



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 57.127/AV
van 24 maart 2015

avis 57.127/AG
du 24 mars 2015

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
versterking van de strijd tegen
het terrorisme'

un avant-projet de loi 'visant à
renforcer la lutte contre le
terrorisme'

Op 13 februari 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen^(*), een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot versterking van de strijd tegen het terrorisme'.

Het voorontwerp is door de algemene vergadering onderzocht op 24 maart 2015. De algemene vergadering was samengesteld uit Yves KREINS, eerste voorzitter van de Raad van State, Marnix VAN DAMME, Pierre LIÉNARDY, Jo BAERT en Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitters, Jan SMETS, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc DETROUX, Bernard BLERO en Kaat LEUS, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Johan PUT, assessoren, Wim GEURTS, griffier, en Michel FAUCONIER, toegevoegd griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Laurence VANCRAYEBECK, Frédéric VANNESTE en Tim CORTHAUT, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 maart 2015.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Le 13 février 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(**), sur un avant-projet de loi 'visant à renforcer la lutte contre le terrorisme'.

L'avant-projet a été examiné par l'assemblée générale le 24 mars 2015. L'assemblée générale était composée de Yves KREINS, premier président du Conseil d'État, Marnix VAN DAMME, Pierre LIÉNARDY, Jo BAERT et Pierre VANDERNOOT, présidents de chambre, Jan SMETS, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc DETROUX, Bernard BLERO et Kaat LEUS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Johan PUT, assesseurs, Wim GEURTS, greffier, et Michel FAUCONIER, greffier assumé.

Les rapports ont été présentés par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, et Laurence VANCRAVEBECK, Frédéric VANNESTE et Tim CORTHAUT, auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 mars 2015.

*

(**) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1.1. Het voorontwerp strekt tot het invoeren van een aantal maatregelen in de strijd tegen het terrorisme, zowel op het vlak van het strafrecht, de strafvervolgning als op het vlak van de nationaliteit.

1.2. Artikel 2 van het voorontwerp creëert twee nieuwe misdaden.

Het ontworpen artikel 140*sexies*, 1° Sw maakt het een misdrijf om (vanuit België) af te reizen naar een ander land met het oog op het plegen, in België of in het buitenland, van een terroristisch misdrijf bedoeld in artikel 137 (met uitzondering van het misdrijf bedoeld in artikel 137, § 3, 6°) of een van de misdrijven bedoeld in de artikelen 140*bis* tot 141 Sw.

Het ontworpen artikel 140*sexies*, 2°, Sw is het spiegelbeeld en maakt het een misdaad om met datzelfde oogmerk vanuit het buitenland naar België af te reizen.

1.3. Artikel 3 van het voorontwerp wijzigt artikel 90*ter*, § 2, 1°*ter*, van het Wetboek van Strafvordering teneinde het af luisteren waarin deze bepaling voorziet, mogelijk te maken voor alle terrorismegerelateerde misdrijven van boek II, titel I*ter*, van het Strafwetboek.

1.4. Hoofdstuk 5 (lees: 4) van het ontwerp wijzigt het wetboek van de Belgische nationaliteit (hierna: WBN) met het oog op het uitbreiden van de gevallen waarin de vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit kan worden uitgesproken. Daartoe wordt de verwijzing naar de terroristische misdrijven (artikelen 137, 138, 139, 140 en 141 Sw) opgesomd in artikel 23/1 WBN geschrapt (artikel 4 van het ontwerp) en wordt een aparte regeling ingevoerd voor alle terrorismegerelateerde misdrijven van boek II, titel I*ter*, van het Strafwetboek in een nieuw artikel 23/2 WBN. De regeling die door de nieuwe ontworpen bepaling wordt ingevoerd, verschilt van de regeling vervat in artikel 23/1 van het WBN doordat ze aan de vervallenverklaring van de nationaliteit niet de voorwaarde verbindt dat er termijn van maximum tien jaar mag liggen tussen het verkrijgen van de Belgische nationaliteit en het plegen van de ten laste gelegde feiten.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. NALEIVING VAN DE FUNDAMENTELE RECHTEN IN HET KADER VAN DE TENUITVOERLEGGING VAN EEN RESOLUTIE VAN DE VEILIGHEIDSRaad VAN DE VERENIGDE NATIES

2. In de memorie van toelichting en in de bespreking die in het bijzonder betrekking heeft op artikel 2 van het ontwerp, wordt erop gewezen dat het voorliggende ontwerp beoogt te voldoen aan de verplichtingen die resolutie 2178 (2014), welke op 24 september 2014 door de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties is aangenomen, aan België oplegt.

De afdeling Wetgeving merkt op dat een dergelijke tenuitvoerlegging de Staten niet vrijstelt van de verplichting de verbintenissen na te leven die ze daarnaast zijn aangegaan inzake de bescherming van de fundamentele rechten en dat ze er dienovereenkomstig voor

moeten zorgen dat de maatregelen van tenuitvoerlegging van de resolutie die ze nemen, met die verbintenissen overeenstemmen.¹

De opmerkingen in dit advies worden in het licht van dat beginsel geformuleerd.

II. VERENIGBAARHEID VAN HET ONTWERPEN ARTIKEL 140SEXIES VAN HET STRAFWETBOEK MET DE FUNDAMENTELE RECHTEN

A. HET LEGALITEITSBEGINSEL

3.1. Het Grondwettelijk Hof heeft recentelijk de strekking van het legaliteitsbeginsel in strafzaken in herinnering gebracht, in het kader van een beroep tot vernietiging ingesteld tegen de bepalingen van de wet van 18 februari 2013 waarbij in het Strafwetboek nieuwe misdrijven worden opgenomen die met terrorisme verband houden² (28 januari 2015, arrest 9/2015, B.13):

“B.13. Door aan de wetgevende macht de bevoegdheid te verlenen om te bepalen in welke gevallen strafvervolgning mogelijk is, waarborgt artikel 12, tweede lid, van de Grondwet aan elke burger dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld dan krachtens regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.

Het wettigheidsbeginsel in strafzaken dat uit de voormelde grondwetsbepaling en internationale bepalingen voortvloeit, gaat bovendien uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het eist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten.

Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet aan de rechter een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen.

Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscollèges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen.

Enkel bij het onderzoek van een specifieke strafbepaling is het mogelijk om, rekening houdend met de elementen eigen aan de misdrijven die zij wil bestraffen, te

¹ Zie in die zin EHRM 12 september 2012, *Nada t. Zwitserland*, inz. §§ 168-171, dat op zijn beurt verwijst naar EHRM 7 juli 2011, *Al-Jedda t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 101-102. Zie tevens EHRM 26 november 2013, *Al Dulimi and Montana Management Inc. t. Zwitserland*. Zie ten slotte CCPR 22 oktober 2008, nr. 1472/2006, bevindingen *Sayadi en Vinck t. België*, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 (2008) en HJEU 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, van 3 september 2008, *Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International Foundation t. Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen*, HJEU 18 juli 2013, C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, van 18 juli 2013, *Europese Commissie en anderen tegen Yassin Abdullah Kadi*.

² Wet van 18 februari 2013 ‘tot wijziging van boek II, titel I ter van het Strafwetboek’.

bepalen of de door de wetgever gehanteerde algemene bewoordingen zo vaag zijn dat ze het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel zouden schenden”.

In hetzelfde arrest wordt voorts het volgende gesteld:

“Wanneer een term door de wetgever niet is gedefinieerd, dient men hem de gebruikelijke betekenis te geven, behoudens wanneer blijkt dat de wetgever van deze gebruikelijke betekenis heeft willen afwijken (Cass., 27 april 1999, *Arr. Cass.*, 1999, I, nr. 242)”.

3.2. Het ontworpen artikel 140sexies van het Strafwetboek roept enige vragen op aangaande het respecteren van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

3.3. Wat het strafbare gedrag betreft (het afreizen naar een andere Staat), dient er overeenstemming te zijn tussen de Nederlandse en Franse tekst. Waar “afreizen” duidt op het begin van een reis, kan “se rendre” inhouden dat men ook op een bepaalde plaats aankomt. Om toelichting hierover gevraagd, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Il reviendra au juge d’apprécier la matérialité des faits. Le terme ‘se rend’ vise le début du déplacement. Il appartiendra au juge de spécifier davantage la notion en fonction du type de transport utilisé. On peut penser que, pour le voyage en avion, l’infraction sera consommée dès que la personne concernée entame les procédures d’embarquement à l’aéroport”.

3.4. Het gebruik van het begrip “een andere Staat” leidt tot wellicht onbedoelde en minstens ongewenste effecten. Onder dat begrip vallen bijvoorbeeld niet-erkende Staten, de volle zee of de ruimte.

Gevraagd naar een verantwoording voor het onderscheid, antwoordt de gemachtigde het volgende:

“Le projet de loi vise à mettre en œuvre la résolution 2178 du Conseil de sécurité du 24 septembre 2014 (§ 6, a. repris ci-dessous) et donc le libellé choisi pour l’art. 140sexies est celui utilisé dans ladite résolution. L’objectif est de viser une personne qui se rend à l’étranger en vue de commettre une infraction terroriste, que l’Etat soit reconnu ou non, etc.

6. Rappelle que, dans sa résolution 1373 (2001), il a décidé que tous les États Membres devaient veiller à ce que toute personne qui participe au financement, à l’organisation, à la préparation ou à la perpétration d’actes de terrorisme ou qui y apporte un appui soit traduite en justice, et décide que tous les États doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permette, proportionnellement à la gravité de l’infraction, d’engager des poursuites et de réprimer :

a) Leurs nationaux qui se rendent ou tentent de se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, et d’autres personnes qui quittent ou tentent de quitter leur territoire pour se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d’organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d’y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme [...].”.

Aangezien het afreizen “naar een andere Staat” een constitutief bestanddeel van het misdrijf is, mag er geen onduidelijkheid zijn over de draagwijdte daarvan. Het kan immers,

gelet op de doelstellingen van het ontwerp, niet de bedoeling zijn om bijvoorbeeld het afreizen naar opleidingskampen in volle zee niet te bestraffen of discussies te krijgen over de vraag of het afreizen naar een grondgebied dat niet de hoedanigheid heeft van Staat of dat niet met zekerheid als Staat kan worden bestempeld om daar een aanslag voor te bereiden wel strafbaar is.

3.5.1. Een laatste aspect betreft de intentie waarmee het afreizen naar het buitenland moet zijn gepleegd, met name het oogmerk om een terroristisch misdrijf te plegen.

3.5.2. Het ontworpen misdrijf stelt *in se* geen loutere intentie of gedachte strafbaar; evenwel situeert het misdrijf zich op de grens van het materiële en het intentionele doordat een alledaagse handeling als reizen of zich verplaatsen strafbaar wordt gesteld indien zulks met een bepaalde intentie gebeurt.

In die omstandigheden is bijzondere waakzaamheid geboden, bij alle etappes van de strafrechtsketen, om te beletten dat het misdrijf een al te ruim toepassingsgebied zou krijgen³. Het spreekt voor zich dat aanhouding, vrijheidsberoving, opsporingsonderzoek, gerechtelijk onderzoek, vervolging en veroordeling slechts mogelijk zijn indien voldoende concrete, gematerialiseerde en objectieveerbare aanwijzingen aanwezig zijn, die een bepaalde graad van ernst vertonen, van de intentie om een terroristisch misdrijf te plegen. Het bewijs van deze elementen valt ten laste van het Openbaar Ministerie en moet door de bevoegde rechters worden beoordeeld. Hierbij mogen geen loutere vermoedens worden gehanteerd die te maken hebben met stereotypes (aangaande afkomst, overtuiging of (gerechtelijk) verleden van de persoon) of met de bestemming van de reis (zie *mutatis mutandis* punt 2, *in fine*, van resolutie 2178/2014).

3.5.3. Het bedoelde oogmerk moet aanwezig zijn op het ogenblik van het afreizen. De gemachtigde antwoordt immers het volgende op de vraag of iemand die naar Turkije afreist om op vakantie te gaan, maar daar plots door een ontmoeting met iemand beslist om naar Syrië af te reizen, onder de toepassing valt van artikel 140sexies:

“Lorsque le but du voyage à l'étranger n'est pas la commission d'une infraction terroriste, l'article 140sexies ne s'appliquera pas”.

3.5.4. De terroristische misdrijven waarnaar wordt verwezen, zijn deze bedoeld in artikel 137 (behalve § 3, 6°) en in 140bis tot 141.

De verantwoording voor het uitsluiten van het misdrijf bedoeld in artikel 137, § 3, 6°, lijkt te liggen in de aard van het daarin omschreven misdrijf, met name de bedreiging met het plegen van een terroristisch misdrijf, nu een dergelijk misdrijf niet gebonden is aan materiële, lokaliseerbare gedragingen. Daarentegen zijn de motieven om artikel 140 van het Strafwetboek uit te sluiten, niet heel duidelijk en zou de steller van het voorontwerp ze beter moeten preciseren en rechtvaardigen, gelet op de opmerking die bovendien in punt 3.5.5 van dit advies is gemaakt.

³ Zie ook Cass. 14 oktober 2014, P.14.0507.N (overw. 67) en Cass. 21 oktober 2014, P.14.0367.N (overw. 9-10): de beginselen van wettigheid en voorspelbaarheid van de strafrechtspleging zijn van toepassing op de hele rechtspleging, met inbegrip van de stadia van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek. Het vereiste van voorspelbaarheid van de strafrechtspleging waarborgt elke burger dat tegen hem enkel een opsporingsonderzoek, een gerechtelijk onderzoek en een vervolging kunnen worden ingesteld volgens een bij de wet vastgestelde procedure waarvan hij vóór de aanwending ervan kennis kan nemen.

Overigens valt op te merken dat, zoals momenteel opgesteld, het ontworpen artikel een “circulaire” verwijzing bevat: de verwijzing naar de artikelen 140*bis* tot 141 omvat immers ook het ontworpen artikel 140*sexies* zelf.

3.5.5. De vraag rijst of hetgeen met de ontworpen bepaling strafbaar wordt gesteld, niet ook vaak zou vallen onder de strafbaarstelling van met name artikel 140 Sw. Ook pogingen om terroristische misdrijven bedoeld in artikel 137 tot 141 Sw te plegen zijn al strafbaar: overeenkomstig artikel 51 Sw bestaat een strafbare poging, wanneer het voornemen om een misdaad of een wanbedrijf te plegen zich heeft geopenbaard door uitwendige daden die een begin van uitvoering van die misdaad of van dat wanbedrijf uitmaken en alleen ten gevolge van omstandigheden, van de wil van de dader onafhankelijk, zijn gestaakt of hun uitwerking hebben gemist.

De gemachtigde antwoordt hierop het volgende:

“L’objectif du projet est de viser une situation non visée jusqu’à présent, à savoir le déplacement à l’étranger en dehors de tout autre acte matériel lié au terrorisme.

L’objectif de l’art. 140*sexies* est de punir le déplacement à l’étranger en vue de commettre une infraction terroriste. L’art. 140*quinquies* vise une personne qui, en Belgique ou à l’étranger, se fait donner des instructions ou suit une formation pour la fabrication ou l’utilisation d’explosifs, d’armes à feu ou d’autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d’autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre l’une des infractions visées à l’article 137 C. pén.

Ces deux comportements précèdent la commission d’une infraction terroriste mais il s’agit de deux comportements différents.

L’article 140*quinquies* vise notamment une personne qui par exemple se rend à l’étranger pour suivre une formation à la fabrication d’explosif pour ensuite utiliser ces nouvelles connaissances pour commettre une infraction terroriste. Dans ce cas, le but d’un tel voyage est de suivre une formation et acquérir de nouvelles compétences pour ensuite commettre une infraction terroriste. Il y a une étape supplémentaire par rapport à l’art. 140*sexies*.

Une personne qui se rend à l’étranger en vue de commettre une infraction terroriste (art. 140*sexies*) ne passe pas forcément par l’étape de ‘l’apprentissage’ visée à l’art. 140*quinquies*.

Pour rappel, la formation visée à l’art. 140*quinquies* ne doit pas forcément être suivie à l’étranger.

En outre, comme pour toutes les autres infractions pénales, un concours d’infraction peut survenir. Dans ce cas, l’article 65 du Code pénal, applicable au concours d’infraction, sera susceptible de régler cette situation”.

Hiermee wordt nog geen concreet voorbeeld gegeven van een situatie die niet strafbaar is onder artikel 140 Sw, maar wel onder het ontworpen artikel 140*sexies* Sw. Zulks belet niet dat het ontworpen artikel juridisch mogelijk is, vanuit de wens van de steller van het voorontwerp om absolute zekerheid te hebben dat het geviseerde gedrag (ook) strafbaar is. Zo kan worden voorgehouden dat het momenteel niet geheel duidelijk is wanneer er een poging tot het misdrijf bedoeld in artikel 140 zou bestaan, en of afreizen al beantwoordt aan de vereiste dat er een begin van materiële uitvoering van het misdrijf zelf is.

3.6. Gelet op de voorgaande overwegingen, moet de steller van het voorontwerp het werkwoord “se rend” (“afreist”) in het ontworpen artikel 140sexies, 1° en 2°, verduidelijken, waarbij hoe dan ook moet worden gezorgd voor de overeenstemming tussen de twee taalversies van de tekst, en moet hij nagaan of het begrip “andere Staat” in het ontworpen artikel 140sexies, 1°, wel degelijk overeenstemt met alle situaties die dat begrip beoogt te dekken. Bijvoorbeeld, zou men de uitdrukking “het nationaal grondgebied verlaten” (“quitter le territoire national”) kunnen gebruiken, waarbij deze gedraging geacht wordt te starten op het ogenblik dat men op het nationaal grondgebied een reis aanvat (of, wat de strafbare poging betreft, tracht aan te vatten) die leidt naar een bestemming buiten het grondgebied.

De steller van het voorontwerp wordt ook gesuggereerd in de memorie van toelichting te vermelden om welke redenen sommige misdrijven al dan niet buiten de verwijzingen vallen die vervat zijn in het ontworpen artikel 140sexies en duidelijk te maken wat het verschil is tussen de nieuwe strafbaarstelling die in deze nieuw ontworpen bepaling aan de orde is en de strafbare poging om die misdrijven te plegen.

B. BEPERKING VAN DE VRIJHEID VAN VERPLAATSING

4.1. Het ontworpen artikel 2 houdt een beperking in van het vrij verkeer van personen, dat onder meer door artikel 2 van aanvullend protocol nr. 4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens wordt gewaarborgd. Dat artikel luidt als volgt:

“1. Een ieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, heeft binnen dat grondgebied het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen.

2. Een ieder heeft het recht welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten.

3. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden gebonden dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid of van de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

4. De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaalde omschreven gebieden, worden onderworpen aan beperkingen die bij de wet zijn voorzien en gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving”.

4.2.1. Uit die bepaling vloeit voort dat een beperking van het vrij verkeer “bij de wet [moet] zijn voorzien”, noodzakelijk moet zijn alsook evenredig met het wettig doel dat ze nastreeft.

4.2.2. De vraag of de opgelegde beperking is “voorzien bij de wet” in de zin van de voornoemde bepaling, valt samen met de vraag die behandeld wordt in de punten 3.1 tot 3.6 van dit advies waarnaar verwezen wordt.

4.2.3. Die beperking streeft ontegenzeggelijk een van de doelstellingen na die in lid 3 van artikel 2 van aanvullend protocol nr. 4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens

worden aangegeven, te weten de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde of nog de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

4.2.4. De beperking kan voorts worden beschouwd als noodzakelijk voor die doelstelling.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State vestigt echter de aandacht van de steller van het voorontwerp op het feit dat de nieuwe ontworpen tekst niet toepasselijk kan zijn op alle verplaatsingen die naar het buitenland of naar België zouden worden gedaan met het oog op het plegen van de categorieën van daden die concreet worden vermeld in de artikelen 137 (met uitzondering van het misdrijf bedoeld in artikel 137, § 3, 6°) en 140*bis* tot 141 Sw. Titel I van boek II van het Strafwetboek – waartoe het ontworpen artikel 140*sexies* behoort – is luidens artikel 141*bis* van datzelfde Wetboek immers niet toepasselijk “op handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict als gedefinieerd in en onderworpen aan het internationaal humanitair recht, noch op de handelingen van de strijdkrachten van een Staat in het kader van de uitoefening van hun officiële taken, voor zover die handelingen onderworpen zijn aan andere bepalingen van internationaal recht”. Daaruit vloeit voort dat een persoon die zich naar het buitenland begeeft om deel te nemen aan activiteiten van groepen die kunnen worden beschouwd als “strijdkrachten” in de zin van het voornoemde artikel 141*bis*,⁴ niet louter om die reden kan worden vervolgd, met toepassing van het ontworpen artikel 140*sexies* van het Strafwetboek.

4.2.5. In sommige gevallen zal iemand die daadwerkelijk deze of gene terroristische daad pleegt, eenzelfde straf oplopen⁵ als iemand die zich naar het buitenland of naar België heeft begeven teneinde dezelfde daad te plegen, zelfs indien de daad in kwestie om een of andere reden uiteindelijk niet is gesteld. Of de strafrechtelijke bestraffing die aldus door het ontworpen artikel 140*sexies* van het Strafwetboek mogelijk wordt gemaakt, verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel, moet op een alomvattende manier beoordeeld en gerechtvaardigd worden, in het licht van de mogelijke samenhang van dat artikel met andere ontworpen wetgevende bepalingen die op een soortgelijke wijze maar met andere middelen het vrij verkeer van personen in het kader van de strijd tegen het terrorisme beogen te beperken.⁶

⁴ Over de correcte kwalificatie van het begrip “buitenlandse strijders” in het internationaal recht en de complexe afbakening met terroristische misdrijven, zie Geneva Academy, *Foreign Fighters under International Law*, Academy Briefing n° 7, October 2014, <http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Foreign%20Fighters%20Under%20International%20Law%20Briefing%20no7.pdf>

⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 140*ter* van het Strafwetboek dat iedere persoon die “een andere persoon werft voor het plegen van een van de in artikel 137 of in artikel 140 bedoelde misdrijven, met uitzondering van het in artikel 137, § 3, 6°, bedoelde misdrijf” straft met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar en met een geldboete van honderd euro tot vijfduizend euro.

⁶ Zie het voorontwerp van wet ‘houdende wijziging van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, de identiteitskaarten, de vreemdelingenkaarten en de verblijfsdocumenten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen’ en het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van het consulaire wetboek’, ingeschreven op de rol van de verenigde kamers van de afdeling Wetgeving van de Raad van State respectievelijk onder de nummers 57.196/VR en 57.237/VR (zitting van 31 maart 2015).

C. VERENIGBAARHEID VAN HET ONTWERPEN ARTIKEL 23/2 VAN HET WETBOEK VAN DE BELGISCHE NATIONALITEIT MET DE FUNDAMENTELE RECHTEN

5.1. De maatregel tot vervallenverklaring van de nationaliteit moet voldoen aan een evenredigheidsvereiste, inzonderheid omdat deze indirecte inbreuken op andere fundamentele rechten kan veroorzaken of mogelijk maken.⁷ Bovendien moeten de regels van gelijkheid en niet-discriminatie die inzonderheid gewaarborgd worden door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en door artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, nageleefd te worden.

Vooreerst staan de regels van gelijkheid en niet-discriminatie eraan in de weg dat vergelijkbare categorieën van personen verschillend behandeld worden, tenzij dit objectief en redelijk te verantwoorden is. Zoals bevestigd door de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zijn verschillen in behandeling inzake vervallenverklaring van de nationaliteit dus niet verboden, mits ze berusten op een dergelijke verantwoording⁸. Voorts staan de regels van gelijkheid en niet-discriminatie eraan in de weg dat categorieën van personen die zich in niet-vergelijkbare situaties bevinden, op dezelfde manier behandeld worden, tenzij dit objectief en redelijk te verantwoorden is.⁹

5.2.1. In het licht van de aldus in herinnering gebrachte beginselen geeft het ontworpen dispositief aanleiding tot de volgende opmerkingen.

5.2.2. Het voorliggende ontwerp brengt geen wijzigingen aan in de regeling die thans vervat is in artikel 23, § 1, 2°, van het WBN, dat het mogelijk maakt om degenen die “ernstig tekortkomen aan hun verplichtingen als Belgische burger”, van de Belgische nationaliteit vervallen te verklaren. De aldus bij artikel 23, § 1, 2°, van het WBN ingevoerde regeling inzake de vervallenverklaring verschilt van de regeling waarin het ontworpen artikel 23/2 voorziet, zowel wat betreft de werkingssfeer *ratione personae*¹⁰ als wat betreft de ingestelde juridische

⁷ Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen, *Mapping Statelessness in Belgium*, oktober 2012, § 602 (over artikel 8 van het Verdrag tot beperking der staatloosheid: “These provisions are exceptions to a general rule and should therefore be interpreted narrowly. In applying these exceptions, the principle of proportionality also applies, that is, the gravity of act must be weighed against the impact of the deprivation on the individual”). Zie ook HJEU, 2 maart 2010, C-135/08, *Rottmann t. Freistaat Bayern*, inz. §§ 55 e.v., en bij analogie EHRM, 11 oktober 2011, *Genovese t. Malta*, § 33: “[...] even in the absence of family life, the denial of citizenship may raise an issue under Article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person’s social identity. Citizenship is not as such a convention right and while its denial in the present case was not such as to give rise to a violation of Article 8, the court considers that its impact on the applicant’s social identity was such as to bring it within the general scope and ambit of that Article”.

⁸ Zie GH 14 mei 2009, nr. 85/2009, B.7: “Onder voorbehoud van een kennelijk onredelijke beoordeling, behoort het tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever te beslissen welke categorieën van Belgen het voorwerp van een maatregel tot vervallenverklaring kunnen uitmaken en welke categorieën van die mogelijkheid moeten worden uitgesloten”.

⁹ GH 16 juni 2004, nr. 106/2004, B.14; EHRM, 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland*, § 44.

¹⁰ Artikel 23, § 1, 2°, van het WBN laat toe de nationaliteit vervallen te verklaren ten aanzien van de “Belgen die hun nationaliteit niet hebben verkregen van een ouder of een adoptant die Belg was op de dag van hun geboorte en de Belgen wier nationaliteit niet werd toegekend op grond van artikel 11, [van het WBN]”. Het ontworpen artikel 23/2 is daarentegen, naar het voorbeeld van het huidige artikel 23/1 van het WBN, minder restrictief aangezien het toelaat de nationaliteit vervallen te verklaren ten aanzien van de “Belgen die hun nationaliteit niet hebben verkregen van een ouder of een adoptant die Belg was op de dag van hun geboorte en van Belgen wier nationaliteit niet werd toegekend op grond van artikel 11, § 1, eerste lid, 1° en 2° [van het WBN]” (cursivering van de Raad van State). Zie omtrent het verschil in behandeling, dat *de lege lata* kenmerkend is voor de regelingen die respectievelijk ingevoerd zijn bij de artikelen 23, § 1, 2°, en 23/1 van het WBN, de kritische opmerkingen van P. Wautelet, “La nationalité

procedure (zo bepaalt artikel 23, § 3, van het WBN dat het hof van beroep exclusief bevoegd is) en de waarborgen die eraan verbonden zijn (inzonderheid de ontstentenis van rechtspraak in twee instanties, die in de regeling van artikel 23 nauw samenhangt met de exclusieve bevoegdheid van het hof van beroep).

Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State er reeds op heeft gewezen in haar advies 49.941/AG/2 van 16 en 23 augustus 2011 over wat het thans geldende artikel 23/1 van het WBN zou worden¹¹, leveren dergelijke verschillen in regeling problemen op en kunnen ze aanleiding geven tot inconsistenties en discriminaties ten aanzien van strafrechtelijke feiten die uitdrukkelijk genoemd worden in de ontworpen artikelen 23/1 en 23/2 van het WBN, maar die tegelijkertijd kunnen worden aangemerkt als “tekortkomingen aan de verplichtingen als Belgische burger” in de zin van artikel 23, § 1, 2° van hetzelfde Wetboek. Rekening houdend met de recente rechtspraak is dat juist het geval bij terroristische feiten.¹²

De regelingen inzake vervallenverklaring van de nationaliteit zoals, enerzijds bedoeld in artikel 23, § 1, 2°, van het WBN, en anderzijds in de ontworpen artikelen 23/1 en 23/2 van hetzelfde Wetboek, moeten dan ook beter op elkaar afgestemd worden om te vermijden dat de overlapping van hun respectieve werkingssferen zou leiden tot inconsistenties en discriminaties.

5.2.3. In het ontworpen artikel 23/2 van het WBN wordt voor terroristische misdrijven een strengere regeling inzake vervallenverklaring van de nationaliteit ingevoerd dan die welke in stand wordt gehouden in artikel 23/1, zoals het gewijzigd wordt bij artikel 4 van het ontwerp; in dit geval geldt de “verjaringstermijn” van tien jaar niet in de vervallenverklaringsregeling die bij dat artikel 23/2 wordt ingevoerd.

Deze verstrenging zou volgens de uitleg van de gemachtigde verantwoord zijn door “le degré particulièrement élevé de gravité des infractions visées”.

De steller van het voorontwerp zou echter in staat moeten zijn om de verantwoording van het aldus gemaakte verschil in behandeling aan te vullen in het licht van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie. De hogere graad van ernst van de misdrijven die vermeld worden in het ontworpen artikel 23/2 van het WBN, blijkt in ieder geval niet enkel uit de vergelijking tussen de straffen die staan op die misdrijven en de straffen die staan op de misdrijven die vermeld worden in artikel 23/1 van het WBN, zoals het gewijzigd wordt bij artikel 4 van het voorontwerp. Zo wordt bijvoorbeeld de aanslag op het leven of op de persoon van de Koning, zoals bedoeld in artikel 23/1 van het WBN, gestraft met levenslange opsluiting (artikel 101 van het Strafwetboek), terwijl het werven van een persoon voor het plegen van een terroristisch misdrijf, zoals het valt binnen de werkingssfeer van het ontworpen artikel 23/2 van het WBN, enkel gestraft wordt met een opsluiting van vijf tot tien jaar en een geldboete van

belge en 2014 – L'équilibre enfin trouvé?”, *Droit de l'immigration et droit de la nationalité : fondamentaux et actualités*, CUP, deel 151, Brussel, Larcier 2014, 340-341.

¹¹ Advies 49.941/AG/2 van 16 en 23 augustus 2011 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit teneinde het verkrijgen van de Belgische nationaliteit migratieneutraal te maken’, *Parl.St. Kamer*, 2010-11, 53-476/11, 30.

¹² Zie de rechtspraak geciteerd door het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen, *Mapping Statelessness in Belgium*, oktober 2012, § 611.

honderd tot vijfduizend euro (artikel 140^{ter} van het Strafwetboek). Een soortgelijke vraag rijst inzonderheid met betrekking tot de verwijzing in artikel 23/1, § 1, 1°, van het WBN naar de artikelen 136^{bis} tot 136^{septies} van het Strafwetboek die sancties stellen op ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht: welke verwijzing ontbreekt in het ontworpen artikel 23/2.

5.2.4. Luidens het ontworpen artikel 23/2 ten slotte, bestaat voor alle misdrijven van boek II, titel I^{ter} van het Strafwetboek de mogelijkheid dat de vervallenverklaring van de nationaliteit wordt uitgesproken. Zoals trouwens in de memorie van toelichting wordt gesteld, hoeft het geen betoog dat de daadwerkelijke uitspraak van die vervallenverklaring niet automatisch mag geschieden, maar dat er rekening gehouden moet worden met de mogelijke gevolgen van die vervallenverklaring in het concrete geval, rekening houdend met de rechten en fundamentele vrijheden die inzonderheid gewaarborgd worden door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1.1. L'avant-projet a pour objet d'instaurer une série de mesures visant à lutter contre le terrorisme, tant sur le plan du droit pénal et des poursuites pénales que sur celui de la nationalité.

1.2. L'article 2 de l'avant-projet crée deux nouvelles incriminations.

L'article 140sexies, 1°, en projet du Code pénal incrimine le fait de se rendre (depuis la Belgique) dans un autre État en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction terroriste visée à l'article 137 (à l'exception de celle visée à l'article 137, § 3, 6°) ou d'une des infractions visées aux articles 140bis à 141 du Code pénal.

L'article 140sexies, 2°, en projet du Code pénal, symétrique au 1° en projet, incrimine le fait de se rendre en Belgique depuis l'étranger avec cette même intention.

1.3. L'article 3 de l'avant-projet modifie l'article 90ter, § 2, 1^{er}, du Code d'instruction criminelle afin d'autoriser les écoutes prévues par cette disposition pour toutes les infractions relatives au terrorisme faisant l'objet du livre II, titre I^{er}ter, du Code pénal.

1.4. Le chapitre 5 (lire : 4) de l'avant-projet modifie le Code de la nationalité belge (ci-après : CNB) en vue d'étendre les cas dans lesquels la déchéance de la nationalité belge peut être prononcée. À cet effet, la référence aux infractions terroristes (articles 137, 138, 139, 140 et 141 du Code pénal) que contient l'article 23/1 du CNB est supprimée (article 4 du projet) et un nouvel article 23/2 du CNB arrête un régime distinct pour toutes les infractions relatives au terrorisme mentionnées au livre II, titre I^{er}ter, du Code pénal. Le régime mis en place par la nouvelle disposition en projet diffère de celui contenu dans l'article 23/1 du CNB en ce qu'il ne conditionne pas la déchéance de nationalité par la fixation d'un délai maximal de dix années entre l'obtention de la nationalité belge et la commission des faits reprochés.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE CADRE DE LA MISE EN ŒUVRE D'UNE RÉOLUTION DU CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES

2. Ainsi que le soulignent l'exposé des motifs et le commentaire spécifiquement dédié à son article 2, le projet à l'examen vise à mettre en œuvre les obligations imparties à la Belgique par la résolution 2178 (2014) adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 24 septembre 2014.

La section de législation rappelle que, dans le cadre d'une telle mise en œuvre, les États ne sont pas dispensés du respect des engagements qu'ils ont parallèlement souscrits en matière de protection des droits fondamentaux et qu'ils doivent en conséquence faire en sorte que les mesures d'exécution de la résolution qu'ils adoptent soient conformes auxdits engagements ¹.

C'est à l'aune de ce principe que sont formulées les observations du présent avis.

II. LA COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE 140SEXIES EN PROJET DU CODE PÉNAL AVEC LES DROITS FONDAMENTAUX

A. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

3.1. La portée du principe de légalité en matière criminelle a été rappelée récemment par la Cour constitutionnelle dans le cadre du recours en annulation formé contre les dispositions de la loi du 18 février 2013 ayant inséré dans le Code pénal de nouvelles infractions relatives au terrorisme ² (arrêt 9/2015, 28 janvier 2015, B.13) :

« B.13. En attribuant au pouvoir législatif la compétence de déterminer dans quels cas des poursuites pénales sont possibles, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

En outre, le principe de légalité en matière pénale qui découle des dispositions constitutionnelle et internationales précitées procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation.

Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

¹ Voir en ce sens Cour eur. D.H., arrêt *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, spéc. §§ 168 à 171, se référant lui-même à Cour eur. D.H., arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, §§ 101-102. Voir également Cour eur. D.H., arrêt *Al Dulimi and Montana Management Inc. c. Suisse*, 26 novembre 2013. Voir enfin Com. D.H., n° 1472/2006, *Constatations Sayadi et Vincke c. Belgique*, 22 octobre 2008, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006(2008), et C.J.U.E., aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, arrêt du 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C.J.U.E., C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, arrêt du 18 juillet 2013, *Commission européenne et autres contre Yassin Abdullah Kadi*.

² Loi du 18 février 2013 'modifiant le livre II, titre Ierter du Code pénal'.

Ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible de déterminer, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale ».

Le même arrêt énonce encore que,

« [L]orsqu'un terme n'est pas défini par le législateur, il y a lieu de lui donner son sens usuel, sauf lorsqu'il apparaît que le législateur a voulu s'en écarter (Cass., 27 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 242) ».

3.2. L'article 140sexies, en projet, du code pénal, soulève quelques questions en ce qui concerne le respect du principe de légalité en matière pénale.

3.3. En ce qui concerne le comportement infractionnel (le fait de se rendre dans un autre État), il y a lieu d'assurer la concordance entre les textes français et néerlandais. Alors que « afreizen » indique le commencement d'un déplacement, « se rendre » peut impliquer qu'on arrive également à un endroit déterminé. Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« Il reviendra au juge d'apprécier la matérialité des faits. Le terme 'se rend' vise le début du déplacement. Il appartiendra au juge de spécifier davantage la notion en fonction du type de transport utilisé. On peut penser que, pour le voyage en avion, l'infraction sera consommée dès que la personne concernée entame les procédures d'embarquement à l'aéroport ».

3.4. Le recours à la notion « un autre État » conduit à des effets sans doute non pertinents et à tout le moins non souhaités. Cette notion n'englobe par exemple pas les États non reconnus, la haute mer ou l'espace.

Invité à justifier la distinction, le délégué a répondu ce qui suit :

« Le projet de loi vise à mettre en œuvre la résolution 2178 du Conseil de sécurité du 24 septembre 2014 (§ 6, a. repris ci-dessous) et donc le libellé choisi pour l'art. 140sexies est celui utilisé dans ladite résolution. L'objectif est de viser une personne qui se rend à l'étranger en vue de commettre une infraction terroriste, que l'État soit reconnu ou non, etc.

6. Rappelle que, dans sa résolution 1373 (2001), il a décidé que tous les États Membres devaient veiller à ce que toute personne qui participe au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apporte un appui soit traduite en justice, et décide que tous les États doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permette, proportionnellement à la gravité de l'infraction, d'engager des poursuites et de réprimer :

a) Leurs nationaux qui se rendent ou tentent de se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, et d'autres personnes qui quittent ou tentent de quitter leur territoire pour se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme [...] ».

Dès lors que le fait de se rendre « dans un autre État » est un élément constitutif de l'infraction, il ne peut pas y avoir d'ambiguïté relativement à sa portée. Eu égard aux objectifs du

projet, l'intention ne peut en effet pas consister, par exemple, à ne pas punir le fait de se rendre dans des camps d'entraînement en haute mer ou de devoir débattre de la question de savoir s'il est ou non punissable de se rendre, en vue d'y préparer un attentat, dans un territoire n'ayant pas la qualité d'État ou pour lequel pareille qualification est douteuse.

3.5.1. Un dernier aspect concerne l'intention dans laquelle la personne se rend à l'étranger, à savoir celle de commettre une infraction terroriste.

3.5.2. En tant que telle, l'infraction en projet ne porte pas sur une simple intention ou idée ; l'infraction se situe toutefois à la frontière du matériel et de l'intentionnel en ce qu'un acte banal comme celui de voyager ou de se déplacer est incriminé s'il est accompli dans une certaine intention.

Dans ces conditions, une vigilance particulière s'impose à toutes les étapes de la chaîne pénale afin d'éviter que l'infraction se voie attribuer un champ d'application trop large³. Il va sans dire qu'une arrestation, une privation de liberté, une information, une instruction, des poursuites et une condamnation ne sont possibles que s'il existe suffisamment d'indices concrets, matérialisés et objectivables, présentant un certain degré de gravité, de l'intention de commettre une infraction terroriste. La preuve de ces éléments doit être apportée par le ministère public et appréciée par les juges compétents. À cet égard, on ne peut avoir recours à de simples présomptions ayant trait à des stéréotypes (concernant l'origine, les convictions, ou le passé (judiciaire) de la personne) ou à la destination du voyage (voir *mutatis mutandis* le point 2, *in fine*, de la résolution 20178/2014).

3.5.3. L'intention visée doit être présente au moment du départ. En effet, à la question de savoir si quelqu'un qui se rend en Turquie pour y passer des vacances, mais qui, brusquement, à la suite d'une rencontre, décide de se rendre en Syrie, tombe sous l'application de l'article 140sexies, le délégué a répondu ce qui suit :

« Lorsque le but du voyage à l'étranger n'est pas la commission d'une infraction terroriste, l'article 140sexies ne s'appliquera pas ».

3.5.4. Les infractions terroristes auxquelles il est fait référence sont celles mentionnées à l'article 137 (à l'exception du § 3, 6°) et aux articles 140bis à 141.

Il semble que la justification de l'exclusion de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6°, réside dans la nature de l'infraction qui y est définie, à savoir la menace d'une infraction terroriste, dès lors qu'une telle infraction n'est pas liée à des comportements matériels pouvant être localisés. Les motifs visant à exclure l'article 140 du Code pénal ne sont par contre pas très clairs et devraient être mieux explicités et justifiés par l'auteur de l'avant-projet, compte tenu de ce qui est par ailleurs observé au point 3.5.5 du présent avis.

³ Voir également Cass., 14 octobre 2014, P. 14.0507. N. (cons. 67) et Cass., 21 octobre 2014, P. 14.0367. N (cons. 9-10) : les principes de légalité et de prévisibilité de la procédure pénale sont applicables à l'ensemble de la procédure, y compris aux stades de l'information et de l'instruction judiciaire. La condition de prévisibilité de la procédure pénale garantit à chaque citoyen qu'il ne peut faire l'objet d'une information, d'une instruction judiciaire ou de poursuites qu'en vertu d'une procédure établie par la loi dont il peut prendre connaissance avant qu'elles soient engagées.

Il faut au demeurant constater que, telle qu'elle est actuellement rédigée, la disposition en projet comporte une référence circulaire : la référence aux articles 140bis à 141 comprend en effet aussi une référence à l'article 140sexies en projet lui-même.

3.5.5. La question se pose de savoir si ce que la disposition en projet incrimine ne serait pas aussi souvent appréhendé, notamment, par l'incrimination prévue à l'article 140 du Code pénal. Les tentatives de commettre des infractions terroristes visées aux articles 137 à 141 du Code pénal sont également déjà punissables : selon l'article 51 du Code pénal, il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

À ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« L'objectif du projet est de viser une situation non visée jusqu'à présent, à savoir le déplacement à l'étranger en dehors de tout autre acte matériel lié au terrorisme.

L'objectif de l'art. 140sexies est de punir le déplacement à l'étranger en vue de commettre une infraction terroriste. L'art. 140quinquies vise une personne qui, en Belgique ou à l'étranger, se fait donner des instructions ou suit une formation pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre l'une des infractions visées à l'article 137 C. pén.

Ces deux comportements précèdent la commission d'une infraction terroriste mais il s'agit de deux comportements différents.

L'article 140quinquies vise notamment une personne qui par exemple se rend à l'étranger pour suivre une formation à la fabrication d'explosif pour ensuite utiliser ces nouvelles connaissances pour commettre une infraction terroriste. Dans ce cas, le but d'un tel voyage est de suivre une formation et acquérir de nouvelles compétences pour ensuite commettre une infraction terroriste. Il y a une étape supplémentaire par rapport à l'art. 140sexies.

Une personne qui se rend à l'étranger en vue de commettre une infraction terroriste (art. 140sexies) ne passe pas forcément par l'étape de 'l'apprentissage' visée à l'art. 140quinquies.

Pour rappel, la formation visée à l'art. 140quinquies ne doit pas forcément être suivie à l'étranger.

En outre, comme pour toutes les autres infractions pénales, un concours d'infraction peut survenir. Dans ce cas, l'article 65 du Code pénal, applicable au concours d'infraction, sera susceptible de régler cette situation ».

Ces précisions ne donnent toujours pas d'exemple d'une situation qui n'est pas punissable sur le fondement de l'article 140 du Code pénal mais qui l'est par contre en vertu de l'article 140sexies en projet du même Code. Il n'en demeure pas moins que l'article en projet est juridiquement envisageable pour répondre au souhait de l'auteur de l'avant-projet d'avoir la certitude absolue que le comportement visé est (également) punissable. On peut ainsi soutenir que, pour l'heure, on n'aperçoit pas clairement quand il y a une tentative d'infraction visée à l'article 140 et si entreprendre un déplacement répond déjà à la condition d'un commencement d'exécution matérielle de l'infraction elle-même.

3.6. Eu égard aux considérations qui précèdent, il appartient à l'auteur de l'avant-projet, à l'article 140sexies, 1° et 2°, en projet, de préciser le verbe « se rend » (« afreist ») en assurant en tout état de cause la concordance entre les deux versions linguistiques du texte, et de vérifier si, à l'article 140sexies, 1°, en projet, la notion d'« autre État » correspond bien à l'ensemble des situations qu'il entend appréhender. L'expression « quitter le territoire national » (« het nationaal grondgebied verlaten ») pourrait être utilisée, ce comportement étant réputé commencer au moment où l'on entame un voyage sur le territoire national (ou, s'agissant de la tentative punissable, où l'on tente de l'entamer), qui conduit vers une destination située en dehors du territoire.

Il est également suggéré à l'auteur de l'avant-projet de mentionner dans l'exposé des motifs ce qui justifie que certaines infractions sont ou non exclues des renvois contenus dans l'article 140sexies en projet et de clarifier la différence entre l'incrimination nouvelle portée par cette nouvelle disposition en projet et la tentative punissable de ces infractions.

B. LA RESTRICTION À LA LIBERTÉ DE CIRCULATION

4.1. L'article 2 en projet comporte une restriction à la libre circulation des personnes, laquelle est entre autres garantie par l'article 2 du quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Cet article dispose ce qui suit :

« 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique ».

4.2.1. Il ressort de cette disposition qu'une restriction à la libre circulation doit être « prévue par la loi » et doit être nécessaire et proportionnée par rapport à l'objectif légitime qui lui est assigné.

4.2.2. La question de savoir si la restriction imposée est « prévue par la loi », au sens de la disposition précitée, se confond avec celle traitée aux points 3.1 à 3.6 du présent avis, auxquels il est fait renvoi.

4.2.3. Le but assigné à cette restriction est incontestablement de ceux qu'énonce le paragraphe 3 de l'article 2 du quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir la sécurité nationale, la sûreté publique, le maintien de l'ordre public ou encore la protection des droits et libertés d'autrui.

4.2.4. La restriction peut par ailleurs être considérée comme nécessaire par rapport à ce but.

La section de législation du Conseil d'État attire cependant l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur le fait que le nouveau dispositif en projet ne pourra pas trouver à s'appliquer à tous les déplacements qui seraient effectués vers l'étranger ou à destination de la Belgique en vue de commettre les catégories d'actes matériellement visés par les articles 137 (à l'exception de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6°) et 140bis à 141 du Code pénal. En effet, le titre I^{er} du livre II du Code pénal – qui inclut l'article 140sexies en projet – n'est, selon l'article 141bis du même Code, pas d'application « aux activités des forces armées en période de conflit armé, tels que définis et régis par le droit international humanitaire, ni aux activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pour autant qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international ». Il s'en déduit que, si une personne se rend à l'étranger aux fins de prendre part à des activités de groupes susceptibles d'être qualifiés de « forces armées » au sens de l'article 141bis précité⁴, elle ne pourra pas être poursuivie, pour ce seul motif, en application de l'article 140sexies du Code pénal en projet.

4.2.5. Dans certains cas, la peine encourue par celui qui commet effectivement tel ou tel acte terroriste sera identique⁵ à celle qu'encourra celui qui s'est déplacé vers l'étranger ou à destination de la Belgique en vue de commettre le même acte, et ce, même si l'acte en question n'a finalement pas été commis pour une quelconque raison. La compatibilité avec le principe de proportionnalité de la répression pénale que permet ainsi l'article 140sexies en projet du Code pénal doit être appréciée et justifiée de manière globale, à la lumière de sa combinaison possible avec d'autres dispositifs législatifs en projet⁶ qui semblablement visent à restreindre par d'autres biais la liberté de circulation des personnes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

C. LA COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE 23/2 EN PROJET DU CODE DE LA NATIONALITÉ BELGE AVEC LES DROITS FONDAMENTAUX

5.1. La mesure de déchéance de nationalité doit obéir à un impératif de proportionnalité, notamment en raison des atteintes indirectes à d'autres droits fondamentaux qu'elle peut occasionner ou rendre possible⁷. Il s'impose par ailleurs de respecter les règles

⁴ En ce qui concerne la correcte qualification de la notion de combattants étrangers en droit international et la détermination complexe des infractions terroristes, voir Académie de Genève, *Foreign Fighters under International Law*, Academy Briefing n° 7, octobre 2014, <http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/Briefings%20and%20In%20breifs/Foreign%20Fighters%20Under%20International%20Law%20Briefing%20no7.pdf>.

⁵ Voir par exemple l'article 140ter du Code pénal qui punit aussi d'une peine de réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de cent euros à cinq mille euros, celui qui « recrute une autre personne pour commettre l'une des infractions visées à l'article 137 ou à l'article 140, à l'exception de celle visée à l'article 137, § 3, 6° ».

⁶ Voir l'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques' et l'avant-projet de loi 'modifiant le Code consulaire', inscrits au rôle des chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État respectivement sous les numéros 57.196/VR et 57.237/VR (séance du 31 mars 2015).

⁷ Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Mapping Statelessness in Belgium*, octobre 2012, § 602 (à propos de l'article 8 de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie : « These provisions are exceptions to a general rule and should therefore be interpreted narrowly. In applying these exceptions, the principle of

d'égalité et de non-discrimination, telles que garanties notamment par les articles 10 et 11 de la Constitution et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les règles d'égalité et de non-discrimination s'opposent tout d'abord à ce qu'il soit fait une différence de traitement entre catégories de personnes comparables, sauf justification objective et raisonnable. Comme le confirme la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les différences de traitement en matière de déchéance de nationalité ne sont donc pas interdites, pourvu qu'elles reposent sur une telle justification⁸. Les règles d'égalité et de non discrimination s'opposent par ailleurs à ce que des catégories de personnes se trouvant dans des situations non comparables soient traitées de manière identique, sauf justification objective et raisonnable⁹.

5.2.1. À la lumière des principes ainsi rappelés, le dispositif en projet appelle les observations suivantes.

5.2.2. Le projet à l'examen laisse inchangé le dispositif actuellement contenu dans l'article 23, § 1^{er}, 2°, du CNB, qui permet de déchoir de leur nationalité ceux qui « manquent gravement à leurs devoirs de citoyen belge ». Le régime de déchéance ainsi mis en place par l'article 23, § 1^{er}, 2°, du CNB diffère de celui que prévoit l'article 23/2 en projet, tant en ce qui concerne son champ d'application *ratione personae*¹⁰ qu'en ce qui concerne la procédure juridictionnelle mise en place (l'article 23, § 3, du CNB prévoit ainsi la compétence exclusive de la Cour d'appel) et les garanties qui l'entourent (notamment l'absence de double degré de juridiction, liée à la compétence exclusive de la Cour d'appel dans le régime de l'article 23).

Ainsi que l'a déjà souligné la section de législation du Conseil d'État dans son avis 49.941/AG/2 des 16 et 23 août 2011 rendu à propos de ce qui allait devenir l'actuel article 23/1 du Code de la nationalité¹¹, de telles différences de régime suscitent des difficultés et

proportionality also applies, that is, the gravity of act must be weighed against the impact of the deprivation on the individual »). Voir également C.J.U.E., C-135/08, Rottmann t. Freistaat Bayern, 2 mars 2010, spéc. §§ 55 et s., ainsi que, par analogie, Cour eur. D.H., arrêt Genovese c. Malte du 11 octobre 2011, § 33 : « [...] even in the absence of family life, the denial of citizenship may raise an issue under Article 8 because of its impact on the private life of an individual, which concept is wide enough to embrace aspects of a person's social identity. While the right to citizenship is not as such a Convention right and while its denial in the present case was not such as to give rise to a violation of Article 8, the Court considers that its impact on the applicant's social identity was such as to bring it within the general scope and ambit of that Article ».

⁸ Voir C.C., n° 85/2009, 14 mai 2009, B.7 : « Sous réserve d'une appréciation manifestement déraisonnable, il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de décider quelles catégories de Belges peuvent faire l'objet d'une mesure de déchéance et quelles catégories doivent être exclues de cette possibilité ».

⁹ C.C., n° 106/2004, 16 juin 2004, §§ B.14 ; Cour eur. D.H., arrêt Thlimmenos c. Grèce, 6 avril 2000, § 44.

¹⁰ L'article 23, § 1^{er}, 2°, du CNB autorise la déchéance de nationalité à l'égard des « Belges qui ne tiennent pas leur nationalité d'un auteur ou adoptant belge au jour de leur naissance et [d]es Belges qui ne se sont pas vu attribuer leur nationalité en vertu de l'article 11 [du CNB] ». Par contre, et sur le modèle de l'actuel 23/1 du CNB, l'article 23/2 en projet est moins restrictif puisqu'il autorise la déchéance de nationalité à l'égard des « Belges qui ne tiennent pas leur nationalité d'un auteur ou adoptant belge au jour de leur naissance et [d]es Belges qui ne se sont pas vu attribuer leur nationalité en vertu de l'article 11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° et 2° [du CNB] » (le Conseil d'État souligne). Sur la différence de traitement qui caractérise *de lege lata* les régimes respectivement mis en place par les articles 23, § 1^{er}, 2°, et 23/1 du Code de la nationalité, voir les observations critiques de P. Wautelet, « La nationalité belge en 2014 – L'équilibre enfin trouvé ? », in *Droit de l'immigration et droit de la nationalité : fondamentaux et actualités*, CUP, vol. 151, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 340-341.

¹¹ Avis 49.941/AG/2 des 16 et 23 août 2011 sur une proposition de loi 'modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration', *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-476/11, p. 30.

peuvent être à la source d'incohérences et de discriminations en présence de faits pénaux qui sont expressément visés par les articles 23/1 et 23/2 en projet du Code de la nationalité mais qui peuvent simultanément être qualifiés de « manquements au devoirs du citoyen belge » au sens de l'article 23, § 1^{er}, 2^o, du même Code. Tel est précisément le cas, au vu de la jurisprudence récente, des faits de terrorisme ¹².

Il s'impose donc que les dispositifs de déchéance de nationalité réglés d'un côté par l'article 23, § 1^{er}, 2^o, du CNB et d'un autre côté par les articles 23/1 et 23/2 en projet du même Code soient mieux articulés pour éviter que le recoupement de leurs champs d'application respectifs n'occasionne des incohérences et des discriminations.

5.2.3. L'article 23/2 du CNB en projet prévoit, pour les infractions terroristes, un régime de déchéance de nationalité plus strict que celui qui sera maintenu par l'article 23/1, tel que modifié par l'article 4 du projet : en l'occurrence, le « délai de prescription » de dix ans ne s'impose pas dans le régime de déchéance que met en place cet article 23/2.

Cette sévérité accrue serait justifiée, selon les explications du délégué, par « le degré particulièrement élevé de gravité des infractions visées ».

L'auteur de l'avant-projet devrait toutefois, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, pouvoir être en mesure d' étoffer la justification de la différence de traitement ainsi opérée. Le degré plus élevé de gravité des infractions mentionnées par l'article 23/2 en projet du CNB ne ressort en tout cas pas de la seule comparaison entre les peines assortissant lesdites infractions et les peines sanctionnant les infractions mentionnées à l'article 23/1 du CNB, tel que modifié par l'article 4 de l'avant-projet. Ainsi et par exemple, l'attentat contre la vie ou la personne du Roi, mentionné par l'article 23/1 du CNB, est puni de la réclusion à perpétuité (article 101 du Code pénal), alors que le recrutement d'une personne en vue de commettre une infraction terroriste, tel qu'inclus dans le champ d'application de l'article 23/2 en projet du CNB, n'est puni que de la réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de cent euros à cinq mille euros (article 140^{ter} du Code pénal). Une question analogue se pose en ce qui concerne notamment la référence faite par l'article 23/1, § 1^{er}, 1^o, du Code pénal aux articles 136^{bis} à 136^{septies} du Code pénal, qui incriminent des violations graves du droit international humanitaire, référence absente de l'article 23/2 en projet.

¹² Voir la jurisprudence citée par Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Mapping Statelessness in Belgium*, octobre 2012, § 611.

5.2.4. Enfin, l'article 23/2 en projet assortit l'ensemble des infractions du livre II, titre I^{er} *ter*, du Code pénal d'une possibilité d'une déchéance de nationalité. Il va de soi, ainsi que le confirme d'ailleurs l'exposé des motifs, que le prononcé effectif de cette déchéance ne devra pas être automatique, mais devra avoir égard aux conséquences possibles de cette déchéance dans le cas concret, en tenant compte des droits et libertés fondamentaux garantis notamment par la Convention européenne des droits de l'homme.

DE GRIFFIER – LE GREFFIER

DE EERSTE VOORZITTER – LE PREMIER PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Yves KREINS