

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.985/2/V
DU 27 JUILLET 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères, le 1^{er} juillet 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet de loi "portant assentiment à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée à New York le 20 décembre 2006", a donné l'avis suivant :

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

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

Observations générales

1. Afin de permettre au Parlement de se prononcer en toute connaissance de cause, il y a lieu de mentionner plus systématiquement dans l'exposé des motifs si le droit belge actuel, notamment l'article 20 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, le principe du secret de l'instruction, ou les règles en matière d'intérêt à agir, est en conformité avec la Convention soumise à assentiment et, dans la négative, comme il sera adapté.

2. L'article 4 de la Convention oblige tout État partie à prendre les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal.

Si rien ne s'oppose à ce que cette disposition fasse l'objet de l'assentiment des chambres législatives, la manière dont l'auteur de l'avant-projet prévoit d'adapter le Code pénal suscite des interrogations. En effet, l'exposé des motifs précise que

"Une nouvelle infraction, reprenant la définition de la disparition forcée contenue à l'article 2 de la Convention, sera créée dans le Code pénal afin de se conformer à cette obligation".

Or, le Code pénal incrimine déjà :

- les arrestations arbitraires commises par des fonctionnaires (articles 147 et suiv. du Code pénal) ¹;
- l'enlèvement et le recel de mineurs (articles 428 à 430 du Code pénal);
- les arrestations arbitraires commises par des particuliers (articles 434 à 438*bis* du Code pénal).

Il semble que tout fait de disparition forcée constituera en même temps l'une des infractions précitées. Inversement, tout fait constituant l'une des infractions précitées ne constituera pas nécessairement une disparition forcée, compte tenu de ce que celle-ci exige, comme élément constitutif de l'infraction, le "dénî de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve". Ainsi, lorsque l'arrestation arbitraire commise par un fonctionnaire n'est pas tenue secrète, il n'y aura pas de disparition forcée.

La possibilité qu'un même fait constitue plusieurs infractions est certes prévu par l'article 65 du Code pénal qui en règle les conséquences. Comme l'a cependant déjà fait observer la section de législation du Conseil d'État :

"Il n'en demeure pas moins, qu'il est préférable, dans un souci de sécurité juridique, d'éviter un tel concours d'infractions" ².

L'auteur de l'avant-projet est en conséquence invité à expliquer de manière plus précise dans l'exposé des motifs les conséquences qu'auront sur notre Code pénal, et spécialement sur les articles précités, l'introduction de l'incrimination nouvelle de "crime de disparition forcée".

(1) Voir également le Code d'instruction criminelle, livre II, titre VII, chapitre II "des prisons" et chapitre III "Des moyens d'assurer la liberté individuelle contre les détentions illégales ou d'autres actes arbitraires".

(2) Avis 40.285/2, donné le 10 mai 2006 sur un avant-projet de loi "visant à réprimer l'abus de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse des personnes".

Observations particulièresDispositifArticle 9 de la Convention

L'article 9 concerne la compétence territoriale.

Il est fait état à cet égard dans l'exposé des motifs ³ de ce que :

"Le droit belge est conforme à cette exigence, par le biais de l'article 12bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale."

Il conviendrait que l'exposé des motifs soit toutefois complété afin de mieux expliciter la manière dont trouveront à s'appliquer les dispositions du Chapitre II du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, au regard des exigences de la Convention soumise à assentiment.

Article 33 de la Convention

Selon l'exposé des motifs, les visites *in situ* ne peuvent être effectuées qu'à condition que l'État concerné y consente.

Une telle restriction au droit de visite du Comité ne résulte pas clairement de l'article 33 de la Convention.

⁽³⁾ Point 3.1.9. - Compétence extraterritoriale (article 9).

La chambre était composée de

Messieurs	J. VANHAEVERBEEK,	conseiller d'État, président,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

J. VANHAEVERBEEK

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.985/2/V
VAN 27 JULI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede vakantiekamer, op 1 juli 2009 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Buitenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende instemming met het internationaal verdrag inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning, aangenomen te New York op 20 december 2006", heeft het volgende advies gegeven :

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

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

Algemene opmerkingen

1. Opdat het parlement met volledige kennis van zaken kan beslissen, moet in de memorie van toelichting systematischer worden vermeld of het huidige Belgische recht, inzonderheid artikel 20 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, het beginsel van het geheim van het onderzoek of de regels inzake het belang om in rechte op te treden, in overeenstemming is met het voor instemming voorgelegde Verdrag en, indien dit niet het geval is, in welke zin het zal worden aangepast.

2. Artikel 4 van het Verdrag bepaalt dat elke staat die partij is, de nodige maatregelen neemt om te waarborgen dat gedwongen verdwijning een strafbaar feit vormt krachtens zijn strafrecht.

Ofschoon niets eraan in de weg staat dat de wetgevende kamers instemmen met deze bepaling, rijzen vragen omtrent de wijze waarop de steller van het voorontwerp het Strafwetboek wil aanpassen. In de memorie van toelichting staat immers te lezen :

"In het Strafwetboek zal een nieuw strafbaar feit, dat de in artikel 2 van het verdrag bedoelde definitie van gedwongen verdwijning overneemt, worden gecreëerd teneinde deze verplichting na te komen."

In het Strafwetboek worden echter reeds strafbaar gesteld :

- willekeurige aanhoudingen gepleegd door ambtenaren (artikel 147 e.v. van het Strafwetboek) ¹;
- ontvoering en verberging van minderjarigen (artikelen 428 tot 430 van het Strafwetboek);
- willekeurige aanhoudingen gepleegd door bijzondere personen (artikelen 434 tot 438bis van het Strafwetboek).

Het lijkt erop dat ieder feit van gedwongen verdwijning tegelijkertijd een van de voornoemde strafbare feiten zal opleveren. Daarentegen zal elk van de voornoemde strafbare feiten niet noodzakelijk een gedwongen verdwijning opleveren, gelet op de omstandigheid dat geëist wordt, als bestanddeel van dit strafbare feit, "een weigering een dergelijke vrijheidsontneming te erkennen of [...] verhulling van het feit, zelf of van de verblijfplaats van de verdwenen persoon". Aldus is er geen sprake van gedwongen verdwijning indien de willekeurige aanhouding door een ambtenaar, niet geheimgehouden is.

Weliswaar voorziet artikel 65 van het Strafwetboek in de mogelijkheid dat eenzelfde feit verscheidene strafbare feiten oplevert en omschrijft het de gevolgen ervan. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft daaromtrent echter opgemerkt :

"[...] met het oog op de rechtszekerheid is het niettemin verkieslijk een zodanige samenloop van strafbare feiten te mijden" ².

De steller van het voorontwerp wordt derhalve verzocht in de memorie van toelichting nauwkeuriger uiteen te zetten welke gevolgen de invoering van het nieuwe

(1) Zie eveneens het Wetboek van Strafvordering, boek II, titel VII, hoofdstuk II, "Gevangenissen", en hoofdstuk III, "Middelen om de persoonlijke vrijheid te verzekeren tegen wederrechtelijke vrijheidsberoving of andere daden van willekeur".

(2) Advies 40.285/2, op 10 mei 2006 verstrekt omtrent een voorontwerp van wet "tot bestraffing van het misbruik van de onwetendheid of van de zwakke positie van personen".

strafbare feit "misdrijf van gedwongen verdwijning" zal hebben voor ons Strafwetboek, inzonderheid voor de voornoemde artikelen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 9 van het Verdrag

Artikel 9 betreft de bevoegdheid *ratione loci*.

In dit verband lezen we het volgende in de memorie van toelichting ³:

"Het Belgische recht is daarmee in overeenstemming, door middel van artikel 12*bis* van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering."

Het is evenwel zaak de memorie van toelichting aan te vullen, zodat preciezer wordt uiteengezet op welke manier de bepalingen van hoofdstuk II van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering toepassing zullen vinden in het licht van de vereisten van het Verdrag dat voor instemming wordt voorgelegd.

Artikel 33 van het Verdrag

Volgens de memorie van toelichting kan een bezoek *in situ* alleen worden uitgevoerd op voorwaarde dat de betrokken Staat daarmee instemt.

Een zodanige beperking van het bezoekrecht van het Comité vloeit niet duidelijk voort uit artikel 33 van het Verdrag.

⁽³⁾ Punt 3.1.9. - Extraterritoriale rechtsmacht (artikel 9).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. VANHAEVERBEEK,	staatsraad, voorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

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

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

J. VANHAEVERBEEK