou hebben over die kinderen.

Zulk een geval moet echter uitvoeriger besproken worden in de memorie van toelichting.

In onderdeel 3°, ten slotte, zou het beter zijn de woorden "zou plaatsen" te vervangen door de woorden "kan plaatsen" (zie het hiervoren gedane tekstvoorstel aangaande het ontworpen artikel 382bis).

.../...

Artikelen 12 en 13

1. De wijzigingen waarin de artikelen 12 en 13 van het voorontwerp voorzien, hebben beide betrekking op artikel 383bis van het Strafwetboek. Derhalve wordt voorgesteld ze in één enkel artikel samen te brengen, luidende :

"Art. 12. In artikel 383bis van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 13 april 1995, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

- 1° In paragraaf 1 vervallen de woorden "beneden de zestien jaar";
- 2° in paragraaf 5 worden de woorden "Artikel 382 is van toepassing" vervangen door de woorden "De artikelen 382 en 389 zijn van toepassing."

2. De Raad van State vraagt zich af in hoeverre ook niet de terminologie van artikel 383 van het Strafwetboek moet worden gemoderniseerd, onder meer om ook in het geval te voorzien dat beelden die strijdig zijn met de goede zeden, over computernetwerken verspreid worden.

Om dezelfde reden wordt voorgesteld in de Franse tekst van artikel 383bis, § 1, van het Strafwetboek, de woorden "via een telecommunicatienetwerk doorgeeft" in te voegen na de term "verspreidt".

.../...

Artikel 14

Men schrijve :

"In artikel 384 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 14 juni 1926, worden de woorden "In het geval van het vorige artikel" vervangen door de woorden "In de gevallen genoemd in artikel 383.".

Artikel 15

Het zou beter zijn de inleidende zin als volgt te stellen :

"Art. 14. In artikel 385 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 15 mei 1912, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

- 1° ...;
- 2° ...".

Artikel 16

1. Men schrijve :

"Art. 15. Artikel 386bis van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 28 juli 1962, wordt gewijzigd als volgt :

.../...

1° in het eerste lid worden de woorden ...;

2° het tweede lid wordt vervangen als volgt :

"De bijzondere verbeurdverklaring bepaald in artikel ... bepaald in ...".

Bovendien moeten de woorden "het vorige lid" worden vervangen door de woorden "het eerste lid".

2. Bij deze bepaling wordt het tweede lid van artikel 386bis van het Strafwetboek, dat het ontworpen artikel 387 wordt, vervangen en wordt bepaald dat de bijzondere verbeurdverklaring ingesteld bij artikel 42, 1°, van hetzelfde Wetboek

"kan worden toegepast in geval van veroordeling wegens een van de misdrijven bedoeld in het vorige lid, zelfs wanneer de zaken waarop zij betrekking heeft, geen eigendom van de veroordeelde zijn."

De Raad van State stelt vast dat de wetgever inzake verbeurdverklaring vaak rekening heeft gehouden met de rechten van derden op de verbeurdverklaarde zaak. Zo kunnen krachtens artikel 42, 1°, van het Strafwetboek zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken of gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf, alleen verbeurdverklaard worden wanneer ze eigendom van de veroordeelde zijn.

Voor de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, voor

.../...

goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en voor inkomsten uit die voordelen, heeft artikel 43bis van het Strafwetboek ook bepaald dat als die verbeurdverklaarde zaken aan de burgerlijke partij toebehoren, ze aan haar worden teruggegeven. Andere derden die een eigendomsrecht op die zaken kunnen laten gelden, kunnen die zaken ook vorderen volgens de regels vastgesteld bij het koninklijk besluit van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op de verbeurdverklaarde zaak.

Op dezelfde wijze bepaalt artikel 505 van het Strafwetboek dat de verbeurdverklaring ingesteld bij artikel 42, 1°, van hetzelfde Wetboek, van toepassing is in geval van heling, ook wanneer de verbeurdverklaarde zaken geen eigendom van de veroordeelde zijn. In dat geval mag de verbeurdverklaring de rechten van derden evenwel niet schaden.

In het onderhavige geval wordt afgeweken van artikel 42, 1°, van het Strafwetboek, zonder dat de derde-eigenaar een soortgelijke procedure kan instellen als die welke vermeld wordt in artikel 43bis van het Strafwetboek.

Op grond van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie moet objectief en redelijk worden gemotiveerd waarom verbeurdverklaring in sommige gevallen gepaard gaat met de mogelijkheid om beroep in te stellen en aldus het eigendomsrecht van de betrokken derden

.../...

te beschermen, terwijl die mogelijkheid in andere gevallen niet wordt geboden.

Artikel 17

1. Het is beter te schrijven :

"Artikel 386ter, ingevoegd bij de wet van 28 juli 1962, wordt vervangen als volgt :

"Art. 386ter ...".

Voorts moet naar artikel 386bis in plaats van naar artikel 387 worden verwezen.

In het derde lid moeten de woorden "vorige lid" worden vervangen door de woorden "tweede lid".

2. In het tweede lid van het ontworpen artikel 388 moet het begrip "handel in fotoartikelen" zo worden uitgebreid dat het ook betrekking heeft op materiaal dat nodig is om ongeacht welk soort drager van vaste of bewegende beelden te maken.

3. In het vierde lid is het beter om de term "zaakvoerder" te vervangen door een ruimere term, zoals "tussenpersoon".

.../...

4. Uit de ontworpen tekst kan niet worden opgemaakt of een inrichting ook kan worden gesloten als ze geen eigendom van de veroordeelde is.

Als in die mogelijkheid moet worden voorzien, wordt verwezen naar opmerking nr. 3, die bij artikel 10 van het ontwerp is gemaakt.

Die opmerking moet des te grondiger worden onderzocht daar het hier om een definitieve sluiting gaat.

Artikel 18

1. Er moet naar artikel 386ter in plaats van naar artikel 388 van het Strafwetboek worden verwezen.

2. Het is de Raad van State niet duidelijk wat met de twee leden van de ontworpen paragraaf 1 werkelijk bedoeld wordt.

Volgens de uitleg van de gemachtigden van de minister heeft het eerste lid betrekking op de sluiting van een inrichting die aan de veroordeelde toebehoort en in dat geval heeft die sluiting ten opzichte van hem pas zin op het ogenblik dat hij wordt vrijgelaten; het tweede lid daarentegen zou betrekking hebben op de sluiting van een inrichting die aan een derde toebehoort en in dat geval gaat

.../...

de sluiting in op het ogenblik dat de veroordeling definitief geworden is en niet langer vatbaar is voor hoger beroep.

Wat het eerste geval betreft, kan men zich afvragen wat er met de inrichting geschiedt terwijl de veroordeelde zijn straf uitzit.

Die teksten zijn hoe dan ook volkomen onduidelijk en moeten, gelet op de kritiek die in opmerking nr. 3 bij artikel 10 van het ontwerp wordt gemaakt, grondig worden herzien.

3. In paragraaf 2 van het ontworpen artikel 389 wordt bepaald dat de overtreder van het vonnis of arrest waarbij het verbod tot uitoefening van een bepaald beroep wordt uitgesproken, gestraft wordt met "gevangenisstraf van een maand tot zes maanden en met geldboete van honderd frank tot duizend frank".

De straffen zijn in het onderhavige geval cumulatief.

In paragraaf 3 echter wordt bepaald dat de overtreder van het vonnis of arrest waarbij de sluiting van een inrichting of handelszaak wordt bevolen, kan worden gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot drie jaar en met geldboete van duizend frank tot vijfduizend frank "of met een van die straffen alleen".

.../...

De rechter heeft hier enige beoordelingsvrijheid.

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom er een verschil in regeling is tussen de twee voormelde paragrafen.

Artikel 19

Deze bepaling behoort als volgt te worden geschreven :

"Art. 18. Het opschrift van boek II, titel VII, hoofdstuk VIII, van hetzelfde Wetboek, dat artikel 391 bevat, wordt vervangen als volgt :

"...".

Artikel 20

1. De inleidende zin zou beter als volgt worden gesteld :

"Art. 20. In artikel 398 van hetzelfde Wetboek wordt tussen het eerste en het tweede lid het volgende lid ingevoegd :

"Wanneer het slachtoffer een minderjarige beneden de leeftijd van zestien jaar is, bestaat de straf in gevangenisstraf ...".

.../...

In de Franse tekst van het nieuwe, aldus ingevoegde lid moeten de woorden "une personne mineure" worden vervangen door de woorden "un mineur".

2. Een van de doelstellingen van het ontwerp is geweld binnen de familie tegen te gaan door de straffen te verzwaren, inzonderheid in geval van opzettelijke slagen en verwondingen.

De hoofdgedachte in het ontwerp is, althans voor seksuele delicten, de bescherming van minderjarigen te regelen op basis van verschillende leeftijdscategorieën.

Ook het lot van mishandelde kinderen verdient bijzondere aandacht en de Raad van State vraagt zich af of het ook niet raadzaam is de straffen te bepalen op basis van de leeftijd van de minderjarige.

Artikel 21

1. De Raad van State maakt de stellers van het ontwerp erop attent dat bepaalde strafbaarstellingen in het Strafwetboek voldoende zijn om de handelingen vermeld in het ontworpen artikel 409 te bestraffen (1).

(1) Uit een studie van mevrouw S. Demet blijkt trouwens dat de landen die ter zake regels hebben gegeven, die zelden toepassen. Sommige landen, zoals Frankrijk, die geen specifieke wetgeving terzake hebben, straffen op basis van andere kwalificaties.

2. De woorden "verminking van de genitale organen" kunnen tot sterk uiteenlopende interpretaties leiden. Degenen die zulke praktijken, inzonderheid in naam van hun godsdienst, verdedigen, beschouwen die niet als een verminking. Voor anderen zijn zulke praktijken slechts een schending van de seksuele integriteit van de vrouw.

Terloops zei opgemerkt dat de term "genitale organen" niet gangbaar lijkt. Bedoeld wordt "geslachtsdelen, geslachtsorganen of genitaliën".

3. Tot slot vraagt de Raad van State zich af of het niet raadzaam is in een verzwarende omstandigheid te voorzien in geval van ongeneeslijke ziekte of ongeschiktheid.

Artikel 22

1. Het is beter de inleidende zin als volgt te stellen :

"Art. 21. Artikel 410 van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij ... en gewijzigd bij ..., wordt vervangen als volgt : ...".

2. Voorgesteld wordt de woorden "zijn adoptanten", in het eerste lid van het ontworpen artikel 410, te schrappen. Artikel 392bis van het Strafwetboek bepaalt immers dat, voor de toepassing van hoofdstuk I "Opzettelijk doden en

.../...

opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel", met de woorden "vader", "moeder" en "bloedverwant in opgaande lijn" ook de adoptanten en, in geval van adoptie en volle adoptie, ook de bloedverwanten in de opgaande lijn van de adoptanten worden bedoeld.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen tweede lid.

3. Sommige ontworpen bepalingen hebben betrekking op derden die "gezag hebben over de minderjarige", hetzij de minderjarige "onder hun bewaring hebben", hetzij "toevertrouwd" hebben gekregen of derden die "occasioneel of gewoonlijk ... met de minderjarige (samenwonen)".

Al deze begrippen moeten duidelijk worden omschreven en zoveel mogelijk eenvormig worden gemaakt.

In het onderhavige geval heeft het ontworpen eerste lid geen betrekking op die personen, zodat wie slagen en verwondingen toebrengt aan zijn pleegouder of aan de partner van een van zijn gescheiden ouders met wie hij gewoonlijk samenleeft, geen zwaardere straffen zal krijgen.

Als diezelfde personen daarentegen slagen en verwondingen toebrengen aan een minderjarige, lopen zij zulke straffen op.

.../...

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom geen rekening wordt gehouden met die "vervangende ouders" wanneer zulke strafbare feiten op hun persoon worden gepleegd.

4. Voorts wordt verwezen naar opmerking nr. 2, die bij artikel 20 van het ontwerp is gemaakt.

Artikel 23

1. De ontworpen artikelen 423 tot 423quinquies betreffende de aanranding van de eerbaarheid en de artikelen 424 tot 424sexies betreffende verkrachting zijn vatbaar voor kritiek, doordat ze de bestanddelen van het strafbare feit en de verzwarende omstandigheden tot een bijzonder ingewikkeld kluwen maken.

Een voorbeeld is voldoende om de moeilijkheid aan te tonen.

Bij aanranding van de eerbaarheid is het gebruik van een list een bestanddeel van het strafbare feit (ontworpen artikel 423, § 2, 1°); dat bestanddeel wordt krachtens paragraaf 2 van het ontworpen artikel 423bis automatisch een eerste verzwarende omstandigheid en eventueel een tweede verzwarende omstandigheid als de dader voor zijn list misbruik heeft gemaakt van de faciliteiten die zijn functie hem verleent (ontworpen artikel 423bis, § 3, 4°), welke automatisch tot een derde verzwarende omstandigheid leidt die voortvloeit uit de ontworpen paragraaf 5, die in

.../...

verzwaring van de straf voorziet als de eerste twee verzwarende omstandigheden zich samen voordoen. Deze verstrengeling van de bestanddelen van het strafbare feit en de verzwarende omstandigheden zal tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld een hotelbediende die, zonder geweld, bedreigingen of dwang te bezigen, gebruik maakt van listen en van faciliteiten die zijn functie hem verleent om de eerbaarheid van een meerderjarige vakantiegangster aan te randen, tien tot vijftien jaar opsluiting kan krijgen (ontworpen artikel 423bis, § 5) terwijl aanranding van de eerbaarheid van een meerderjarige bestraft wordt met gevangenisstraf van een maand tot een jaar (ontworpen artikel 423bis, § 1).

Deze ingewikkelde situatie die door het scheppen van verscheidene bestanddelen en verzwarende omstandigheden ontstaat, valt moeilijk te rijmen met het feit dat de stellers van het ontwerp naar coherentie streven. Daarbij komt nog dat de nieuwe categorieën die door het ontwerp in het leven worden geroepen, vaak zeer vaag zijn.

Bijvoorbeeld : de onderdelen 5°, 6° en 7°, van het ontworpen artikel 423, § 2, hebben betrekking op gevallen die elkaar gedeeltelijk overlappen : een bloedverwant in de opgaande lijn (6°) staat ook in een gezagsverhouding jegens de minderjarige (5°) en is meestal ook een meerderjarige die met de minderjarige samenwoont (7°). Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 423bis, paragraaf 3, onderdelen 1° tot 3° : een bloedverwant in de opgaande lijn (1°) heeft vaak een vertrouwensrelatie met het slachtoffer (2°) en heeft ook gezag over het slachtoffer (3°). De onderdelen 3° en 4° van dezelfde paragraaf onderscheiden

.../...

zich nauwelijks meer van elkaar : in 3° is er sprake van gezag hebben over het slachtoffer en in 4° van misbruik van dat gezag. Ook de onderdelen 4° en 5° overlappen elkaar. Bijvoorbeeld : als de dader arts is (5°) zal hij ook misbruik hebben gemaakt van het gezag dat of de faciliteiten die zijn functie hem verleent (4°).

Zulke onduidelijkheden zijn onaanvaardbaar in het strafrecht. De redactie van al deze bepalingen moet worden herzien. Onder dat voorbehoud worden de volgende opmerkingen gemaakt.

2. De ontworpen bepaling vervangt hoofdstuk III van titel VIII van het Strafwetboek door een nieuw hoofdstuk III, met als opschrift "Aantasting van de seksuele integriteit" en door een hoofdstuk IIIbis, met als opschrift "Aanranding van minderjarigen, van onbekwamen en van de familie".

De artikelen 423 tot 433 van het Strafwetboek, die op het tweegevecht betrekking hebben, worden volledig vervangen. Dat strafbare feit wordt als uit de tijd zijnde beschouwd en verdwijnt als zodanig uit het Strafwetboek.

Volgens de gemachtigden van de minister wil dat evenwel niet zeggen dat tweegevechten niet langer strafbaar zijn. Het is immers voldoende tweegevechten een nieuwe strafrechtelijke kwalificatie van moord te geven. Het zou goed zijn dat in de memorie van toelichting te verduidelijken.

.../...

Bovendien rijst de vraag of bepaalde strafbare feiten die verband houden met tweegevechten - bijvoorbeeld tot tweegevecht uitdagen, tot tweegevecht aanzetten of getuige zijn - nog onder de andere strafbaarstellingen van het Strafwetboek kunnen vallen.

Ontworpen artikel 423

Paragraaf 1

Dit deel van het ontwerp is enigszins gebaseerd op de werkzaamheden van professor F. Hutsebaut, die zijn voorgesteld op de studiedag van 17 januari 1997 over "fysiek en seksueel geweld".

Volgens deze professor moet één van de krachtlijnen van een wetsontwerp houdende wijziging van een aantal bepalingen in het Strafwetboek in verband met fysiek en seksueel geweld erin bestaan het begrip "aanranding van de eerbaarheid" te vervangen door het begrip "aanranding van de seksuele integriteit".

Hij stelt voor het nieuwe artikel 372 als volgt te stellen :

"Art. 372. Aanranding van de seksuele integriteit bestaat er in een persoon die daar niet in toestemt te dwingen tot het dulden of plegen van seksuele handelingen. Toestemming is er met name niet wanneer de daad is opgedrongen door middel van geweld, dwang of list of

.../...

mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk gebrek van het slachtoffer. Aanranding bestaat, zodra er een begin van uitvoering is.

Aanranding van de eerbaarheid wordt gestraft met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar."

"Nieuw is - zo onderstreept professor Hutsebaut - dat het begrip aanranding van de seksuele integriteit door de wetgever wordt gedefinieerd. Het voorheen gehanteerde begrip aanranding van de eerbaarheid had van de wetgever geen nadere definitie meegekregen maar werd in die zin geïnterpreteerd dat de term eerbaarheid in zijn strafrechtelijke betekenis niet op de eerste plaats bescherming beoogde van het subjectief individueel gevoel van eerbaarheid maar wel van het op een bepaald ogenblik maatschappelijk gangbaar gevoel van eerbaarheid. Traditioneel werd het begrip aanranding van de eerbaarheid dus geconcipieerd vanuit het standpunt van de maatschappij.

In een meer moderne opvatting van seksuele misdrijven dient de inbreuk op het seksuele zelfbeschikkingsrecht van het slachtoffer beschouwd te worden als het voornaamste en overheersend element van het misdrijf. Dit wordt tot uitdrukking gebracht door de vervanging van het begrip "eerbaarheid" door het begrip "seksuele integriteit". Het beslissend criterium om tussen te komen in de meest intieme privé-sfeer wordt nu de vraag of er een inbreuk wordt gepleegd op de vrijheid van de persoon om zelf te beslissen wat hij wenst op seksueel vlak, m.a.w. op zijn seksueel zelfbeschikkingsrecht. Door een nadere precisering van de toestemmingsvereiste wil de wetgever uitdrukkelijker dan vroeger aangeven onder welke omstandigheden seksuele handelingen niet toegelaten zijn en strafbaar worden gesteld.

In tegenstelling tot voorheen ligt de nadruk daarbij niet meer op de aard van de handeling maar wel op het al dan niet aanwezig zijn van een geldige toestemming bij de partijen. Een seksuele handeling tussen personen is niet geoorloofd wanneer één van deze personen deze handeling niet wil, of niet geldig kan, ondergaan of stellen. Wanneer hij ertoe gedwongen wordt seksuele handelingen te "dulden" of te "plegen".

.../...

Een belangrijk element in de misdrijfomschrijving is uiteraard het begrip "seksuele handelingen". Dit begrip refereert aan wat men vandaag in het algemeen verstaat onder seksuele activiteit, rekening houdend met de gangbare zeden en gewoonten in onze hedendaagse cultuur. De aanwezigheid van deze seksuele component, die eventueel door de rechter zal moeten beoordeeld worden, refereert dus zowel aan een objectief gegeven - namelijk de gangbare seksuele gedragsnorm - als aan een subjectieve factor - namelijk het seksuele opzet in hoofde van de dader - die beide aanwezig moeten zijn." (1).

Bij de ontworpen bepaling moeten de volgende opmerkingen worden gemaakt :

a) De woorden "aanranding van de eerbaarheid" worden behouden, maar in het ontwerp wordt ervan uitgegaan dat dit strafbare feit thans strafbaar moet worden gesteld, omdat het net als verkrachting, een schending is van de seksuele integriteit van de persoon die er het slachtoffer van is.

Daarom wijkt de definitie van "aanranding van de eerbaarheid" in het ontworpen artikel 423, § 1, van het Strafwetboek af van de rechtspraak, waar geoordeeld werd dat

(1) F. Hutsebaut en L. Stevens, voorontwerp van wet houdende wijziging van een aantal bepalingen in het Strafwetboek i.v.m. fysiek en seksueel geweld, in het verslag van de studiedag "Fysiek en seksueel geweld" van 17 juli 1997, georganiseerd op initiatief van de Minister van Tewerkstelling en Arbeid, belast met het beleid van gelijke kansen voor mannen en vrouwen, onuitgegeven, blz. 54 en volgende.

dit begrip diende te worden bepaald door impliciet te refereren aan het begrip "goede zeden". De gegeven definitie sluit aan bij die van professor Hutsebaut.

In elk geval moet worden afgezien van het gebruik van de woorden "aanranding van de eerbaarheid". Het is immers gevaarlijk een door de wetgever duidelijk als nieuw bedoeld strafbaar feit te blijven weergeven met dezelfde woorden als de woorden die duidden op een ander, oud strafbaar feit dat hij wil laten verdwijnen. Zo niet bestaat het gevaar dat de nieuwe wil van de wetgever wordt gemaskeerd en verkeerd wordt begrepen, louter doordat een oud woordgebruik behouden wordt.

Daarom is het verkieslijk de terminologie te volgen die professor Hutsebaut heeft voorgesteld; het ontwerp is kennelijk op zijn denken gebaseerd. Het nieuwe opschrift van hoofdstuk III moet zijn : "Seksuele agressie" met afdeling I "Aanranding van de seksuele integriteit" en afdeling II "Verkrachting".

b) Volgens de definitie die in het ontworpen artikel 423, § 1, wordt gegeven, bestaat het strafbare feit dat bij dat artikel wordt ingesteld enerzijds uit het plegen van een "daad met een seksueel karakter" en anderzijds uit het feit dat het slachtoffer daar niet in toestemt. Het laatstgenoemde bestanddeel is klassiek en bekend, aangezien het inzonderheid voorkomt in artikel 375 van het Strafwet-

.../...

boek, dat verkrachting strafbaar stelt. Het eerstgenoemde daarentegen is nieuw en bevat onduidelijkheden die moeten worden weggewerkt.

Professor Hutsebaut spreekt niet van "daad met een seksueel karakter", maar van "seksuele handeling" en preciseert dat zulk een handeling niet alleen refereert aan een objectief gegeven - namelijk de gangbare seksuele gedragsnorm - maar ook aan een subjectieve factor, namelijk het seksuele opzet van de dader. In de artikelsgewijze bespreking van het ontwerp staat dat "het begrip aantasting van de eerbaarheid" in het ontworpen artikel 423, § 1,

"(...) wordt (...) geobjectiveerd door de aard van de verrichte daad als grondslag te nemen en niet langer de interpretatie die ervan met betrekking tot de goede zeden kan worden gemaakt. Tevens wordt de nadruk erop gelegd dat het gaat om een aantasting van de seksuele integriteit."

De vraag rijst of de artikelsgewijze bespreking aldus het door professor Hutsebaut genoemde subjectieve gegeven heeft willen overnemen. Als dat de bedoeling was, dan is bij het werken met zulk een gegeven een duidelijk voorbehoud te maken.

Men kan zich immers afvragen of het subjectieve bestanddeel in kwestie alleen moet worden beoordeeld met betrekking tot de dader van het strafbare feit, zoals professor Hutsebaut stelt, dan wel of het ook moet worden onderzocht met betrekking tot het slachtoffer, wat

.../...

begrijpelijk zou zijn aangezien, in het licht van het ontwerp, het te beschermen belang duidelijk de seksuele integriteit van het slachtoffer geworden is.

Wat er van die onduidelijkheid ook zij, het invoeren van die "subjectieve factor" in de kwalificatie van een strafbaar feit is onverenigbaar met het beginsel van de wettelijkheid van strafbaarstellingen. Dat zou immers tot gevolg hebben dat eenzelfde gedrag al dan niet een strafbaar feit is naargelang de betekenis die aan dat gedrag wordt gegeven door degene die dit gedrag vertoont of door degene die het ondergaat.

In de memorie van toelichting moet elke dubbelzinnigheid daaromtrent worden opgeheven en moet duidelijk worden vermeld wat precies onder "daden met een seksueel karakter" moet worden verstaan, een begrip dat ruimer is dan het begrip "seksuele handelingen", dat professor Hutsebaut hanteert.

c) Krachtens artikel 374 van het Strafwetboek bestaat aanranding van de eerbaarheid "zodra er een begin van uitvoering is".

Deze bepaling wordt bij artikel 40 van het ontwerp opgeheven, zonder dat ze wordt vervangen. Gelet op de nieuwe definitie van aanranding van de eerbaarheid, vraagt de Raad van State zich af of die nieuwe definitie het loutere begin van aanranding van de eerbaarheid omvat.

.../...

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat voor bepaalde vormen van aanranding van de eerbaarheid van meerderjarigen nog een regeling moet worden getroffen voor pogingen tot aanranding, aangezien volgens artikel 53 van het Strafwetboek het om een wanbedrijf en niet een misdad gaat.

Paragraaf 2

1. In paragraaf 2 worden de gevallen opgesomd waarin de rechter niet zelf kan oordelen of de persoon ten aanzien van wie of met behulp van wie de daad van seksuele aard is gepleegd, daarin al of niet toegestemd heeft. Die gevallen zijn allemaal onweerlegbare vermoedens dat er geen sprake is van toestemming. Daarom moet die opsomming limitatief zijn. Men kan zich immers niet voorstellen dat er nog andere onweerlegbare vermoedens zijn. Het werken met vermoedens kan alleen voortvloeien uit de wet. Alleen de wet kan bepalen dat geen bewijs hoeft te worden geleverd en dusdoende de rechter zijn bevoegdheid ontnemen.

De bijwoordelijke bepaling "onder meer", in de inleidende zin van het ontworpen artikel 423, § 2, moet dus vervallen.

2. Voorts voert het ontwerp de bescherming van minderjarigen op, zelfs als zij door het huwelijk ontvoegd zijn. In de bespreking van het ontworpen artikel 423 staat immers het volgende :

.../...

"Het ontwerp verwijst niet langer naar ontvoogding door huwelijk. Voortaan zijn minderjarigen beschermd tegen aanranding door familieleden in de ruime zin van het woord, ongeacht of zij gehuwd zijn of niet. Het is immers allesbehalve zeker dat een huwelijk minderjarigen veiligheid biedt tegen eventueel misbruik door een van hun ouders. De gezagsverhouding, de vertrouwens- en gevoelsrelatie tussen een minderjarige en zijn vader of moeder zijn over het algemeen van die aard dat eerstgenoemde zich in een ondergeschikte positie bevindt en hij dan ook nooit op geldige wijze toestemming kan verlenen.".

De Raad van State vraagt zich echter af welke betekenis ontvoogding nog heeft ...

3. Bij het ontworpen onderdeel 4° stelt de Raad van State vast dat louter op basis van een verschil in leeftijd beslist zal worden of er sprake is van afwezigheid van enige toestemming. Dat betekent bijvoorbeeld dat ervan uitgegaan wordt dat een adolescente van 14 jaar of ouder die een gevoelsrelatie met een jongen van 19 heeft, niet in zulk een relatie kan toestemmen, terwijl een adolescente van 13 die een gevoelsrelatie met een jongen van 17 heeft, geacht wordt in die relatie toe te stemmen.

De Raad van State vraagt zich af in hoeverre het niet verkieslijk zou zijn het te houden bij het geval genoemd in onderdeel 5°, namelijk het geval dat de minderjarige afhankelijk is van degene die zijn eerbaarheid aanrandt, een vertrouwensrelatie met hem heeft of in een gezagsverhouding tot hem staat.

.../...

Afhankelijkheid kan inzonderheid voortvloeien uit een gevoelsrelatie, ongeacht de leeftijd van het slachtoffer en van de aanrander van de eerbaarheid.

4. In onderdeel 7° wordt bepaald dat er geen instemming is wanneer

"de daad is gepleegd ten aanzien of met behulp van een minderjarige door een meerderjarige die gewoonlijk of occasioneel met het slachtoffer samenwoont en gezag over hem heeft.".

Op de vraag of de precisering dat degene die iemand in zijn eerbaarheid aanrandt meerderjarig is, ook geldt voor de overige gevallen die inzonderheid in 5° en 6° vermeld worden, hebben de gemachtigden van de minister ontkennend geantwoord.

Dat moet duidelijk in de bespreking van de ontworpen bepaling worden vermeld.

Artikel 423bis

De straffen vermeld in de paragrafen 3, 4 en 5 zijn dezelfde als die vermeld in het ontworpen artikel 423ter, §§ 3, 4 en 5. De vraag rijst of die gelijkschakeling wel gewettigd is, daar het in het ene geval om aanranding van de eerbaarheid van een meerderjarige gaat en in het andere geval om aanranding van de eerbaarheid van een minderjarige

.../...

boven de veertien jaar. De Raad van State stelt ook vast dat die gelijkschakeling niet bestaat voor het ontworpen artikel 423bis, paragrafen 1 en 2.

Het is de Raad van State dan ook niet duidelijk waarom er een onderscheid wordt gemaakt tussen meerderjarigen en minderjarigen boven de veertien jaar. Het is misschien nuttig minimumgrenzen te bepalen, zoals in sommige ontworpen bepalingen betreffende verkrachting gedaan is (de ontworpen artikelen 424ter, §§ 2 en 3, 424quater, §§ 2 en 3, 424quinquies, §§ 2 en 3).

Artikel 424

Aangezien het ontworpen artikel 424 qua structuur en inhoud sterk aanleunt bij het ontworpen artikel 423, wordt verwezen naar de opmerkingen die over deze bepalingen zijn gemaakt.

Paragraaf 1 bepaalt dat verkrachting "op een persoon" gepleegd wordt. In paragraaf 2 wordt de daad "ten aanzien of met behulp van een minderjarige" gepleegd. Die twee paragrafen moeten met elkaar in overeenstemming worden gebracht en er moet dezelfde terminologie in worden gehanteerd.

.../...

Artikel 424bis

1. In paragraaf 1 moet worden gepreciseerd dat het om verkrachting van een meerderjarige gaat.

2. Het ontworpen artikel 424bis, § 3, bepaalt dat verkrachting van een bijzonder kwetsbaar persoon of verkrachting gepleegd onder bedreiging met een wapen, wordt bestraft met dezelfde straf als die welke in dezelfde omstandigheden geldt voor aanranding van de eerbaarheid (ontworpen artikel 423bis, § 4).

De vraag rijst of die straffen in verhouding staan tot de ten laste gelegde feiten.

Volgens de uitleg van de gemachtigden van de minister kan aanranding van de eerbaarheid onder bedreiging met een wapen even ernstig zijn als verkrachting die onder dezelfde omstandigheden wordt gepleegd.

Voorts moet de strafmaat volgens hen ook enigszins coherent blijven.

De Raad van State is evenwel van mening dat die coherentie niet op de helling komt te staan door minimumgrenzen vast te stellen, zoals bij het ontworpen artikel 423bis is voorgesteld.

.../...

Artikelen 424quater en 424quinquies

Die twee bepalingen hebben betrekking op categorieën van minderjarigen die als zodanig buiten beschouwing worden gelaten voor aanranding van de eerbaarheid : enerzijds minderjarigen boven de leeftijd van tien en beneden de leeftijd van veertien jaar en anderzijds minderjarigen beneden de leeftijd van tien jaar.

In de bespreking van deze bepalingen moet duidelijker worden gewettigd waarom die leeftijdscategorieën als zodanig buiten beschouwing worden gelaten als het om aanranding van de eerbaarheid gaat (1).

Artikel 426

1. Het ontworpen artikel 426 neemt het ontworpen artikel 382bis nagenoeg over.

Wie veroordeeld is wegens aanranding van de eerbaarheid of verkrachting van een minderjarige, kan ook

(1) Daarbij moet de steller van het ontwerp erop gewezen worden dat sommige Europese staten geen onderscheid maken tussen aanranding van de eerbaarheid en verkrachting van een minderjarige. In Engeland bijvoorbeeld is geslachtsverkeer met een kind onder de 13 jaar een "assault" als er geen dwang mee gemoeid is, maar het kan bestraft worden met levenslange gevangenisstraf (studie van de dienst "Affaires européennes" van de Franse Senaat : "Législation comparée : les abus sexuels sur les mineurs", rapport LC21-décembre1996, http://www.senat.fr/lc/lc96-21_mono.ht).

het verbod opgelegd krijgen bepaalde beroepsactiviteiten uit te oefenen waarbij hij in contact zou komen met minderjarigen.

Het staat aan de rechter zulke verbodsbepalingen geval voor geval te beoordelen.

Dezelfde verbodsbepalingen bestaan voor wie veroordeeld is wegens ontucht of prostitutie ten nadele van minderjarigen, voor wie veroordeeld is wegens het maken van reclame met aanbieding van diensten van seksuele aard die door minderjarigen worden geleverd, respectievelijk tot minderjarigen gericht zijn of voor wie beeld dragers met pornografisch karakter in voorraad heeft waarop minderjarigen worden voorgesteld.

Een andere mogelijkheid zou erin bestaan te bepalen dat het verbod pas opgelegd wordt wanneer de straf een bepaalde drempelwaarde bereikt, waarbij de rechter echter altijd de mogelijkheid heeft om zulke verbodsbepalingen op te leggen, zelfs als die drempelwaarde niet wordt bereikt.

2. In de Franse tekst van 2° moet de terminologie worden afgestemd op die van het ontworpen artikel 382bis, eerste lid, 2°, waar sprake is van "personne morale ou association de fait".

3. Voor 3° wordt verwezen naar opmerking nr. 2, die over artikel 11 is gemaakt.

.../...

Artikel 427

1. Deze bepaling stemt grotendeels overeen met artikel 378bis van het Strafwetboek.

Ook auditieve boodschappen moeten evenwel worden vermeld, aangezien in het ontworpen artikel 427 als communicatiemiddel onder meer de radio wordt vermeld.

2. Met het ontworpen artikel 427 wordt geprobeerd de identiteit van het slachtoffer te beschermen. Die identiteit kan evenwel worden vrijgegeven, onder meer "met toestemming, ten behoeve van het onderzoek, van de met het onderzoek belaste magistraat".

De ontworpen bepaling behoort te worden aangepast aan de artikelen 28quinquies, § 3, en 57, § 3, van het Wetboek van Strafvordering, die enerzijds de procureur des Konings met de contacten met de pers belasten en anderzijds bepalen dat "de identiteit van de in het dossier genoemde personen voor zover als mogelijk niet wordt vrijgegeven".

Artikel 428

1. In deze bepaling wordt, net als in het opschrift van afdeling I, het woord "kind" gebruikt, terwijl dat woord in het hele ontwerp vervangen is door het woord "minderjarige".

.../...

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat deze bepaling alleen bedoeld is voor kinderen die nog niet in staat zijn voor zichzelf te zorgen, ongeacht hun leeftijd.

In de ontworpen bepaling moet het woord "kind" derhalve vervangen worden door het woord "minderjarige", aangezien de woorden "niet in staat om zichzelf te beschermen" ook op minderjarigen van toepassing zijn.

Ook de terminologie van de ontworpen paragrafen 2 en 3 moet dienovereenkomstig worden aangepast.

In de tekst van de ontworpen paragraaf 2 komt noch het woord "kind" noch het woord "onbekwame" voor.

Artikel 429

1. In het ontworpen artikel 429 wordt vermeld wie zich schuldig kan maken aan "achterlating" van een kind. In het ontworpen artikel 428 wordt niet gepreciseerd wie zich schuldig kan maken aan het verlaten van een kind.

Dat verschil moet met redenen worden omkleed.

Bovendien is de Raad van State van oordeel dat deze bepaling ook betrekking moet hebben op personen die een kind opvangen in de zin van artikel 370bis van het Burgerlijk

.../...

Wetboek en die krachtens een rechterlijke beslissing met het uitoefenen van het ouderlijke gezag over de minderjarige zijn belast.

2. Voorts rijst de vraag hoe het ontworpen tweede lid, voor zover het bepaalt dat ouders kunnen worden vervolgd wegens "achterlating" van hun kind wanneer dat kind bij rechterlijke beslissing aan een derde is toevertrouwd, te rijmen valt met de artikelen 370bis en volgende van het Burgerlijk Wetboek, die bepalen dat het ouderlijke gezag door een derde moet worden uitgeoefend als de ouders kennelijk niet naar hun kind omzien.

De steller van het ontwerp moet dat punt verduidelijken.

*

De vraag rijst waarom in de Nederlandse tekst van het artikel de term "achterlaten" gebezigd wordt als tegenhanger van het Franse "abandonner".

In het opschrift van titel VIIIbis van het Burgerlijk Wetboek, alsook in de artikelen 370bis en 370quater van dat wetboek, wordt de term "verlaten" gebruikt als tegenhanger van het Frans "abandonner".

Ook in de Nederlandse wetgeving is sprake van "Verlating van hulpbehoevenden" (cf. Nederlands Wetboek van Strafrecht, art. 255 e.v.).

.../...

Artikel 430bis

1. De Raad van State vraagt zich af wat het onderhoud nalaten van en het onthouden van voedsel en verzorging als strafbare feiten van elkaar onderscheidt.

Volgens de gemachtigden van de minister moet het verschil vooral worden beoordeeld op basis van het opzet van degenen die deze strafbare feiten plegen. Iemand voedsel en verzorging onthouden impliceert immers boos opzet, terwijl niet in iemands onderhoud voorzien niet noodzakelijk uit boos opzet hoeft voort te vloeien.

Die preciseringen moeten duidelijk in de tekst tot uiting komen.

2. Bovendien heeft deze bepaling betrekking op degenen die een minderjarige beneden de leeftijd van zestien in bewaring hebben, terwijl het ontworpen artikel 429, tweede lid, betrekking heeft op derden aan wie de minderjarige is toevertrouwd.

Zoals reeds bij het ontworpen artikel 410 (artikel 22 van het ontwerp) is opgemerkt, moet de terminologie op dat punt worden verduidelijkt en eventueel eenvormig worden gemaakt.

.../...

Artikel 430ter

Deze bepaling voorziet in strafverzwaring als de schuldige de strafbare feiten vermeld in de artikelen 428, 430 en 430bis heeft gepleegd "tegen zijn vader of moeder, zijn adoptanten of zijn andere bloedverwanten in de opgaande lijn". Uit die opsomming blijkt dat onder meer niet bedoeld wordt op andere personen die de minderjarige in bewaring hebben of gezag over hem hebben (zoals bijvoorbeeld een pleegouder of de nieuwe partner van de vader of de moeder als de ouders gescheiden leven).

In het ontworpen tweede lid wordt evenwel ook voorzien in strafverzwaring wanneer de schuldige ditmaal de vader, de moeder of de adoptant van het slachtoffer is, maar ook elke andere persoon die gezag over het slachtoffer heeft of in bewaring heeft.

Volgens de gemachtigden van de minister is dit verschil in benadering gewettigd doordat er geen verplichting tot onderhoud van die personen bestaat, noch een verplichting tot bijstand door het kind, in de zin van artikel 205 van het Burgerlijk Wetboek.

Deze zeer oppervlakkige verantwoording zou op zijn minst moeten worden opgenomen in de bespreking van de ontworpen bepaling.

.../...

Artikel 431

1. In het ontworpen artikel 431 betreffende ontvoering wordt een onderscheid gemaakt tussen twee leeftijdscategorieën, namelijk enerzijds minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaar niet hebben bereikt en anderzijds minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaar wel bereikt hebben.

In verband met gijzeling is in het ontworpen artikel 347bis echter sprake van minderjarigen die de leeftijd van veertien jaar niet bereikt hebben.

Er dient te worden gepreciseerd om welke reden de steller van het ontwerp geopteerd heeft voor verschillende leeftijdscategorieën, daar de twee strafbare feiten bepaalde punten gemeen hebben.

2. In de ontworpen paragraaf 2 wordt als straf vijf tot tien jaar opsluiting bepaald wanneer de ontvoering van een minderjarige boven de leeftijd van twaalf jaar heeft plaatsgevonden door geweld, door list of onder bedreiging. In die bepaling wordt echter geen straf vermeld wanneer de ontvoering niet door geweld, door list of onder bedreiging plaatsvindt en de ontvoerde minderjarige twaalf tot zeventien jaar oud is.

Volgens de gemachtigden van de minister is zulk een feit niet strafbaar als ontvoering, maar kan het aanleiding

.../...

geven tot strafvervolgning op basis van andere kwalificaties, zoals bijvoorbeeld opsluiting.

Dit dient duidelijk te worden gepreciseerd in de bespreking van de ontworpen bepaling, omdat de genoemde feiten nauw verband houden met de problematiek mensenhandel.

Artikel 431bis

Op de vraag naar de betekenis van de woorden "bij zich houdt", hebben de gemachtigden van de minister geantwoord dat minstens twee situaties in aanmerking dienen te worden genomen.

Enerzijds de situatie waarin iemand een minderjarige ontvoert en hem aan een derde toevertrouwt, doordat hij hem zelf niet kan bewaken; anderzijds de situatie waarin iemand een minderjarige ontvoert om hem aan een derde over te leveren, die zich die minderjarige wil "toeëigenen". Dat laatste geval kan geïllustreerd worden met het voorbeeld van de ontvoering van een baby in een ziekenhuis, door de echtgenoot van een vrouw die zelf geen kind kan krijgen.

Rekening houdend met die uitleg, behoort in de Franse tekst het woord "gardera" te worden vervangen door het woord "retiendra".

Zoals het artikel geredigeerd is, heeft het eveneens betrekking op grootouders die hun kleinkind "bij zich houden", dat door de vader of de moeder ontvoerd is.

.../...

Artikel 432

Zoals reeds onderstreept is bij artikel 22 van het ontwerp, dient de betekenis van de woorden "zij aan wie een minderjarige ... is toevertrouwd", te worden gepreciseerd.

Artikel 433

1. In paragraaf 1 behoort de betekenis van de volgende zin te worden gepreciseerd : "De vader en de moeder die het minderjarig kind onttrekt of poogt te onttrekken aan de rechtsvervolging, tegen dit kind ingesteld uit kracht van de wet betreffende de jeugdbescherming ...".

De Raad van State vraagt zich af of het zin heeft de verwijzing naar de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming te handhaven, aangezien de aangelegenheid jeugdbescherming grotendeels gecommunautariseerd is.

Indien dit het geval is, dient de datum van die wet te worden vermeld.

2. In de bepalingen van artikel 433, §§ 1, 3 en 4, wordt inzonderheid het door de vader of de moeder ontvoeren of doen ontvoeren van hun minderjarige kind strafbaar gesteld. Die strafbaarstellingen betreffen weliswaar gevallen waarin in verband met dat kind een procedure is ingesteld of waarin het aan een persoon toevertrouwd is door een overheid, bij een rechterlijke beslissing of een

.../...

minnelijke schikking. Hoe dan ook gaat het in alle drie gevallen om ontvoering en niet om het niet-afgeven van kinderen. Hieruit volgt enerzijds dat afdeling IV betreffende ontvoering niet volledig is, aangezien bepaalde gevallen van ontvoering strafbaar gesteld worden in teksten die niet opgenomen zijn in die afdeling, en anderzijds dat in afdeling V over het niet-afgeven van kinderen strafbaarstellingen bevat die geen gevallen van niet-afgeven van kinderen zijn, maar wel bijzondere gevallen van ontvoering.

Dit gebrek aan samenhang in de opbouw van het ontwerp moet weggewerkt worden, door onder meer te onderzoeken of de in de ontworpen teksten gestelde straffen gehandhaafd moeten worden.

3. De ontworpen paragraaf 2 laat de rechter enige vrijheid van beoordeling bij het opleggen van de straf : ofwel spreekt hij een gevangenisstraf en een geldboete uit, ofwel een van die straffen alleen. Het ontworpen artikel 432, tweede lid, voorziet evenwel niet in dit alternatief. Dat onderscheid behoort te worden gerechtvaardigd.

4. In de ontworpen paragraaf 3 dienen de woorden "hetzij in andere bij de wet bepaalde omstandigheden" te worden gepreciseerd.

.../...

Artikel 24

1. Er dient op te worden gewezen dat het ontworpen lid in de eerste plaats tot doel heeft de vertrouwde die bepaalde feiten aangeeft of vertrouwelijke mededelingen onthult, te behoeden voor eventuele strafrechtelijke vervolging. Degene die de eerstgenoemde in vertrouwen genomen heeft daarentegen, kan niet meer rekenen op gewaarborgde geheimhouding van de vertrouwelijke mededelingen die hij gedaan heeft of van de feiten die hij onthuld heeft.

Artikel 458 van het Strafwetboek wordt immers gewijzigd om de in het eerste lid bedoelde personen in staat te stellen gevallen van mishandeling en sexueel misbruik van minderjarigen die de leeftijd van veertien jaar niet bereikt hebben, "ter kennis (te) brengen van de bevoegde diensten".

In de ontworpen bepaling wordt evenwel niet omschreven wat dient te worden verstaan onder "bevoegde diensten".

In de bespreking van de bepaling is in dit verband het volgende gepreciseerd :

"... Het is de bedoeling dat de bewaarder van het geheim naar gelang van de ernst van de feiten, de psychologische toestand van de minderjarige, het klimaat binnen het gezin of andere omstandigheden, kan oordelen welke persoon het meest geschikt is om de eventuele aangifte in ontvangst te nemen. Een en ander strekt ertoe de behandeling van minderjarigen met moeilijkheden soepel te laten verlopen.".

.../...

Volgens artikel 458 van het Strafwetboek mag degene die kennis draagt van geheimen die hem toevertrouwd zijn het beroepsgeheim alleen schenden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen.

Dit is de waarborg dat het beroepsgeheim vóór alles regel is en dat alleen in bijzondere omstandigheden de vertrouwde aan de hem toevertrouwde geheimen mag onthullen.

De onduidelijkheid van de woorden "bevoegde diensten" dreigt het opzet van artikel 458 van het Strafwetboek echter volledig teniet te doen.

Het kan immers gaan om een politiedienst, een maatschappelijk assistente, een onderzoeksrechter of een privévereniging waarvan het oogmerk de strijd tegen kindermishandeling is

Er is dan ook alle reden toe om aan te nemen dat personen niet meer gemakkelijk anderen in vertrouwen zullen nemen, omdat zij weten dat hun vertrouwelijke mededelingen uiteindelijk aan onverschillig wie geopenbaard kunnen worden.

Het doel dat met de hervorming beoogd wordt, namelijk een betere bescherming van minderjarigen, dreigt dan ook niet te worden bereikt.

2. Er rijzen vragen over de precieze strekking van de woorden

.../...

"... hetzij persoonlijke vaststellingen van feiten die doen veronderstellen dat een misdrijf voorzien in de artikelen 392 tot 401, 409, 423 tot 424sexies werd gepleegd op een minderjarige van minder dan veertien jaar ...".

Die bewoordingen lijken te impliceren dat degene die bepaalde feiten vaststelt, vermoedens moet hebben wat de aard ervan betreft wil hij ze kunnen onthullen aan de bevoegde diensten. Het gebruik van de woorden "doen veronderstellen" duidt erop dat een louter vermoeden volstaat.

De afdeling wetgeving heeft in haar advies (1) betreffende een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld" reeds de gelegenheid gehad om de nadruk te leggen op de gevaren van zulk een relativering van het beroepsgeheim, die ertoe leidt dat de gewoonte wordt aangenomen om loutere vermoedens aan te geven, veeleer dan duidelijk vaststaande feiten.

Dat aangeven is des te gemakkelijker daar de vertrouwde behoed wordt voor strafrechtelijke sancties indien degene die hem in vertrouwen genomen heeft, hem zou vervolgen op basis van artikel 458, eerste lid, van het Strafwetboek.

Bovendien stelt de Raad van State vast dat het ontwerp niets zegt over de weerslag van de ontworpen tekst op eventuele strafrechtelijke vervolging.

(1) nr. L. 25.944/2, Gedr. St. Kamer, zitting 1997-1998, nr. 1335/1-1336/1.

3. Tenslotte rijzen er vragen over de gevolgen van die aangifte aan de bevoegde diensten ten aanzien van de onderzoeksbevoegdheden van de gerechtelijke overheid.

Ofwel worden de feiten rechtstreeks onthuld aan de gerechtelijke overheden zelf, ofwel aan andere personen of "bevoegde diensten".

In dat laatste geval rijst de vraag welke bevoegdheden een onderzoeksrechter precies zal hebben voor de documenten die die personen bezitten en die, wegens het beroepsgeheim, misschien niet in beslag hadden mogen worden genomen bij de eerste vertrouwde.

In de ontworpen tekst is immers niets bepaald in verband met de geheimhoudingsplicht waartoe die "bevoegde diensten" gehouden zouden zijn.

Hier rijzen ernstige twijfels die behoren te worden weggenomen.

De conclusie is dan ook dat de tekst van de ontworpen bepaling grondig dient te worden herdacht.

Artikelen 25 en 26

Die bepalingen voorzien niet langer in enige voorwaarde van verbondenheid met het Belgische grondgebied die de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken zou kunnen beperken.

.../...

Ongeacht de nationaliteit van de dader van het strafbare feit, de plaats waar dat strafbare feit gepleegd is en de plaats waar de dader van het strafbare feit gevonden is, kan een Belgisch magistraat namelijk voortaan de feiten vervolgen die genoemd worden in de artikelen 379, 380, 381, 383bis, §§ 1 en 3, 423 tot 424sexies van het Strafwetboek, alsmede die welke genoemd worden in artikel 77bis, §§ 2 en 3, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en in de artikelen 10 tot 13 van de wet van 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren.

In het Belgische recht zijn er weliswaar precedents van zulke gevallen van "universele bevoegdheid", maar in de bij de huidige wetgeving bepaalde gevallen is vervolging in België doorgaans alleen mogelijk als de buitenlandse overheid de Belgische overheid officieel bericht heeft gegeven. De ontworpen bepalingen bevatten die voorwaarde niet. Het staat te bezien of zonder medewerking van de buitenlandse overheden het gerechtelijk onderzoek en de berechting van zulke feiten in België efficiënt georganiseerd kunnen worden (1).

(1) Zie in die zin advies nr. L. 26.442/4, gegeven over een voorontwerp van wet "inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie".

Artikel 25

In de inleidende zin behoort te worden gepreciseerd dat artikel 10ter van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoegd is bij de wet van 13 april 1995.

Bovendien worden de in onderdeel 1° genoemde artikelen 380 en 381 respectievelijk de artikelen 380bis en 381bis.

Artikel 26

Die bepaling dient als volgt te worden geschreven :

"Art. 25. In artikel 12, eerste lid, van dezelfde wet, gewijzigd bij de wet van 14 juli 1951, worden de woorden "... " vervangen door de woorden "...".

Artikelen 27 en 28

Er wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 3.

Artikel 27

Er dient op te worden gewezen dat artikel 21bis bij de wet van 13 april 1995 ingevoegd is in de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

.../...

Bovendien behoort artikel 380, waarnaar in de voorgestelde wijziging verwezen wordt, vervangen te worden door artikel 380bis.

Artikel 28

Er dient te worden geschreven :

"Art. 27. In artikel 91 van het Wetboek van Strafvordering, opnieuw opgenomen bij de wet van 13 april 1995, worden de woorden "... " vervangen door de woorden "379, 380bis, 423 tot 424sexies van het Strafwetboek".

Artikel 29

Men schrijve :

"Art. 29. In artikel 190, tweede lid, gewijzigd bij de wet van 10 juli 1967, worden de woorden "... " vervangen door de woorden "... ".

Artikel 30

Uit de uitleg van de gemachtigden van de minister blijkt dat het de bedoeling van de steller van het ontwerp is ervoor te zorgen dat de in de artikelen 347bis en 424quinquies van het Strafwetboek genoemde misdaden een zaak van de correctionele rechtbank kunnen worden door aanneming van bepaalde verzachtende omstandigheden.

.../...

De misdaden in kwestie zijn, enerzijds gijzeling, en, anderzijds verkrachting van een minderjarige beneden de leeftijd van tien jaar.

In het laatstgenoemde geval is het paradoxaal daarvan een zaak van de correctionele rechtbank te maken, aangezien de leeftijd van de minderjarige net een verzwarende omstandigheid is.

De bedoeling van de steller van het ontwerp bestaat erin te voorkomen dat het jonge slachtoffer tijdens de mondelinge procedure voor het hof van assisen met de dader van het strafbare feit wordt geconfronteerd.

In plaats van die paradox te laten voortbestaan, lijkt het raadzaam de procedure voor het hof van assisen te herzien, door bijvoorbeeld een op videoband opgenomen getuigenis van het slachtoffer te aanvaarden.

De gemachtigden van de minister hebben laten weten dat een regeling in die zin bestudeerd wordt.

Artikel 31

1. De Raad van State ziet niet in waarom naar de artikelen 388 en 389 van het Strafwetboek wordt verwezen.

2. Bij het ontwerp wordt in de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie een artikel 9bis ingevoegd, dat veel punten van overeenstemming

.../...

vertoont met artikel 25 van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, vervangen bij de wet van 1 juli 1964.

Volgens het ontworpen vierde lid :

"... (is) de bevoegde dienst of persoon ... zonder dat hem artikel 458 van het Strafwetboek kan worden tegen-
geworpen, bevoegd om de probatiecommissie in kennis te stellen van de onderbreking van de begeleiding of de behandeling dan wel van de moeilijkheden die bij de uitvoering daarvan gerezen zijn."

Die bepaling is in vele opzichten onduidelijk.

In de eerste plaats wordt daarin niet duidelijk aangegeven wat de juiste aard is van de inlichtingen die aan de probatiecommissie worden meegedeeld. Doordat naar artikel 458 van het Strafwetboek wordt verwezen, kan echter worden vermoed dat die inlichtingen bijvoorbeeld medische gegevens zouden kunnen zijn, die onder de toepassing van die bepaling vallen.

Als zulks niet het geval is, heeft de verwijzing naar artikel 458 van het Strafwetboek geen enkel nut.

Zoals die bepaling gesteld is, lijkt ze overigens in de eerste plaats de vertrouwde te beschermen tegen eventuele strafrechtelijke vervolging op basis van artikel 458 van het Strafwetboek. De Raad van State vestigt er echter de aandacht van de steller van het ontwerp op dat die strafrechtelijke bepaling ook strekt tot waarborging van geheimhouding en bijgevolg tot bescherming van degene die de eerstgenoemde in vertrouwen heeft genomen.

.../...

Omdat anders het beroepsgeheim geen reden van bestaan meer heeft, kan er geen sprake van zijn de vertrouwde ertoe te verplichten aan de probatiecommissie gegevens betreffende het privé-leven van de betrokkene te verstrekken, bijvoorbeeld medische informatie, zoals uit de woorden "de moeilijkheden die bij de uitvoering van (de begeleiding of de behandeling) gerezen zijn", lijkt voort te vloeien.

Deze bepaling behoort grondig te worden herzien en daarbij dient de aard van de gegevens die het verslag moet bevatten, duidelijk te worden aangegeven.

Voorts zou moeten worden bepaald dat wanneer de probatiecommissie instemt met de keuze van de bevoegde dienst, die dienst de persoon aanwijst die ermee belast wordt aan de commissie de informatie bedoeld in het vierde lid te bezorgen.

Artikelen 32 en 33

1. Deze bepalingen wijzigen de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, vervangen bij de wet van 1 juli 1964.

Krachtens het ontworpen artikel 20 dient een geïnterneerde die op proef in vrijheid gesteld is, door een persoon of een dienst, gespecialiseerd in de begeleiding of behandeling van seksuele delinquenten, begeleid of behandeld te worden als hij wegens zulke feiten gedetineerd is geweest.

.../...

Het ontworpen artikel 20bis, dat op de invrijheidstelling van de geïnterneerde betrekking heeft, bepaalt dat het met redenen omklede advies vereist is van een dienst die gespecialiseerd is in de begeleiding of behandeling van seksuele delinquenten als die persoon wegens zulke feiten geïnterneerd is geweest.

De Raad van State ziet niet in wat de juiste draagwijdte is van het ontworpen artikel 20bis, tweede lid, krachtens welke bepaling

"... de commissie bovendien, en zulks voor de duur van de proefperiode die zij bepaalt bij invrijheidstelling op proef, betrokkene als voorwaarde het verbod (kan) opleggen om ...".

Algemeen gesproken, lijkt het samengaan van de artikelen 20 en 20bis tot interpretatiemoeilijkheden te kunnen leiden.

Is er bijvoorbeeld een voorafgaand advies vereist van een dienst gespecialiseerd in de begeleiding of behandeling van seksuele delinquenten wanneer overeenkomstig artikel 20 van de voormelde wet van 9 april 1930 de invrijheidstelling op proef wordt gelast van iemand die wegens feiten genoemd in de artikelen 379 tot 387 en 423 tot 424sexies van het Strafwetboek geïnterneerd is ?

Behoort overigens uit de tekst te worden opgemaakt dat het verbod tot uitoefening van een bepaald beroep, uitgevaardigd in artikel 20bis van dezelfde wet, alleen kan worden opgelegd voor de duur van de invrijheidstelling op proef ?

.../...

De onderlinge samenhang van de ontworpen artikelen 20 en 20bis behoort nader te worden bekeken en de juiste reikwijdte ervan behoort in de commentaar op die bepalingen te worden uitgelegd.

Wat het laatste lid van het ontworpen artikel 20 betreft, wordt verwezen naar de opmerking die bij artikel 31 van het ontwerp is gemaakt.

Artikel 32

In hoofdstuk VI en artikel 32 van het onderhavige voorontwerp van wet wordt voor de wet van 1 juli 1964 het opschrift gebezigd dat is voorgeschreven bij artikel 16, § 1, van de wet van 5 maart 1998 betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling en tot wijziging van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, vervangen bij de wet van 1 juli 1964. Die wet van 5 maart 1998 is echter nog niet in werking getreden. Bij de huidige stand van zaken is het opschrift :

"Wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, vervangen bij de wet van 1 juli 1964.".

In de Franse tekst behoort de duplicering van het woord "loi" te worden verholpen.

.../...

Er dient te worden geschreven : "... houdt de sociaal-geneeskundige voorgedij, bedoeld in het eerste lid, de verplichting in om begeleid of behandeld te worden door een dienst gespecialiseerd in de begeleiding of behandeling van seksuele delinquenten."

Artikel 33

Er behoort te worden aangegeven dat artikel 20bis, eerste lid, van de wet van 1 juli 1964 ingevoegd is bij de wet van 13 april 1995.

De woorden "van het Strafwetboek" dienen te worden ingevoegd tussen de woorden "424 sexies" en ", en gepleegd". Bovendien behoort niet naar artikel 381 maar naar artikel 381bis te worden verwezen.

Daarnaast behoort het tweede lid te worden onderverdeeld in 1°, 2°, 3°, ...

Artikelen 34 en 35

Deze bepalingen wijzigen de artikelen 23bis en 25 van de voormelde wet van 9 april 1930, teneinde rekening te houden met de in het ontwerp vervatte vernummering van sommige bepalingen van het Strafwetboek.

.../...

In dit verband stelt de Raad van State vast dat bij het ontwerp geen wijzigingen worden aangebracht in artikel 3, § 3, 4°, van de wet van 5 maart 1998 betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling en tot wijziging van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, vervangen door de wet van 1 juli 1964, terwijl dat artikel verwijst naar strafbepalingen die bij het ontwerp vernummerd worden (bijvoorbeeld artikel 386ter van het Strafwetboek, dat artikel 388 van datzelfde Wetboek wordt).

Te dezen wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.

Artikel 34

In de ontworpen tekst, in fine, behoort te worden geschreven : "... vervangen door de woorden "artikelen 423ter tot quinquies, 424ter tot sexies"."

Artikel 35

In de Franse tekst van zowel de voorgestelde wijziging als in de oorspronkelijke tekst van artikel 25 zijn de woorden "avec la participation de mineurs" onjuist. Ze dienen te worden vervangen door de woorden "avec leur participation".

.../...

In plaats van naar artikel 387 behoort naar artikel 386bis te worden verwezen.

Artikel 36

Bij deze bepaling wordt artikel 35 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis gewijzigd, teneinde de nadere regels vast te stellen voor geneeskundige behandeling of begeleiding wanneer de onderzoeksrechter of het onderzoeksgerecht zulk een voorwaarde verbindt aan de invrijheidstelling van de verdachte.

In tegenstelling tot de wet betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling en tot de wet tot bescherming van de maatschappij, welke wet die medische of psychologische begeleiding organiseert wanneer een persoon een veroordeling heeft opgelopen of wanneer tegen hem een beslissing tot internering is genomen waaruit zijn verantwoordelijkheid blijkt, voorziet de wet betreffende de voorlopige hechtenis in de mogelijkheid veiligheidsmaatregelen te treffen tegen personen ten aanzien van wie nog steeds een vermoeden van onschuld geldt.

Met inachtneming van het grondbeginsel dat een vermoeden van onschuld geldt, kan de onderzoeksrechter of het onderzoeksgerecht besluiten de vrijlating van een beklaagde aan een aantal voorwaarden te verbinden. Krachtens het voormelde artikel 35, § 3, mag de magistraat die voorwaarden echter alleen opleggen wanneer hij ernstige redenen heeft om te vrezen dat de in vrijheid gelaten

.../...

verdachte nieuwe misdaden of wanbedrijven zou plegen, zich aan het optreden van het gerecht zou onttrekken, bewijzen zou pogen te laten verdwijnen of zich zou verstaan met derden.

Ten slotte dienen die voorwaarden aan die redenen aangepast te zijn en dienen daarbij de omstandigheden van de zaak in acht te worden genomen.

Zo zal de rechter geval voor geval oordelen of als voorwaarde voor de invrijheidstelling van een verdachte behoort te worden gesteld dat hij een behandeling moet volgen of begeleid behoort te worden.

De Raad van State wijst er echter op dat het opleggen van die behandeling of begeleiding tot discriminatie kan leiden. Als de verdachte de hem ten laste gelegde feiten toegeeft, is verplichte begeleiding een geschikte maatregel om in afwachting van het definitieve vonnis recidives te voorkomen. Als de verdachte de feiten daarentegen ontkent, is de kans groot dat de onderzoeksrechter het verzoek tot invrijheidstelling niet inwilligt, aangezien de verdachte weigert om zich aan een behandeling of begeleiding van die aard te onderwerpen.

Het aanvaarden van zulk een behandeling zou immers op een gedeeltelijke bekentenis kunnen wijzen en afbreuk kunnen doen aan de rechten van verdediging, waarvan het vermoeden van onschuld een wezenlijk bestanddeel vormt.

.../...

De gevallen waarin zulk een behandeling of zulk een begeleiding kunnen worden opgelegd, dienen dan ook duidelijk te worden afgebakend, bijvoorbeeld in geval van bekentenis of betrapping op heterdaad.

Opdat het vermoeden van onschuld gerespecteerd wordt, behoort voorts te worden voorkomen dat het verslag betreffende de follow-up van de begeleiding of de behandeling niet vooruitloopt op de schuld van degene die zich daaraan onderwerpt.

Het is dan ook van fundamenteel belang dat de gegevens die vervat zijn in het verslag van de persoon of de dienst die met de begeleiding of de medische behandeling is belast, het privé-leven van de betrokkene respecteren en de rechten van verdediging niet kunnen schaden.

In dit verband blijkt niet uit de ontworpen tekst of met dat verslag in het kader van het onderzoek rekening mag worden gehouden; als zulks het geval is, wordt de steller van het ontwerp eraan herinnerd dat de onderzoeksrechter krachtens artikel 56, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering het gerechtelijk onderzoek zowel à charge als à décharge voert.

Als dat verslag bij het onderzoeksdossier behoort te worden gevoegd, dienen de rechten van verdediging, inzonderheid het recht van de verdachte om het stilzwijgen te bewaren, te worden gerespecteerd.

.../...

Wat ten slotte het derde lid van de ontworpen paragraaf 6 betreft, wordt verwezen naar de opmerking die over artikel 31 van het ontwerp is gemaakt.

Het probleem is des te groter daar het hier gaat om een persoon ten aanzien van wie nog steeds een vermoeden van onschuld geldt.

De Raad van State ziet evenmin in wat de juiste reikwijdte is van de woorden "In afwijking van artikel 38, § 1, lid 2". Die bepaling schrijft immers voor dat de personen die ingeschakeld worden bij het toezicht op de naleving van de voorwaarden verbonden aan de invrijheidstelling van de verdachte, door het beroepsgeheim gebonden zijn.

Dient daaruit te worden afgeleid dat de personen die zorgen voor de medische behandeling of de begeleiding van de verdachte niet aan het beroepsgeheim gehouden zijn, terwijl dezelfde ontworpen bepaling aangeeft dat artikel 458 van het Strafwetboek hun niet kan worden tegengeworpen wanneer zij de onderzoeksrechter in kennis stellen van de verdere ontwikkelingen in het kader van die behandeling of begeleiding ... ?

Dat zijn tegenstrijdigheden die opgeheven behoren te worden.

Gelet op al deze opmerkingen dient de ontworpen bepaling grondig te worden herdacht.

.../...

Artikel 37

Men schrijve :

"Artikel 92, § 1, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek ... :

"4° de strafzaken betreffende misdrijven bepaald in ... van Boek II van het Strafwetboek".

Slotopmerkingen

Verschillende bepalingen van de Nederlandse tekst van het ontwerp, die over het geheel genomen vrij onzorgvuldig gesteld is, vertonen fouten tegen het correcte taalgebruik. Onder voorbehoud van de in het advies gemaakte inhoudelijke opmerkingen en ongerekend de tekstvoorstellen die in het corpus van het advies gedaan zijn, wordt bij wijze van voorbeeld op het volgende gewezen :

Opschrift

Het bepaald lidwoord "de" vóór het woord "minderjarigen" is in casu een gallicisme en moet vervallen.

Artikel 3

In het ontworpen artikel 347bis, paragraaf 1, derde regel, zou het correcter zijn te schrijven : "borg te laten

.../...

staan" in plaats van "borg te doen staan". Een soortgelijke opmerking geldt mutatis mutandis voor heel het ontwerp.

In paragraaf 4, 1°, schrijve men : "... hetzij blijvende fysieke ... hetzij het volledige verlies ... hetzij zware verminking ...". In onderdeel 2° van dezelfde paragraaf schrijve men : "lichamelijk is gefolterd".

Artikel 6

In de ontworpen paragraaf 6 schrijve men : "willens en wetens ontucht of prostitutie ... bijwoont, ... tweeduizend frank."

Artikel 9

In het ontworpen artikel 381 is het woord "bedoeld" verkeerd gebruikt. De strafbare feiten in kwestie worden in de genoemde artikelen namelijk bepaald en niet zo maar vaag aangeduid. Een soortgelijke opmerking geldt voor heel het ontwerp.

Artikel 10

In het ontworpen artikel 382, paragraaf 2, is de term "voorzien", in de verbinding "een misdrijf voorzien" niet alleen uit taalkundig oogpunt kritiseerbaar, maar ook onvoldoende accuraat. Bedoeld wordt "bepaald". Deze

.../...

opmerking geldt mutatis mutandis voor heel het ontwerp. In dezelfde paragraaf zou het correcter en meer in overeenstemming met het gangbare Nederlandse taalgebruik zijn te schrijven : "een zaak voor verhuur of verkoop van visuele dragers, ..., een bureau voor verhuur van gemeubileerde kamers of appartementen, een reisbureau, ..., een gelegenheid voor ontspanning of vakantie, of een inrichting voor lichaamsverzorging of psychologische begeleiding ...". In paragraaf 3, vierde lid, van hetzelfde ontworpen artikel is de wending "onder de sanctie", die letterlijk uit het Frans vertaald is, onnederlands. Ze zou vervangen moeten worden door de wending "volgens de sanctie".

Artikel 18

In de inleidende zin is de verbinding "onder de ... vorm" niet correct. Men schrijve : "in de ... vorm". In het ontworpen artikel 389, paragraaf 1, eerste lid, zou de wending "bij toepassing van", die hier verkeerd gebruikt is, vervangen moeten worden door de wending "met toepassing van". Deze opmerking geldt voor heel het ontwerp. In het ontworpen tweede lid, is de wending "heeft het verbod of de sluiting zijn gevolgen" grammaticaal verkeerd. Het woord "zijn" zou moeten vervallen.

Het besluit is dan ook dat de Nederlandse tekst van het ontwerp van alle taalfouten gezuiverd zou moeten worden.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. LIENARDY,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

J.-M. FAVRESSE,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La
note du Bureau de coordination
a été rédigée et exposée par
Mme F. CARLIER, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT,
auditeur. De nota van het
Coördinatiebureau werd opgesteld
en toegelicht door
Mevr. F. CARLIER, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandaise
a été vérifiée sous le contrôle
de M. P. LIENARDY.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. P. LIENARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS