

rechtspraak van het Joegoslavië-tribunaal die op haar beurt bepaalt dat elke seksuele penetratie zonder de instemming van het slachtoffer een verkrachting uitmaakt in het internationaal strafrecht. De instemming moet volgens het Joegoslavië-tribunaal vrijwillig zijn gegeven, en dit moet blijken uit de context van de omringende omstandigheden. Het E.H.R.M. oordeelde dan ook dat de ogenschijnlijke overtuiging van de onderzoeker en openbare aanklager in deze zaak problematisch was. Het leek er namelijk sterk op dat de openbare aanklager ervan overtuigd was dat hij, bij gebrek aan 'directe' bewijs, zoals sporen van geweld of van weerstand of van nooddrengen, geen gebrek aan instemming kon aantonen uit andere omringende omstandigheden. Doordat er geen bewijs van weerstand werd geleverd, kon er, volgens de openbare aanklager, niet besloten worden dat de dader begrepen had dat het slachtoffer niet had ingestemd. Het E.H.R.M. oordeelde echter dat de openbare aanklager de mogelijkheid had nagelaten om de criminele bedoeling van de dader te achterhalen door alle concrete omstandigheden in rekening te brengen. Zo waren er aanwijzingen dat het veertienjarige meisje via een lijst naar een afgelegen plaats was gevoerd en waren er tegenstrijdige getuigenverklaringen waarvan de geloofwaardigheid amper onderzocht was. Uiteindelijk besloot het E.H.R.M. dat Bulgarije in het licht van de relevante internationale standaarden de positieve verplichtingen van artikelen 3 en 8 EVRM had geschonden. Bulgarije (en in het bijzonder de openbare aanklager) had een effectief onderzoek moeten voeren, maar had dit nagelaten door het element 'weerstand' te verheffen tot een constitutioneel element van verkrachting.

Frédéric VANNESTE  
*assistent Instituut voor de Rechten van de Mens K.U.Leuven*

## Folterverbod in het strafrecht

Met de *Wet van 9 juni 1999* houdende instemming met het Internationaal Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling (*B.S.* 28 oktober 1999) werd vastgelegd dat dit verdrag volkomen gevolgd zal hebben in België. Daartoe vult de *Wet van 14 juni 2002* (*B.S.* 14 juni 2002) houdende overeenstemming van het Belgische recht met het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing het Boek II, Titel VIII, Hoofdstuk I van het Strafwetboek aan met een afdeling V – Foltering, onmenselijke behandeling en onterende behandeling, bestaande uit de artikelen 417bis tot 417quinquies. Deze artikelen definiëren foltering, onmenselijke behandeling en onterende behandeling (art. 417bis Sw.) die vervolgens worden strafbaar gesteld

resp. in de artikelen 417ter, 417quater en 417quinquies Sw. Tevens werden de artikelen die foltering bij gijzelneming (art. 347bis Sw.), aanranding der eerbaarheid of verkrachting (art. 376 Sw.) en diefstal gepleegd door middel van geweld of bedreiging en afpersing (art. 473 Sw.) als verzwarende omstandigheid strafbaar stellen, aan de inhoud van de nieuwe bepalingen aangepast. Ten slotte werd artikel 438 Sw. dat willekeurige of wederrechtelijke gevangenhouding verzwaard met foltering strafte met dwangarbeid van 10 tot 15 jaar opgeheven aangezien het geen reden van bestaan meer heeft.

Artikel 417bis Sw. definieert de begrippen 'foltering', 'onmenselijke behandeling' en 'onterende behandeling'. Onder *foltering* wordt verstaan *elke opzettelijke onmenselijke behandeling die hevige pijn of ernstig en vreselijk lichamelijk of geestelijk lijden veroorzaakt. Een onmenselijke behandeling is elke behandeling waardoor een persoon opzettelijk ernstig geestelijk of lichamelijk leed wordt toegebracht, onder meer om van hem inlichtingen te verkrijgen of bekenissen af te dwingen of om hem te straffen, of om druk op hem of op derden uit te oefenen, of hem of derden te intimideren. Een onterende behandeling is elke behandeling die in de ogen van het slachtoffer of van derden een ernstige krenking of aantasting van de menselijke waardigheid uitmaakt.*

Tussen deze drie begrippen is er dus een trapsgewijs onderscheid op grond van de overschrijding van een intensiteitsdrempel van zoals die ook voorkomt in de rechtspraak van het E.H.R.M. Anders dan in deze rechtspraak vereist onmenselijke behandeling bovendien een bijzonder opzet.

In het wetsontwerp was aanvankelijk niet voorzien in een definitie van de begrippen en werd ermee volstaan te bepalen dat hij die een persoon aan foltering, onmenselijke behandeling of onterende behandeling onderwerpt strafbaar was met resp. opsluiting van tien tot vijftien jaar, van vijf tot tien jaar dan wel met gevangenisstraf van vijftien dagen tot twee jaar. De Raad van State merkte in zijn advies op dat het wettigheidsbeginsel vereist dat de strafbaar gestelde gedragingen nauwkeurig moeten omschreven worden maar ook dat bij ontstentenis van een dergelijke definitie het vaak erg moeilijk zal zijn om een strafrechtelijke kwalificatie te geven aan feiten die tegelijk beschouwd kunnen worden als feiten die reeds strafbaar gesteld zijn in het Strafwetboek maar tegelijk ook als foltering of onmenselijke of onterende behandeling kunnen gekwalificeerd worden. Inzonderheid verwees de Raad van State naar de artikelen 398 e.v. Sw. (slagen en verwondingen), artikelen 402 tot 404 Sw. (toedienen van bepaalde stoffen), artikel 409 Sw. (verminking van de genitaliën van een persoon van het vrouwelijk geslacht), artikelen 423 en 424 Sw. (verlaten of achterlaten van kinderen en onbekwamen in behoeftige toestand) en de arti-

kelen 425 en 426 Sw. (onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en onbekwamen) en, voor wat de onterende behandeling betreft naar de artikelen 442bis Sw. (belaging) en 443 e.v. Sw. (aanranding van de eer of de goede naam) of discriminerende maatregelen op grond van het ras, de huidskleur, de nationale of etnische afstamming (Wet 30 juli 1981 tot bestrafing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden). Uiteindelijk werden, na amendement van de heer ERDMAN, de bovengenoemde begrippen gedefinieerd, en dit gebaseerd op de rechtspraak van het E.H.R.M., van het Arbitragehof (zie Arrest nr. 39/91, 19 december 1991 en Arrest nr. 51/94, 29 juni 1994) en van het Hof van Cassatie (zie Cass. 18 mei 1999, *Arr. Cass.* 1999, 354).

De wetgever was tevens de mening toegedaan dat de feiten die foltering opleveren, gelet op de aard en de buitengewone ernst ervan, niet kunnen gelijkgesteld worden met het misdrijf van opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 e.v. Sw.) en dat de overeenstemming van het Belgische recht met het Verdrag van New York de invoering van een autonoom hoofdmisdrijf vereiste. Ook voor wat het misdrijf van onmenselijke behandeling betreft, werd geoordeeld dat gelet op de specificiteit en op de ernst van de feiten die onmenselijke behandeling opleveren een specifiek misdrijf diende ingevoerd te worden.

Teneinde in overeenstemming te zijn met het Verdrag van New York diende eveneens het misdrijf van onterende behandeling te worden ingevoerd aangezien de feiten die dit misdrijf opleveren als dusdanig niet – of minstens onvoldoende specifiek – strafbaar waren gesteld in het Belgisch recht.

Zowel voor foltering als voor de onmenselijke behandeling wordt voorzien in mogelijke strafverzwaring naar gelang van diverse omstandigheden (hoedanigheid van de dader, bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer, gevolgen van de behandeling). Voor de onterende behandeling is niet voorzien in een strafverzwaring. Dit was ook de Raad van State niet ontgaan die in zijn advies hierop wees doch de wetgever was van oordeel dat, gelet op het feit dat onterende behandeling minder ernstig is dan foltering en onmenselijke behandeling, hiertoe geen reden was; op dezelfde grond werd het evenmin nodig geacht de poging tot dit wanbedrijf strafbaar te stellen.

Vastgesteld moet worden dat het misdrijf van foltering niet gekoppeld is aan specifieke intenties en dit in tegenstelling tot de definitie van het begrip zoals het voorkomt in artikel 1 van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing, aangenomen te New York op 10 december 1984, verdrag dat de Belgische Wet van 14 juni 2002 nochtans geacht wordt uit te voeren. Die speci-

fieke intenties worden wel gekoppeld aan het begrip onmenselijke behandeling. De Belgische wetgever was de mening toegedaan dat, hoewel het Verdrag van New York duidelijk niet de 'gratuite' foltering voor ogen heeft, de mogelijkheid diende te bestaan om dergelijke foltering onder toepassingsgebied van het nationaal recht te brengen.

Een tweede verschilpunt is dat de behandeling, volgens artikel 1 Verdrag van New York, dient te zijn toegebracht door of op aanstichten van dan wel met de instemming of gedogen van een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt. Naar Belgisch recht is dit niet vereist maar de artikelen 417ter en 417quater Sw. voorzien wel in een strafverzwaring wanneer de foltering of de onmenselijke behandeling wordt toegebracht door een openbaar officier of ambtenaar, drager of agent van de openbare macht die handelt naar aanleiding van de uitoefening van zijn bediening, waarbij overigens uitdrukkelijk wordt gesteld dat het bevel van een meerdere of van een gezag deze misdrijven niet kan verantwoorden. De wetgever achtte deze beperking zinloos omdat de artikelen 347bis, 376 en 438 Sw., noch de rechtspraak van het E.H.R.M. inzake artikel 3 EVRM (inzonderheid het arrest *A. t. het Verenigd Koninkrijk*, 23 september 1998, § 22) een dergelijke beperking bevatten. Het weze opgemerkt dat inzake onterende behandeling er geen uitdrukkelijke bepaling werd voorzien die stelt dat het bevel van de overheid dit misdrijf niet kan verantwoorden. Gelet op de rechtspraak terzake (zie Cass. 18 februari 1952, *Arr. Cass.* 1952, 303 en Cass. 13 december 1978, *Arr. Cass.* 1979, 437), op artikel 120 Wet 7 december 1998, art. III.II.1-4 van het K.B. van 30 maart tot regeling van de rechtspositie van het personeel van de politiediensten en artikel 8 van de Wet van 13 mei 1999 houdende het tuchtstatuut van de personeelsleden van de politiediensten, is het weinig waarschijnlijk dat een meerdere een bevel tot onterende behandeling zou kunnen geven dat niet minstens de schijn opwekt onwettig te zijn en als dusdanig niet door de politieambtenaar zou herkend worden.

Een derde verschilpunt is dat de beperking, die artikel 1 Verdrag van New York voorziet, dat foltering niet de pijn of het leed omvat die voortvloeit uit, inherent is aan of samenhangt met wettige straffen, niet werd overgenomen in de Belgische definitie. Waar dergelijke beperking in het verdrag waarschijnlijk nodig was om het verdrag ook te laten bekrachtigen door landen waarin bepaalde vormen van straffen (b.v. zweepslagen, doodstraf) worden toegepast, was een dergelijke beperking volgens onze wetgever weinig zinvol in het Belgische recht waarin niet kan worden aanvaard dat bij wijze van wettige straf hevig leed wordt toegebracht. In de voorbereidende werken voegt men er evenwel haastig aan

toe en onderstreept men *dat de bepalingen inzake vrijheidsberovende straffen en de organisatie van het gevangenisregime niet als dergelijk leed mogen worden uitgelegd.*

Het begrip 'onterende behandeling' is van bijzonder belang omdat via de weg van artikel 417quinquies Sw. een mogelijkheid geboden wordt om bepaalde politionele handelingen die bijvoorbeeld niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Wet op het politieambt toch als een strafinbreuk te beschouwen. Immers, op één bepaling na (i.c. het achterhouden van informatie – art. 44/11 Wet Politieambt) is er geen (strafrechtelijke) sanctie voorzien op het niet-naleven van deze wet. Gelet op de omschrijving van het begrip 'onterende behandeling' zou bijvoorbeeld de niet-naleving van artikel 35 Wet Politieambt (blootstelling aan publieke nieuwsgierigheid), onder omstandigheden als een onterende behandeling kunnen beschouwd worden. Maar ook andere politionele technieken, op zich en onder omstandigheden niet verboden, zouden daartoe kunnen gerekend worden zoals het ontkleden van personen in het kader van een fouillering en het doen uitvoeren van kniebuigingen ten einde na te gaan of betrokkene geen drugs verborgen heeft. Ook de wijze waarop met aangehouden personen wordt omgegaan zou – we denken aan het gebruik van handboeien en de opsluiting in een doorgangsgevangenis – onder omstandigheden een vorm van onterende behandeling kunnen uitmaken.

Henri BERKMOES

### **Antifoltercomité maant aan tot omzichtig gebruik van dwangmiddelen en meer controle bij gedwongen verwijderingen**

In haar 13e jaarrapport<sup>1</sup> besteedt het Comité ter preventie van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling (CPT, oftewel het antifoltercomité) dat afhangt van de Raad van Europa, aandacht aan richtlijnen en aanbevelingen m.b.t. de gedwongen verwijdering van vreemdelingen per vliegtuig.

De kans op onmenselijke behandeling bij een gedwongen verwijdering per vliegtuig zowel tijdens de voorbereidingen als tijdens de vlucht zelf is groot, zo stelt het CPT vast. Aan de basis voor deze vaststelling liggen de talrijke klachten en incidenten die het CPT onderzocht in het kader van haar bezoeken aan de lidstaten. Met name de individuele dwangmiddelen die gebruikt worden, en vooral wanneer er meerdere tegelijk worden aangewend, liggen hieraan ten grondslag.

In het rapport over zijn derde bezoek aan België einde 2001, waarop België reeds een ant-

woord formuleerde<sup>2</sup>, stelde het antifoltercomité de maatregelen die België nam of herzag in de nasleep van het overlijden van Semira ADAMU op prijs.

Op basis van zijn bezoeken aan de lidstaten en zijn vaststellingen, stelt het CPT een aantal richtlijnen op die lidstaten in staat moeten stellen het risico op mishandeling of onmenselijke behandeling tot een minimum te herleiden.

### **DWANGMIDDELEN**

Vooreerst is het volkomen onaanvaardbaar dat te verwijderen personen fysiek mishandeld worden om hen te dwingen het vliegtuig in te stappen. Desondanks erkent het CPT dat het gebruik van dwang niet steeds kan worden uitgesloten. Cruciaal echter is hierbij dat de mate van dwang in verhouding staat tot de nood eraan.

Het CPT wijst specifiek op het ernstige risico op 'houdingsverstikking' bij de gangbare praktijk om weerspannige personen tegen de grond te pinnen om handboeien om te doen. De druk die begeleiders hierbij uitoefenen op delen van het lichaam terwijl de persoon zich weert, vergroot de kans op verstikking.

Een gelijkaardig verstikkingsrisico stelt zich wanneer begeleiders in het vliegtuig de uitgewezen persoon doen vooroverbuigen met het hoofd tussen de knieën, waarbij de ribbenkast wordt ingedrukt.

Het CPT maant aan om die dwangmiddelen waarbij er verstikkingsgevaar is zoveel mogelijk te vermijden. Zulke middelen kunnen enkel in hoogst uitzonderlijke en duidelijk omschreven omstandigheden gebruikt worden.

Het CPT verwijst naar een praktijk waarbij weerspannige personen gedurende de hele vlucht niet van hun stoel mochten; om verplaatsingen naar het toilet te vermijden, werden zij verplicht een luier aan te doen. Het staat buiten kijf dat zulke praktijken alleen maar vernederende omstandigheden met zich kunnen brengen.

Het CPT stelt bovendien een compleet verbod op dwangmiddelen die de luchtwegen gedeeltelijk of volledig bedekken. Het verstikkingsgevaar is evident, zoals blijkt uit het aantal verstikte onder dwang verwijderde personen in Europa, waaronder Semira ADAMU. Sinds haar overlijden verbiedt ook België het gebruik van zulke dwangmiddelen (onder meer het kussentje) in een ministerieel besluit dat de voorwaarden regelt inzake gerepatrieerde of verwijderde personen aan boord van burgervliegtuigen.<sup>3</sup>

Voorts beveelt het CPT aan steeds de veiligheid van de verwijderde persoon te verzekeren, met name bij een noodlanding, en op instructie

2. Zie [www.cpt.coe.int](http://www.cpt.coe.int); zie ook de bijdrage van Greet SMAERS in *Panopticon* 2003, nr. 6.

3. Zie M.B. van 11 april 2000, art.6 (B.S. 14 april 2000)

1. [www.cpt.coe.int](http://www.cpt.coe.int)