

INSTRUMENTALITEIT EN ONHERKENBAARHEID

Het ‘boerkaverbod’ en de rechtsbeschermende werking van het strafrecht

Jogchum Vrielink¹ en Eva Brems^{2,3}

Hoofdstuk I

INLEIDING

In het standaardwerk *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*⁴ ontwikkelen René Foqué en August 't Hart hun relationele rechtstheorie. Het begrippenpaar ‘instrumentaliteit’ en ‘rechtsbescherming’ vormen binnen die theorie twee onlosmakelijk samenhangende zijden van de strafrechtelijke medaille. Het strafrecht heeft enerzijds een instrumentele rol, namelijk in het optreden tegen schendingen van beschermde rechten en het beveiligen van de samenleving tegen schadelijk gedrag. Anderzijds heeft het strafrecht tegelijkertijd de rol om burgers te beschermen tegen willekeur van en machtsmisbruik door de overheid: de rechtsbeschermende functie. Concreet bestaat (ook) die laatste functie vooral in de bescherming van subjectieve rechten. Grondrechten vormen dus tegelijk de grondslag én de begrenzing van strafbaarstellingen.

Foqué en 't Hart wezen er – zowel in hun gezamenlijke als in hun individuele geschriften – op dat in de hedendaagse samenleving de nadruk meer en meer eenzijdig wordt gelegd op instrumentaliteit. Zozeer zelfs dat de instrumentele rol wordt verabsoluteerd. Instrumentaliteit verwordt dan tot een -isme: instrumentalisme⁵. Niets anders telt nog. Strafrecht als een loutere gereedschapskist, om eerder welk beleidsdoel te realiseren, zonder rekening te houden met subjectieve grond- en mensenrechten en rechtsstatelijke beginselen en principes. Het gaat dus om het negeren, of minstens overschrijden, van de “inherente grenzen van de strafrechtelijke instrumentaliteit, zodanig dat de bescherming van de individuele burger tegen maatschappij en overheid wordt verzwakt”⁶. De gevolgen van deze

¹ Postdoctoraal onderzoeker K.U.Leuven.

² Hoogleraar Universiteit Gent.

³ De auteurs danken Erik Claes voor zijn nuttige suggesties.

⁴ R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer rechtswetenschappen, 1990.

⁵ Zie over het verschil tussen instrumentaliteit (dat inherent is aan het recht) en instrumentalisme i.h.b. *ibid.*, hoofdstuk 4a.

⁶ Aldus de parafrasering van Blad: J.R. BLAD, “Strafrechtelijke rechtshandhaving” in J.R. BLAD (ed.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, 37.

benadering zijn onder andere dat de overheid zelf een factor van onveiligheid wordt en dat de democratische rechtsstaat afglijdt naar een loutere ‘dictatuur van de meerderheid’, waarbij de machthebber onbeperkt kan bepalen hoeveel rechtsbescherming er zal zijn⁷.

In deze bijdrage staan we – in het licht van het voorgaande – stil bij een concrete casus; die van het zogenaamde ‘boerkaverbod’⁸ in België. De invoering daarvan is interessant vanwege de bijzonder grote maatschappelijke en politieke consensus die ter zake bestond. Toen het voorstel om te komen tot een dergelijk verbod voor de eerste keer gestemd werd in de Kamer, tijdens de legislatuur 2007-2010, werd het goedgekeurd zonder één enkele tegenstem⁹. Goedkeuring door de Senaat werd destijds echter verhinderd door de voortijdige ontbinding van de kamers op 7 mei 2010, waardoor het ontwerp kwam te vervallen. In de legislatuur nadien werd de wet wel gerealiseerd, opnieuw met een overweldigende meerderheid van stemmen¹⁰. Het (instrumentele) belang van het verbod stond voor de democratisch gekozenen dus kennelijk buiten kijf. In het volgende willen wij echter nagaan in welke mate het boerkaverbod de grenzen van de strafrechtelijke instrumentaliteit respecteert en of het verbod de rechtsbeschermende werking van het strafrecht wel afdoende waarborgt.

Concreet is de opbouw van dit hoofdstuk als volgt. In het volgende wordt eerst een korte weergave geboden van de inhoud van het wettelijke verbod; ook komen de argumenten aan bod die in het parlement aangevoerd werden ter invoering ervan (Hfdst. II). Vervolgens wordt gezien in welke mate het verbod en de argumenten ervoor recht doen aan de rechtsbeschermende werking van het strafrecht (Hfdst. III). Afgesloten wordt er met een korte conclusie (Hfdst. IV).

Hoofdstuk II

WET EN BEDOELINGEN

De wet van 1 juni 2011 tot instelling van een verbod op het dragen van kleding die het gezicht volledig dan wel grotendeels verbergt¹¹, voegde in het Strafwet-

⁷ R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, “Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming” in C. FIJNAUT en P. SPIERENBURG, *Scherp toezicht. Van 'boeventucht' tot 'samenleving en criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 194-197 en 199; R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, *o.c.*, hoofdstukken 2, 4 en 10.

⁸ De aanduiding ‘boerkaverbod’ is om verschillende redenen eigenlijk niet accuraat. Ten eerste verwijst ‘boerka’ vooral naar het (veelal blauwe) kledingstuk dat het gehele vrouwelijke lichaam bedekt, inclusief het hoofd, waarbij zich op ooghoogte een klein venster van gaas bevindt, typerend voor gebieden in Pakistan en Afghanistan. Dergelijke gezichtssluiers ziet men echter (vrijwel) niet in West-Europa. Voor zover hier gezichtssluiers gedragen worden, gaat het doorgaans om de zgn. nikab: een gezichtssluier die de ogen niet bedekt, maar de rest van het gezicht wel (vgl. B.P. VERMEULEN *et al.*, *Overwegingen bij een boerka verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag, 2006, 11). Een tweede reden waarom de aanduiding ‘boerkaverbod’ niet geheel juist is – alvast in de Belgische context – is omdat het een *pars pro toto* betreft: de wet die als zodanig aangeduid wordt, verbiedt niet enkel de boerka (en nikab), maar gezichtsbedekking en -verhulling in het algemeen (beperkte uitzonderingen daargelaten).

⁹ Het ging meer bepaald om 136 stemmen voor, 0 tegen en 2 onthoudingen.

¹⁰ In de plenaire Kamer stemden 129 leden voor, 1 lid stemde tegen en er waren 2 onthoudingen (*Hand. Kamer* 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 60).

¹¹ BS 13 juli 2011. De wet trad in werking op 23 juli 2011. Zie over de wet ook J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, “Boerkaverbod. Juridische aspecten van lokale en algemene verboden op gezichtsverhulling in België”, *NJW* 2011, nr. 244, 398-414.

boek een artikel 563*bis* in. Het bewuste misdrijf – een overtreding – bestraft personen die zich “in de voor het publiek toegankelijke plaatsen begeven met het gezicht geheel of gedeeltelijk bedekt of verborgen, zodat zij niet herkenbaar zijn” met een geldboete van 15 tot 25 EUR¹² en/of met een gevangenisstraf van een dag tot zeven dagen. Het verbod op onherkenbaarmakende gezichtsbedekking geldt *niet* wanneer deze uitdrukkelijk opgelegd of toegelaten worden door ‘anders-luidende wetsbepalingen’, ‘arbeidsreglementen’ of ‘een politieverordening naar aanleiding van feestactiviteiten’.

Afgaande op de parlementaire stukken en debatten had de wetgever drie hoofdmotieven of (clusters van) argumenten om het dragen van gezichtsbedekkende kledij te verbieden. Het eerste argument heeft betrekking op veiligheid, het tweede betreft het ‘samenleven’ (*le vivre-ensemble*), met de nadruk op communicatie en herkenbaarheid, en ten slotte spelen argumenten rond vrouwenrechten een belangrijke rol.

Afdeling 1 VEILIGHEID

Het veiligheidsargument houdt in dat men in de openbare ruimte herkenbaar en identificeerbaar moet zijn om veiligheidsredenen¹³. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen argumenten inzake objectieve veiligheid en die inzake subjectieve veiligheid.

Om met het eerste te beginnen: sommige parlementsleden legden een verband tussen onherkenbaarheid en criminele feiten. Zo wordt er verwezen naar een overval op een postkantoor die gepleegd zou zijn in Frankrijk door twee mannen die in een boerka gekleed waren¹⁴. Verder stelt men dat onder de geviseerde kledingstukken wapens kunnen worden verborgen¹⁵. Ook wordt meermaals verwezen naar de situatie waarbij moeders gehuld in een gezichtssluier hun kinderen van school afhalen¹⁶. Dit zou een onaanvaardbaar risico opleveren omdat men met zekerheid moet weten dat de persoon die het kind ophaalt, daadwerkelijk de moeder is¹⁷.

Een reden die aangevoerd werd om te beargumenteren waarom permanente herkenbaarheid vereist moet zijn, veeleer dan identiteitscontroles, bestond erin dat het uittrekken van gezichtsbedekkende gewaden – ten behoeve van een identiteitscontrole – te omslachtig en tijdrovend zou zijn, terwijl dergelijke controles snel en zonder al te veel problemen moeten kunnen worden uitgevoerd¹⁸.

¹² Vermeerderd met de wettelijke opdecieimen, d.w.z. vermenigvuldigen met een factor 5.5.

¹³ Zie o.m. *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-85/1, 3-4; *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-219/1-2, 5; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 en 13; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 32, 36 en 43.

¹⁴ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 7; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 33 en 36.

¹⁵ *Ibid.*, 36.

¹⁶ Zie bv. *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-754/1, 4; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 7; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 43.

¹⁷ *Ibid.*, 43.

¹⁸ *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-85/1, 4.

In de voorstellen en debatten werd ook verwezen naar een ‘subjectief onveiligheidsgevoel’ dat uitgelokt zou worden door gezichtsverhullende kledij, omdat het gezicht een belangrijke rol speelt in het sociaal contact tussen mensen: “Wie zich intentioneel onttrekt aan die sociale interactie, creëert nu eenmaal argwaan tegenover de medemens”¹⁹. Sommige parlementariërs achtten de aanpak van dit onveiligheidsgevoel bijzonder belangrijk en meenden dat het “vermijden van gezichtsverhullende kledij (...) een positieve invloed [zou hebben] op het subjectieve veiligheidsgevoel van de mensen”²⁰. Het instellen van een verbod op deze kledij werd in dit verband vergeleken met het plaatsen van straatverlichting in de straten om onveiligheidsgevoelens weg te nemen.

Afdeling 2

MAATSCHAPPELIJKE ASPECTEN: ‘SAMEN LEVEN’ EN COMMUNICATIE

Een tweede cluster argumenten heeft te maken met het (beweerde) asociale karakter van het dragen van een gezichtssluier. De gezichtssluier wordt beschouwd als “een breuk met het ‘samen leven’, de burgerzin en de maatschappelijke band”²¹. Het zou de leefwereld verstoren, omdat de bevolking en de maatschappij in het algemeen aangeven “dat zij zoiets niet op straat willen tegenkomen”: “Eenieder heeft daarvoor zijn eigen redenen, maar het gaat sowieso om een vaste waarde”²². Als zodanig dient op overtredingen van dit zogenaamde “sociabiliteitsbeginsel een strafrechtelijke sanctie [te] staan”²³.

Hierbij sluiten argumenten aan die verband houden met communicatie en interactie. Men gaat ervan uit dat het bedekken van het gezicht communicatie vermindert, en dat wie haar gezicht bedekt, zich afzondert van anderen en van de samenleving. Dit zou onduidelijk zijn: om de (noodzakelijke) maatschappelijke band in de samenleving tot stand te brengen en om die te versterken, moet er interactie mogelijk zijn tussen individuen in het publieke leven²⁴. Een persoon van wie alleen de ogen zichtbaar zijn, zou onmogelijk kunnen deelnemen aan deze dynamiek van het ‘samen leven’²⁵, omdat het dragen van “gelaatsbedekkende gewaden de verbale en non-verbale communicatie grotendeels in de weg staan”²⁶. De communicatiestoornissen die in dat verband ontstaan, zouden “bijgevolg de orde in het gedrang brengen en leiden tot sociale ontwrichting”²⁷.

¹⁹ *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 23. Zie ook *ibid.*, 34, 35 en 36.

²⁰ *Ibid.*, 23.

²¹ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 6.

²² *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 35.

²³ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-754/1, 5.

²⁴ *Ibid.*, 3; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/1, 7.

²⁵ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 10.

²⁶ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-85/1, 3. Zie ook *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 5; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 36 en 44; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-745/1, 5.

²⁷ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-85/1, 4.

Afdeling 3

VROUWENRECHTEN

Ten slotte wordt het dragen van gezichtsbedekkende kledij door de voorstanders van een verbod beschouwd als een inbreuk op de rechten van vrouwen. Deze doelstelling is vrijwel uitsluitend op gezichtssluiers gericht, waar de twee voorgaande op sommige punten nog algemeen van aard waren. Veel parlementariërs beschouwen gezichtssluiers met name als een aantasting van de waardigheid en de menselijkheid van vrouwen, en als een vorm van discriminatie²⁸. In deze argumentatie gaat men ervan uit dat vrouwen die een gezichtsbedekkende sluier dragen, hiertoe (meestal of altijd) worden gedwongen. Deze veronderstelling blijkt uit verschillende tussenkomsten. Op de hypothese dat vrouwen uit vrije wil de gezichtssluier zouden dragen, wordt niet of nauwelijks ingegaan²⁹.

Daarnaast beschouwen sommigen de gezichtssluier als de meest zichtbare indicator van “andere gewelddadige schendingen van de rechten van de mens, zoals het recht op onderwijs, het recht over zijn of haar lichaam te beschikken, het recht vrij te gaan en te staan op de openbare weg, het recht op vrije meningsuiting en op een vrije mening”³⁰. In dit verband werd gezichtsbedekkende, islamitische kledij aangemerkt als een ‘vestimentaire gevangenis’³¹, als een ‘kerker’³², of nog: als de ‘lijkswade van de vrijheid’³³.

Aansluitend bij dat laatste, zagen diverse parlementariërs de gezichtssluier ook als een symbool van onderdrukking van vrouwen en de vrouw in het algemeen, en van mensenrechtenschendingen³⁴. Vanuit die optiek beschouwden sommigen de gezichtssluier als een aanslag op de menselijke waardigheid van *alle* vrouwen, niet alleen die van de draagster, zodat het eventueel vrijwillig dragen ervan sowieso niet ter zake doet: als een inherent laakbaar symbool dat per definitie “een vernering van de concepten van de mens en de vrouw” inhoudt, zou het hoe dan ook moeten worden verboden³⁵.

Hoofdstuk III

DE INSTRUMENTELE EN RECHTSBESCHERMENDE FUNCTIES VAN HET BOERKAVERBOD?

Zoals gezegd bestaat instrumentalisme erin dat het strafrecht uitsluitend wordt opgevat als een (dwang)middel om een bepaald maatschappelijk doel te bereiken. Een doel dat politiek bepaald wordt en in een omvattender beleid wordt uitge-

²⁸ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-754/1, 4; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 5, 6, 7, 10, 12, 14 en 19; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 33 en 38.

²⁹ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 16; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 42 en 45.

³⁰ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 7.

³¹ *Ibid.*, 5, 9, 13 en 21; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 43.

³² *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 10; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 39.

³³ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 14; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 46.

³⁴ *Parl.St.* Kamer BZ 2010, nr. 53-85/1, 4; *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-219/4, 6; *Hand.* Kamer 2010-11, 28 april 2011, nr. 53-30, 33, 34 en 35.

³⁵ *Ibid.*, 38.

werkt, maar dat de legitieme grenzen van het strafrecht te buiten gaat³⁶. Kenmerkend voor een instrumentalistische benadering is dat de bescherming van grondrechten van burgers ten opzichte van het handelen van de overheid wordt uitgehouden, omdat deze ondergeschikt worden aan het gestelde doel van het beleid; een beleid dat zelf niet nodig is om grondrechten te beschermen: het doel heiligt de middelen. Alle middelen.

In dit onderdeel wordt daarom in hoofdzaak stilgestaan bij hoe de Belgische wet zich verhoudt tot fundamentele rechten³⁷. Meer bepaald analyseren we de verhouding tussen enerzijds het verbod en de belangen en rechten die volgens de wetgever mee gemoeid zijn (de mogelijks instrumentele functie van het verbod), en anderzijds de spanningen die het verbod oplevert met (andere) subjectieve rechten van burgers (de vraag naar het waarborgen van de rechtsbeschermende functie). Wat dat laatste betreft, staan we vooral stil bij de godsdienstvrijheid (art. 19 GW en art. 9 EVRM), hoewel andere rechten eveneens van belang zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor het discriminatieverbod (art. 10 en 11 GW en 14 EVRM). Het voorstel mag dan wel algemeen geformuleerd zijn en betrekking hebben op alle kleding die het gezicht bedekt, uit de parlementaire debatten blijkt duidelijk dat één bepaalde groep hiermee beoogd wordt, namelijk moslima's die een gezichtssluier dragen. Zelfs indien dit niet zo was, is er sprake van een indirect onderscheid – op basis van godsdienst én geslacht – en dus mogelijk van (indirecte) discriminatie, aangezien men ervan kan uitgaan dat vooral moslima's die een gezichtssluier dragen nadelige gevolgen zullen ondervinden van een dergelijk verbod. In de mate dat een opvallende kledingstijl ook bedoeld kan zijn als een statement ('symbolic speech'), is in dezen bovendien de vrijheid van meningsuiting relevant (art. 19 GW en art. 10 EVRM). Tot slot kan ook het recht op bescherming van het privéleven in het geding komen (art. 22 GW en art. 8 EVRM)³⁸.

De analyse van de vraag of een eventuele beperking van de artikelen 10, 14 of 8 EVRM rechtvaardigbaar is, is zeer gelijkaardig aan die onder artikel 9. Telkens zal behalve een wettelijke basis ook een legitiem doel vereist zijn, evenals evenredigheid tussen middel en doel (*infra* Afd. 1). Om de beknoptheid te dienen en om herhaling van analoge argumentatie te voorkomen, zal daarom hieronder enkel de analyse worden gepresenteerd uitgaande van de godsdienstvrijheid.

³⁶ R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, "Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming" in C. FIJNAUT en P. SPIERENBURG, *Scherp toezicht. Van 'boeventucht' tot 'samenleving en criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 194.

³⁷ Dat neemt niet weg dat er ook andere problemen met de wet zijn, zoals de concrete formulering ervan. Het toepassingsgebied van de wet is immers erg ruim, terwijl de uitzonderingen bijzonder beperkt zijn. Een strikte toepassing zou daardoor leiden tot allerlei onvoorziene en bizarre gevolgen. Temeer daar de bepaling geen opzet vereist, zodat onachtzaamheid volstaat (zie J. VRIELINK, S. OUALD CHAIB en E. BREMS, *l.c.*, 408-409; Advies dienst wetsevaluatie Senaat, COM/25/2011-Gvdb, 6 mei 2011).

³⁸ Zie in die zin ECRM 22 oktober 1998, *Kara v. VK* ("constraints imposed on a person's choice of mode of dress constitute an interference with the private life as ensured by Article 8 para. 1 of the Convention").

Afdeling 1 GODSDIENSTVRIJHEID

Het recht op vrijheid van godsdienst omvat de vrijheid om uitdrukking te geven aan zijn of haar godsdienst en dit zowel in besloten kring als in het openbaar. Dit recht beschermt niet elke handeling die ingegeven wordt door een religie of overtuiging, maar in beginsel wel het naleven van religieuze verplichtingen. In de parlementaire debatten stelden sommigen dat de gezichtssluier überhaupt geen religieuze verplichting zou zijn. Het afbakenen van het toepassingsgebied van de godsdienstvrijheid is echter losgekoppeld van theologische debatten over de voorschriften van deze of gene godsdienst. In lijn met een internationale consensus richt het EHRM zich ter zake op de persoonlijke overtuiging van het individu dat stelt een bepaalde religieuze verplichting te volgen, en stelt zich terughoudend op bij de beoordeling daarvan³⁹.

Wanneer het dragen van een gezichtssluier is ingegeven door een religieuze overtuiging, kan men dan ook zonder meer stellen dat er bij een verbod sprake is van een inmenging in de godsdienstvrijheid⁴⁰. Een dergelijke inmenging is alleen gerechtvaardigd wanneer ze een legitiem doel⁴¹ nastreeft en er bovendien een evenredige verhouding is tussen het verbod en het doel.

Uit de parlementaire debatten kunnen drie doelen gedistilleerd worden, die de wetgever nastreeft met het verbod: veiligheid, maatschappelijke omgang, en gendergelijkheid. Deze worden achtereenvolgens onderzocht.

Afdeling 2 VEILIGHEID

Wat betreft de veiligheidsargumenten, lijken subjectieve onveiligheidsgevoelens om te beginnen niet in aanmerking te komen als grondslag voor strafbaarstelling. Uitingen van een religie kunnen in beginsel niet worden verboden louter omwille van het feit dat een deel van de bevolking ze onwenselijk of zelfs beangstigend vindt. Het EHRM oordeelt in dit opzicht dat “a legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feeling – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in a democratic society, since that society must remain reasonable in its judgement”⁴². Bovendien bestaat het risico dat subjectieve gevoelens gestoeld zijn op motieven die geen valabele grond zijn voor overheidsbeleid, laat staan voor wetgeving, bijvoorbeeld omdat ze discriminerend zijn. Een angst voor de islam bijvoorbeeld, is een gegeven dat door de overheid zeker ernstig moet worden genomen in haar beleid, maar dat zij niet als drijfveer voor (straf)wetgevend handelen

³⁹ Zie bv. EHRM 10 november 2005, *Leyla Sabın v. Turkije*, § 78 en EHRM 7 december 2010, *Jakóbski v. Polen*, § 44-45.

⁴⁰ Zie in dezelfde zin B.P. VERMEULEN et al., o.c., 30; H.M.A.E. VAN OOIJEN, “Boerka of bivakmuts: verbod in de openbare ruimte?”, *Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten* 2008, 164.

⁴¹ Legitieme doelen in de context van art. 9 EVRM zijn: “de openbare veiligheid, (...) de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of (...) de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”.

⁴² EHRM 8 juli 2008, *Vajnai v. Hongarije*, § 57. Zie ook *infra* Hfdst. III, Afd. 4.

kan hanteren. Het subjectieve (on)veiligheidsgevoel dat het dragen van gezichtsluiers oplevert, lijkt als zodanig dus geen verbod te kunnen schragen.

Het waarborgen van de objectieve openbare veiligheid kan daarentegen wel als een legitiem doel en als grondslag voor strafbaarstelling beschouwd worden: het waarborgen van eenieders veiligheid is een van de kerntaken waaraan de overheid via haar strafwetgevende beleid uitvoering dient te geven⁴³. Opdat een beperkingsmaatregel, die het waarborgen van de veiligheid als doel heeft, legitiem zou zijn, moet die maatregel echter wel in staat zijn om zijn doel te bereiken. Voor sommige overwegingen die opgevoerd worden onder het veiligheidsargument is dat alvast niet het geval. Dat geldt bijvoorbeeld voor het argument dat onder de geviseerde religieuze kledij wapens kunnen worden verborgen, hetgeen een veiligheidsrisico zou opleveren dat het verbod rechtvaardigt. Indien men immers al wapens kan verbergen onder islamitische kledij, dan gaat het niet over de gezichtsbedekkende sluier, maar om het wijde gewaad dat daar doorgaans bij wordt gedragen, maar dat niet onder de verbodsbepaling valt.

Bovendien moet de maatregel toegespitst zijn op een reëel en concreet veiligheidsprobleem. Het kan niet gaan om loutere speculaties. Zo evalueerde het EHRM in *Abmet Arslan en anderen v. Turkije* een veroordeling wegens het dragen van religieuze kledij op de openbare weg en stelde een schending van de godsdienstvrijheid vast. Aangezien uit het dossier op geen enkele manier bleek dat deze personen op die plaats en dat tijdstip een bedreiging vormden voor de openbare orde, was hun veroordeling onevenredig ten aanzien van het doel van de bescherming van de orde en de openbare veiligheid⁴⁴.

De vraag die zich ten aanzien van het boerkaverbod stelt, is dus vooral of een algemeen verbod op *alle* vormen van gezichtsverhullende kledij in de *gehele* openbare ruimte evenredig is voor het waarborgen van het veiligheidsdoel. Een dergelijk ruim toepassingsgebied is zelden verenigbaar met het evenredigheidsprincipe, dat immers vereist dat een vrijheidsbeperking voldoende precies bemeten is en niet verder gaat dan nodig om het doel te bereiken. Het risico dat een gezichtsluier misbruikt zou worden voor criminele doeleinden zoals een bankoverval (iets wat zich in de praktijk in Europa uiterst zelden heeft voorgedaan), kan worden ondervangen door minder ingrijpende maatregelen, zoals de verplichting om in de bank de gezichtssluiers op te lichten. Meer in het algemeen lijkt veiligheid veeleer identificeerbaarheid dan herkenbaarheid te vereisen. Identificeerbaarheid houdt niet in dat men voortdurend als individu herkenbaar is, maar enkel dat men zich desgevraagd – bij een (legitieme) identiteitscontrole – identificeert. Een identificatieplicht op vordering bestaat echter al in de Belgische wetgeving, op grond van de Wet op het politieambt⁴⁵. Het vereisen van voortdurende herkenbaarheid waar identificeerbaarheid volstaat om de veiligheid te waarborgen, lijkt dan ook onevenredig. Immers, als we hechten aan de voortzetting van een demo-

⁴³ Zie hierover J.M. PIRET, "Veiligheid en rechtsstatelijkheid: rechtsfilosofische en ideeënhistorische beschouwingen" *DD* 2000, nr. 1, 31-49.

⁴⁴ EHRM 23 februari 2010, *Abmet Arslan e.a. v. Turkije*, § 50.

⁴⁵ Art. 34 § 1 Wet 5 augustus 1992.

cratische rechtsstaat dan mag “noch veiligheid geheel aan vrijheid, noch vrijheid geheel aan veiligheid (...) worden opgeofferd”⁴⁶. Een verbod op grond van veiligheidsargumenten lijkt, gegeven die context, hoogstens verboden te kunnen legitimeren in ruimtes waar een groter veiligheidsrisico bestaat, zoals in gevangenissen, luchthavens, en dergelijke⁴⁷.

Afdeling 3 MAATSCHAPPELIJKE ONGANG

De argumenten in de parlementaire debatten die in het voorgaande als ‘maatschappelijk’ zijn gekwalificeerd, hebben te maken met de wenselijkheid dat eenieder die zich in de openbare ruimte beweegt herkenbaar zou zijn en beschikbaar voor communicatie. Om te beginnen kan men op dit vlak de vraag stellen hoe onontvankelijk iemand daadwerkelijk is voor communicatie, indien zij een gezichtssluier draagt. Als de claim erin bestaat dat effectieve (verbale) communicatie onmogelijk zou zijn door het loutere feit dat je iemands gezicht niet kan zien, dan wordt dit alvast weerlegd door gsm’s en andere telefonische communicatie⁴⁸. Verder wijst de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (CGB) erop dat, ondanks een gezichtssluier, “voldoende communicatie mogelijk blijft”: “De beweging van de ogen is immers duidelijk zichtbaar en ook andere lichaamstaal wordt door de chador niet (volledig) belemmerd”⁴⁹.

Belangrijker is echter de vraag of herkenbaarheid en communicatie überhaupt altijd een vereiste (mogen) zijn in de openbare ruimte; en dan nog een vereiste dat strafrechtelijk afgedwongen wordt. Is het geen kwestie van individuele vrijheid of men op straat al dan niet contacten wenst met andere mensen? Mag men zich niet nors en onaanspreekbaar opstellen als men aan de bushalte staat te wachten? Mag men op een bankje in het park niet demonstratief een krant voor het gezicht openslaan, als een ander in de buurt komt zitten? Mag men de straat niet op als men aan een iPod is gekluisterd? Heel wat mensen kiezen ervoor om zich, hetzij doorgaans, hetzij sporadisch, onontvankelijk voor communicatie en interactie op te stellen in de openbare ruimte. Er zijn ook heel wat mensen die, omwille van hun zonnebrillen, hoofddeksels of kapsels, een groot gedeelte van hun gezicht verbergen op straat, vaak met inbegrip van de ogen (die bij het dragen van een nikab dan weer zichtbaar blijven). Ten slotte zijn er nogal wat personen die anderen in de openbare ruimte angst inboezemen omwille van hun kledij, haarstijl en algemene uitstraling.

⁴⁶ J.R. BLAD, *l.c.*, 33. Blad geeft aan dat het onvermijdelijke resultaat hiervan is dat we “in een situatie van relatieve burgerlijke vrijheid (...) altijd te maken [zullen] hebben met een relatieve mate van onveiligheid” en dat de (valse) keuze voor een absolute veiligheid bij uitstek kenmerkend is voor “het instrumentalistisch syndroom” (*ibid.*, 34).

⁴⁷ Zie in die zin de aanbevelingen van de Franse Conseil d’Etat: Rapport Assemblée générale plénière du Conseil d’Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral*, (25 maart 2010), 37. Zie ook B.P. VERMEULEN et al., *o.c.*, 36; M. EVANS, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2009, 95; A. MOORS, “The Dutch and the face-veil: The politics of discomfort”, *Social Anthropology/Antropologie Sociale* 2009, nr. 4, 406.

⁴⁸ Vgl. A. MOORS, *Gezichtssluiers. Draagsters en debatten*, Amsterdam, Universiteit van Amsterdam 2009, 54.

⁴⁹ CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63, § 4.9. Zie echter ook CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40.

Een overheid die omwille van de wenselijkheid van sociaal contact strafrechtelijk afdwingt dat mensen herkenbaar en aanspreekbaar moeten zijn, stelt zich bijzonder paternalistisch op en lijkt het strafrecht te instrumentaliseren voor oneigenlijke doeleinden: het is in elk geval een uitgangspunt van het strafrecht als *ultimum remedium* dat strafbaarstelling niet dient plaats te vinden louter vanuit de overweging dat men “een bepaalde morele opvatting omtrent bepaald gedrag heersend wil maken”⁵⁰.

Zelfs indien men echter de legitimiteit van dit doel zou aanvaarden, dan nog kan een zo verregaande beperking van grondrechten als deze in de verbodsbepaling – met algemene gelding in de publieke ruimte en verbonden aan strafsancties – bezwaarlijk evenredig geacht worden met dit doel. Indien men het doel van een optimaal ‘samen leven’ wil bevorderen, dan dienen zich allerlei minder verregaande maatregelen aan teneinde op dit vlak mentaliteits- en gedragswijzigingen te bereiken, zoals voorlichting.

Tot slot mag men niet uit het oog verliezen dat slechts een zeer klein aantal vrouwen een gezichtssluier dragen. De schattingen voor België schommelen tussen de 200 en de 270 vrouwen⁵¹. Dit maakt dat de mogelijke bedreiging voor het maatschappelijke klimaat die er van zou kunnen uitgaan, sowieso extreem gering is.

Afdeling 4

GELIJKHEID VAN VROUWEN EN MANNEN

Het laatste cluster argumenten voor het invoeren van het boerkaverbod heeft betrekking op het waarborgen van vrouwenrechten. Het bevorderen van de gelijkheid van vrouwen en mannen kan op zich beperkingen op andere grondrechten verantwoorden. Deze beperkingen moeten dan echter opnieuw wel pertinent zijn om het doel te bereiken en evenredig met dat doel.

Om dit te beoordelen, kan een onderscheid gemaakt worden tussen vrouwen die verplicht worden een gezichtssluier te dragen, en vrouwen die dit uit vrije wil doen. Voor deze laatste optie werd in de parlementaire debatten geen ruimte gelaten. Nochtans blijkt uit Frans onderzoek dat de meerderheid van de vrouwen die een gezichtssluier dragen, hier zelf voor kiest⁵². Eerder liet een Nederlands onderzoek van Annelies Moors ook al zien dat er vrouwen zijn die zelf voor een gezichtssluier kiezen⁵³. Ten aanzien van vrouwen die uit vrije keuze een gezichtssluier dragen, kan een verbod op het dragen ervan niet bijdragen aan het verwezenlijken van gendergelijkheid. Het tegendeel is veeleer het geval, aangezien een verbod deze vrouwen beperkt in hun keuzevrijheid, en de maatregel weliswaar

⁵⁰ L.H.C. HULSMAN, “Criteria voor strafbaarstelling” in X, *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn, In den Toren 1972, 90. Zie ook J.M.W. LINDEMAN, ‘Waarom toch het strafrecht?’, *Juncto* 2003, 33-37.

⁵¹ Zie A. GERIN, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, 26 januari 2010, 74; J. DE WIT, “Kamer keurt boerkaverbod goed”, *Gazet van Antwerpen*, 2 april 2010.

⁵² Rapport Assemblée générale plénière du Conseil d'Etat, o.c., 20.

⁵³ A. MOORS, o.c., 56.

genderneutraal is, maar in de praktijk specifiek gericht is op vrouwen. Tevens druist in deze hypothese de verbodsmaatregel in tegen het strafwetgevende uitgangspunt dat een strafbaar gestelde gedraging niet louter voor de ‘dader’ zelf (in casu dan nog beweerdelijk of vermeend) schadelijk moet zijn⁵⁴.

Wanneer een vrouw daarentegen *verplicht* wordt een boerka of nikab te dragen, dan is er sprake van ontoelaatbare onderdrukking van vrouwen. Er rijst echter ernstige twijfel over de vraag of de concrete maatregel, namelijk het beboeten van de vrouwen in kwestie, pertinent is om deze onderdrukking te bestrijden⁵⁵. De onderdrukte vrouw wordt op deze wijze als dader beschouwd, eerder dan als slachtoffer. Er is geen reden om aan te nemen dat een vrouw die op zodanige wijze wordt onderdrukt dat zij enkel het huis uit mag indien zij gezichtsverhullende kledij draagt, door het invoeren van een verbod op dergelijke kledij voortaan meer bewegingsruimte zal kennen⁵⁶. Er is daarentegen goede reden om ervoor te vrezen dat deze vrouwen zich na het invoeren van een verbod niet meer buitenshuis zullen begeven. In een dergelijke situatie is het dan ook aangewezen de onderdrukker te bestraffen en niet de onderdrukte; dat is nu net wat de Belgische wet nalaat om te doen⁵⁷.

Kan of moet men de gezichtssluier dan tot slot verbieden omdat deze kan worden beschouwd als een symbool van vrouwenonderdrukking? Het verbieden van symbolen is sowieso een problematische aangelegenheid, die vrijwel altijd op gespannen voet staat met de vrijheid van meningsuiting. In sommige Europese landen worden – in zeldzame gevallen – wel symbolen verboden. In Duitsland is dat bijvoorbeeld het geval voor symbolen die geassocieerd zijn met het nationaal-socialisme, zoals de swastika. In sommige Oost-Europese landen – waaronder Hongarije en Polen – zijn dan weer bepaalde symbolen van het communisme verboden⁵⁸, waaronder de hamer en sikkel, en de rode ster.

Zoals uit de voorbeelden al blijkt, hangen dergelijke verboden echter altijd nauw samen met een geschiedenis waarin de betreffende symbolen sterk geassocieerd zijn met de daadwerkelijke afschaffing van de democratie in de betreffende regio en met misdaden tegen de menselijkheid en genocide. Bovendien laat zelfs in dergelijke gevallen de rechtspraak van het EHRM zien dat het verbieden van symbolen allesbehalve evident is. In *Vajnai v. Hongarije* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat een toepassing van de Hongaarse verbodsbepaling op iemand die een rode ster droeg tijdens een demonstratie, een schending opleverde van artikel 10 EVRM. Het Hof stelde dat de rode ster niet louter een symbool van het totalitaire regime was, en dat het gebruik ervan geen concreet risico opleverde, zodat er geen

⁵⁴ Zie bv. T.A. DE ROOS, *Strafbaarstelling van economische delicten (diss. Utrecht)*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 54-58.

⁵⁵ Bovendien is het opnieuw een strafwetgevend beginsel dat strafbaarstelling niet dient plaats te vinden vanuit de primaire overweging om mogelijkheden te scheppen voor hulpverlening aan de gestraften. Zie L.H.C. HULSMAN, *l.c.*, 90-92; J.M.W. LINDEMAN, *l.c.*, 33-37.

⁵⁶ Zie ook M. LANGOUCHE en A. LINERS, “Identiteitscontrole van personen met een boerka”, *Het Politiejournaal* 2011 (februari), 18; A. MOORS, *l.c.*, 403 en B.P. VERMEULEN et al., *o.c.*, 22.

⁵⁷ Zie in die zin de Franse wet, die elke persoon die een ander onder druk zet om het gezicht te bedekken, bestraft met een boete van 30.000 euro (of 60.000 euro als het gaat om een minderjarig slachtoffer).

⁵⁸ Vaak in combinatie met die van het nationaalsocialisme.

“pressing social need” voor de vrijheidsbeperking voorhanden was⁵⁹. Dit alles geldt *mutatis mutandis* evenzeer voor gezichtssluiers⁶⁰.

Bovendien zijn het in dit geval buitenstaanders die de gezichtssluier als een symbool bestempelen. Voor de draagsters zelf is het in de eerste plaats een religieuze praktijk. Dat maakt dat de negatieve betekenissen die aan het ‘symbool’ worden toegeschreven, door de draagsters niet gedeeld worden⁶¹. Wanneer de religieuze praktijk van de ene door de andere wordt beschouwd als een negatief symbool, begeeft men zich al op glad ijs. Door aan een religieuze praktijk betekenis toe te schrijven die niet door de gelovigen wordt gedeeld, en vervolgens op grond van die betekenis die praktijk te verbieden, schendt men de godsdienstvrijheid. Meer in het algemeen is ook niet duidelijk welk recht of rechtsgoed men anderzijds zou beschermen door gezichtssluiers als ‘symbool’ te verbieden.

Hoofdstuk IV

CONCLUSIE

In het voorgaande werd het ‘boerkaverbod’ geanalyseerd vanuit grondrechtelijk perspectief, om na te gaan of de instrumentele en rechtsbeschermende werking van het strafrecht gediend zijn bij het verbod. Dat lijkt niet het geval.

Wat het eerste betreft: als de argumenten die het verbod schragen, onder de loep worden genomen, lijken zij noch op zich noch tezamen tot een algemeen verbod te nopen. Enkel (objectieve) veiligheidsoverwegingen blijven bij analyse enigszins overeind, zij het dat die overwegingen slechts beperkte verboden kunnen legitimeren, in contexten waar zich een daadwerkelijk en concreet veiligheidsrisico voordoet. De instrumentele functie van het strafrecht is daarentegen niet gediend bij een algemeen verbod voor de gehele openbare ruimte. Vanuit diezelfde instrumentaliteitsgedachte zou daarnaast ook een strafrechtelijk verbod op het verplichten van een persoon tot het dragen van gezichtsbedekkende kledij verdedigbaar zijn⁶². Het feit dat de Belgische wetgever dat laatste net naliet om te doen, doet vermoeden dat er – al dan niet bewust – andere motieven meespeelden dan degene die formeel aangevoerd werden in het parlement.

De rechtsbeschermende werking van het strafrecht wordt op haar beurt door het verbod in sterke mate in het gedrang gebracht. Verschillende subjectieve rechten van burgers – waaronder de vrijheid van godsdienst en meningsuiting en het recht op gelijke behandeling – worden zonder meer ondergeschikt gemaakt aan twijfelachtige maatschappelijke en politieke doelstellingen, die de verregaande beper-

⁵⁹ EHRM 8 juli 2008, *Vajnai v. Hongarije*, § 55.

⁶⁰ Zie i.v.m. de meervoudige betekenis van (gezichts)sluiers bv. S. HUSSEIN, “Looking in or looking out? Stories on the multiple meanings of veiling” in T. DREHER en C. HO (eds.), *Beyond the hijab debates*, Newcastle upon Tyne, CSP, 2009, 81-89; M. WILLIAMSON en G. KHIABANY, “UK: the veil and the politics of racism”, *Race & Class* 2010, 89-91 (over de ‘multiple meanings of veiling’).

⁶¹ Zie hierover bv. R. ASLAN, *No god but god: the origins, evolution, and future of Islam*, Londen, Arrow, 2006, 73.

⁶² Uiteraard buiten de omstandigheden waarin een dergelijke verplichting legitiem kan zijn, zoals bij het opleggen van veiligheidskledij e.d.m.

kingen op deze rechten die het verbod met zich meebrengt niet lijken te rechtvaardigen. Opvallend is ook dat de spanning die het 'boerkaverbod' oplevert met fundamentele rechten nauwelijks ter sprake kwam in het parlement. Waar dit wel het geval was, werd het snel van tafel geveegd. Dit is kenmerkend voor een instrumentalistische benadering: de beperkingen die de rechtsbeschermende werking van het strafrecht impliceert, worden daarin gepercipieerd als ondoelmatige hindernissen voor een maximale effectiviteit, zodat zij zoveel mogelijk moeten worden genegeerd of omzeild, waarbij men zich veelal verschuilt achter (vermeende) democratische legitimiteit⁶³; de macht van het getal.

Kortom, het minste wat gezegd kan worden over het 'boerkaverbod' is dat deze maatregel niet zo evident is als de quasi-unanieme goedkeuring zou doen vermoeden. Sterker nog: de spanning met de instrumentele en rechtsbeschermende functies van het strafrecht, die het verbod oplevert, maakt die eensgezindheid net bij uitstek problematisch. Het laat zien dat een instrumentalistische strafrechtshantering in bepaalde gevallen gemeengoed is geworden, zodanig dat het door (vrijwel) niemand in vraag gesteld wordt; met alle risico's van dien. Wat het voorgaande uiteraard ook laat zien, is dat het gedachtegoed van René Foqué nog niets aan actualiteit heeft ingeboet.

⁶³ R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, *l.c.*, 195; J.R. BLAD, *l.c.*, 37.