

En matière de « politique des étrangers », les propositions discriminatoires du Vlaams Blok faites de manière manifeste et répétée auprès du grand public, qui ne satisfont pas aux exigences de légitimité et de proportionnalité et incitent à une intolérance inspirée par le racisme et la xénophobie, incompatible avec les valeurs prévalant dans une société démocratique, libre et pluraliste, ne peuvent être légitimées par aucun des droits, libertés et principes invoqués par les prévenues.



Le Vlaams Blok, groupement raciste. A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 21 avril 2004

Dans les annales de la lutte contre l'extrême droite, le 21 avril demeurera incontestablement une journée de contraste. A cette date, en 2002, le Front national de Jean-Marie Le Pen réalisait, au premier tour des élections présidentielles françaises, un raz-de-marée dont les vagues iront jusqu'à ébranler les capitales et les consciences européennes. A cette même date, en 2004 cette fois-ci, la cour d'appel de Gand condamne les trois a.s.b.l. « satellites » du Vlaams Blok sur pied de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 dite « Moureaux », lequel réprime quiconque « fait partie d'un groupement ou d'une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation ou prône celles-ci dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, ou lui prête son concours ». A l'estime de la cour d'appel (trad. libre), « il résulte sans conteste (des pièces produites par le Centre pour l'égalité des chances et la Liga voor Mensenrechten) que le parti politique Vlaams Blok utilise pour sa propagande, tant avant que pendant la période infractionnelle, de façon ouverte et systématique, le procédé dit du "bouc émissaire". Sa propagande permanente donne une image haïssable des étrangers en vue d'exacerber les sentiments de haine de la population (...) L'image donnée des étrangers est celle de criminels responsables du sentiment d'insécurité auprès de la population de souche, de voleurs d'emploi responsables du chômage de cette population, de profiteurs des allocations sociales au détriment de ceux qui travaillent dur (...) ».

Sans surprise, cet arrêt a d'ores et déjà fait couler beaucoup d'encre et de salive, voire même de bile. Louanges, prudence ou critiques acerbes : les propos qu'il suscita furent on ne peut plus contrastés, qu'ils se situent dans le registre proprement juridique (1), ou sur le plan de l'opportunité politique et électorale d'un tel procès et de la condamnation sur laquelle il déboucha.

(1) Voy., parmi beaucoup d'autres, les analyses divergentes de l'arrêt livrées par D. Voorhoof, R. Blanpain et Cas Mudde (*De Standaard*, pp. 18-19); par T. Vermeire et F. Keuleneer (*Het Poelaertplein*, 2003-2004, n° 5, pp. 21 et s.); par M. Storme et J. Vander Velpen (interview réalisée par S. Sottiaux, à paraître in *T.v.M.R.*).

Il n'est pas de notre ambition de nous livrer à un commentaire exhaustif de la décision intervenue (2). Tout d'abord, parce que les positions qui y sont défendues et l'enseignement qu'il est permis d'en tirer voient leur validité affectée *hic et nunc* d'une condition résolutoire : un pourvoi en cassation a d'ores et déjà été introduit à l'encontre de l'arrêt gantois, et il n'est au demeurant pas exclu qu'en cas de rejet dudit pourvoi, l'affaire soit portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite et surtout, parce que la longueur de l'arrêt du 21 avril 2004 et la richesse de ses considérants en termes de motivation, condamnerait une analyse tant soit peu détaillée à ne pouvoir être déployée qu'en plusieurs dizaines — centaines? — de pages. Les conseils des trois a.s.b.l. poursuivies avaient, tant au niveau des exceptions de procédure qu'au niveau du bien-fondé des préventions, mobilisé l'artillerie lourde, ce à quoi la juridiction gantoise répondit par un raisonnement patient, solidement étayé en droit et — il faut lui en savoir gré dans une affaire comme celle-ci — extrêmement pédagogique.

Qu'il nous soit donc permis de « butiner » dans ce raisonnement aux fins de n'en retenir que les « moments forts » : le refus d'assigner aux faits poursuivis la qualification de « délit politique » passible des assises [I]; l'affirmation de la compatibilité, avec le principe d'égalité, de la distinction de traitement opérée par l'article 150 de la Constitution entre catégories de délits de presse [II]; la définition des éléments constitutifs de l'incrimination mise à charge des a.s.b.l. « satellites » du Vlaams Blok [III], ainsi que la compatibilité de celle-ci avec les standards de légalité en matière pénale [IV] et le principe de la liberté d'expression [V]. Ceci examiné, restera alors, en guise de conclusion, à s'interroger sur les implications juridiques de court et moyen termes que pourrait avoir l'arrêt, dans l'hypothèse, bien sûr, où il n'encourrait pas la cassation [VI].

I. — Pas de délit politique

Tant le tribunal correctionnel de Bruxelles (3) que la cour d'appel de Bruxelles (4) se sont

(2) Une traduction française de certains extraits de l'arrêt a par ailleurs été publiée dans le *Journal des procès* (2004, liv. 480, pp. 4 et s.) avec une note de Ph. Toussaint. Pour un commentaire plus approfondi, voy. J. Vrielinck et S. Sottiaux, « Racisme of "een kwestie van vrije meningsuiting" », *N.J.W.*, 2004, pp. 718-733; J. Vrielinck, S. Sottiaux et D. De Prins, « Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet », à paraître in *T.V.R.*

(3) Corr. Bruxelles, 29 juin 2001, *R.W.*, 2002-2003, et note. Cette décision est également disponible sur le site du Centre pour l'égalité des chances (www.antiracisme.be). Pour un commentaire de cette décision, voy. E. Brems, « Politiek misdrijf en racisme », *Rev. trim. Fondation Auschwitz*, 2002, pp. 31-46; D. De Prins et S. Sottiaux, « Antidemocratische partijen en hun rechten », *R.W.*, 2002-2003, pp. 121-131.

(4) Bruxelles, 26 févr. 2003, *T.v.M.R.*, 2003, n° 1, pp. 15-16 et note E. Brems; *N.J.W.*, 2003, p. 351; *J.T.*, 2003, pp. 747 et s. et note Fr. Tulkens et S. van Drooghenbroeck; *Journ. procès*, 2003, liv. 454, p. 29 et note Ph. Toussaint; *R.D.E.*, 2003, n° 122, pp. 68 et s. et obs. B. Renauld. Pour d'autres commentaires de cet arrêt, voy. D. De Prins, « Een gebrekkig gemotiveerd Vlaams-Blokarrest », *T.v.M.R.*, 2003, n° 2,

précédemment déclarés incompetents pour connaître des poursuites, motif pris qu'il s'agirait d'un délit politique passible, en vertu de l'article 150 de la Constitution, du jury d'assises. Ces juridictions furent cependant rappelées à l'ordre par la Cour de cassation (5), laquelle renvoya l'affaire devant la cour d'appel de Gand.

Ni la Constitution, ni la loi ordinaire n'offre de définition du concept de « délit politique ». Il existe cependant sur ce point une jurisprudence abondante de la Cour de cassation, jurisprudence au travers de laquelle le concept fut progressivement affiné (6). A l'opposé de l'assimilation qui est parfois faite dans l'opinion publique avec un « procès politique », la qualification d'un délit en « délit politique » est parfaitement indifférente à la circonstance que l'initiateur de la procédure poursuive éventuellement un objectif politique, et plus encore au fait que le jugement produise un effet politique. L'objectif politique de l'auteur du délit, et l'effet politique de celui-ci sont, par contre, déterminants. Il n'y va cependant pas de n'importe quel objectif politique et de n'importe quel effet politique. D'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, le délit politique est « celui qui dans l'intention de son auteur comme par ses effets porte directement atteinte aux institutions politiques » (7). Sur ce point, l'on opère une distinction entre les délits politiques « purs » et les délits politiques « mixtes ». Les délits politiques purs sont les délits qui sont par essence politiques, du fait que l'atteinte à l'ordre politique est inhérente à la définition même du délit concerné. Lorsque le juge constate cet effet politique, qui découle de la nature même de l'infraction, un élément moral spécifique ne doit plus être prouvé. Sont entre autres considérés par la jurisprudence comme des délits politiques purs, les délits qui, par définition, faussent le résultat des élections (8). Beaucoup d'« infractions contre la sécurité de l'Etat » (titre I du livre II du Code pénal) sont également considérées comme des délits politiques par nature, soit par le législateur (9), soit par la doctrine et la jurisprudence (10).

pp. 8-11; *id.*, « Het einde van het Vlaams-Blokkproces », *N.J.W.*, 2003, pp. 336-340.

(5) Cass., 18 nov. 2003, *J.T.*, 2003, p. 810. Egalement disponible sur www.antiracisme.be, ainsi que, précédé des remarquables conclusions de l'avocat général Timperman, sur www.cass.be.

(6) Voy. Fr. Tulkens, v° « Délit politique », *R.P.D.B.*, compl. IV (1972), pp. 97-114.

(7) Cass., 5 mai 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 207.

(8) Par ex., une fraude électorale consistant à se faire inscrire sur la liste des électeurs à l'aide de documents falsifiés (Cass., 19 août 1870, *Pas.*, 1871, I, p. 114); la promesse d'argent ou d'autres avantages, ou la menace de désavantages, opérée aux fins de susciter une attitude de vote déterminée (Cass., 7 oct. 1870, deux arrêts, *Pas.*, 1871, I, p. 119; Cass., 19 déc. 1870, *Pas.*, 1871, I, p. 122; Cass., 30 déc. 1872, *Pas.*, 1873, I, p. 47; Cass., 3 mai 1948, *Arr. Cass.*, 1948, p. 246); la participation au scrutin alors que l'on a été déchu de ses droits politiques (Cass., 21 avril 1947, *Arr. Cass.*, 1947, p. 130; Cass., 16 juin 1947, *Arr. Cass.*, 1947, p. 211).

(9) A savoir lorsqu'il assortit l'infraction de la peine de détention.

(10) Ainsi, le tribunal correctionnel de Dinant, en 1986, se déclara incompetent pour juger les « pique-niqueurs de la paix » sur le domaine militaire de Florennes (Corr. Dinant, 27 janv. 1986, *Jur. Liège*, 1986,

Les délits politiques mixtes sont des délits de droit commun qui, dans les circonstances concrètes de la cause, acquièrent un caractère politique du fait de l'intention de leur auteur et de leur effet : « Pour qu'un délit de droit commun se transforme en délit politique, il faut donc que l'agent ait agi avec l'intention de porter atteinte à l'ordre politique et que les faits, dans les circonstances où ils ont été commis, fussent de nature à avoir cet effet » (11). Tout comme pour les délits politiques purs, cela vaut tant pour l'ordre politique intérieur que pour l'ordre politique extérieur (12). L'ordre politique intérieur a trait aux institutions politiques, tandis que l'ordre politique extérieur recouvre l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire et les relations entre Etats. Classiquement, la Cour de cassation fixe très haut le seuil du délit politique mixte : l'intention politique de l'auteur n'est en aucune manière suffisante (13). L'atteinte à l'ordre politique doit être de surcroît la conséquence directe et immédiate du délit. Des effets indirects et hypothétiques ne suffisent pas. Un délit de droit commun ne peut pas être un délit politique si celui-ci ne porte atteinte à l'ordre politique que grâce à l'intervention d'un facteur intermédiaire (par exemple, une décision de l'autorité), qui en lui-même constitue le résultat (escompté) direct et immédiat de l'infraction. Une interprétation très stricte prévaut ici : inspiré par des motifs politiques, le refus de citoyens de participer au recensement de la population de 1971 parvint à ébranler les institutions politiques, puisque le décompte ne put être clôturé à temps pour adapter le nombre des sièges parlementaires pour les élections de 1971. Cette atteinte ne fut cependant pas considérée comme la conséquence directe du refus litigieux, en raison de la possibilité purement théorique qui était offerte à l'autorité d'éviter cet effet politique (14).

Le tribunal correctionnel de Bruxelles affirma que le délit reproché aux trois a.s.b.l. satellites du Vlaams Blok constituait un délit politique « en raison des circonstances », et motiva cette position comme suit (trad. libre) : « De la part d'un parti politique établi, qui dispose de membres élus aux Parlements belge et européen, le fait de prôner de façon manifeste et répétée un programme qui est en contradiction avec la loi belge et qui incite à la désobéissance vis-à-vis de la loi, constitue un délit politique à partir du moment où le parti se sert de ce délit pour réaliser son objectif, à savoir l'établissement d'un autre ordre politique, et

que grâce à ce délit, il parvient à accroître son pouvoir politique dans la mesure où il provoque l'inquiétude des autres partis ». Il apparaît immédiatement que le tribunal prend ici distance avec la définition de la Cour de cassation. Le tribunal relève au demeurant lui-même que l'atteinte portée à l'ordre politique ne survient que par le truchement d'un facteur intermédiaire, à savoir l'accroissement du pouvoir politique du parti, lui-même suivi par la mise en œuvre du programme de ce parti. De surcroît, l'on peut demeurer dubitatif quant à la question de savoir si « l'établissement d'un autre ordre politique » que le Vlaams Blok a en vue, constitue bien une « atteinte à l'ordre politique » (et donc aux institutions politiques), telle que l'interprète la Cour de cassation (15).

De son côté, la cour d'appel de Bruxelles affirma que le délit reproché devait être assimilé à un délit politique pur, parce que le fait punissable consiste *in casu* en l'appartenance à un parti politique. Le raisonnement de la Cour était quelque peu impénétrable (trad. libre) : « Attendu que le fait reproché constitue un délit politique parce qu'il consiste (...) en la commission de l'infraction dans l'intention (...) de faire exister et perdurer un parti politique, en l'espèce le Vlaams Blok et d'accorder à ce parti une aide substantielle, avec la circonstance que ce parti politique (au moment de la commission du fait) ne peut exister et perdurer que moyennant la perpétration du fait reproché par tous ceux qui appartiennent à ce parti, même s'il n'est pas certain que tous aient un objectif politique; qu'il s'en déduit aussitôt que la commission du fait par les prévenus a directement pour conséquence l'atteinte aux institutions du pays, auxquelles les partis politiques, dans leur existence et leur fonctionnement, appartiennent, notamment en raison du rôle essentiel de ces partis pour garantir le bon fonctionnement de la démocratie ». Ce que la cour a précisément voulu dire n'est pas tout à fait clair. A quelles institutions est-il directement porté atteinte par le fait qu'un parti politique soit dépendant de la commission de délits (16)? En posant explicitement que les partis politiques appartiennent « aux institutions du pays », la cour suggère qu'il s'agit d'une atteinte portée aux partis politiques : le Vlaams Blok lui-même et/ou les autres partis. Cette interprétation se situe encore moins dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a toujours interprété le concept d'« institutions politiques » ou d'« ordre politique intérieur » de manière bien plus restrictive.

Dans son arrêt du 18 novembre 2003, la Cour de cassation ne se rallia point aux nouvelles interprétations de l'article 150 de la Constitution proposées par les juges bruxellois. Elle confirma au contraire la définition qu'elle retient depuis plus d'un siècle : les délits politiques concernent une atteinte directe aux institutions politiques dans leur existence, leur organisation et leur fonctionnement, soit parce que le délit, par nature, consiste précisément en une telle atteinte, soit en raison du fait qu'une telle atteinte est le but et la conséquence directe du délit. Les institutions politiques comprennent notam-

ment la forme de l'Etat, les Parlements, l'autorité et les prérogatives constitutionnelles du Roi, l'ordre de succession au trône, l'exercice des compétences ministérielles et les droits politiques des citoyens. La Cour ajoute expressément qu'un parti politique n'est pas lui-même une institution politique.

La cour d'appel de Gand suit cette interprétation, et met en lumière le fait que le délit reproché aux trois a.s.b.l. ne pouvait en aucune manière avoir pour conséquence une atteinte directe aux institutions politiques. Les « droits politiques du citoyen » sont interprétés par la cour de manière restrictive comme visant les droits qui ont un lien avec l'exercice de la souveraineté (entre autres le droit de vote actif et passif et le droit d'être nommé aux emplois civils et militaires). Dans l'hypothèse où la cour étendrait ce concept aux droits politiques dits dérivés, l'on pourrait admettre que le délit en question avait comme but et effet potentiel l'atteinte aux droits politiques. Cet effet ne pouvait cependant être considéré comme une conséquence directe des agissements des a.s.b.l., puisque (trad. libre) « l'atteinte aux institutions politiques, et en particulier aux droits politiques des citoyens au sens large du terme, ne pourrait seulement se réaliser, le cas échéant, qu'après que le groupement ou l'association, en tablant sur les sentiments — latents ou non — de xénophobie existant au sein de certaines parties de la population et, par ce biais, sur un résultat électoral écrasant, ait pu mettre en pratique les points de son programme, ou encore, dans l'hypothèse où des tiers seraient influencés par les idées propagées par le groupement ou l'association en manière telle qu'ils en viendraient à porter atteinte à certains droits politiques des citoyens au sens large du terme ». Il est donc question de différents « maillons » intermédiaires entre les a.s.b.l. et l'atteinte aux droits politiques. Ceci vaut également pour les éventuelles atteintes à d'autres institutions politiques tels le fonctionnement du Parlement et l'organisation de l'Etat. « La seule circonstance que le parti politique Vlaams Blok dispose d'un certain nombre de représentants au sein des institutions législatives du pays, n'est en elle-même pas de nature à porter atteinte au fonctionnement et à l'organisation des institutions politiques législatives ou à menacer l'organisation de l'Etat. Seul un résultat électoral écrasant pourrait le cas échéant avoir une telle conséquence. Ici également, il y a, entre la collaboration reprochée aux prévenues et l'hypothétique atteinte (...), moult maillons intermédiaires (à savoir l'association ou le groupement, les électeurs et finalement les mandataires politiques eux-mêmes) ».

II. — La compatibilité de l'article 150 de la Constitution avec le principe d'égalité

A l'estime des conseils des a.s.b.l. poursuivies, la prévention mise à charge de celles-ci devait recevoir la qualification de « délit de presse » au sens de l'article 150 de la Constitution. Le but poursuivi par une telle requalification était particulièrement subtil : celle-ci fût-elle en effet admise, les prévenues trouvaient alors un titre à se prétendre victimes d'une discrimination opérée par cet article 150, qui, depuis sa modification en 1999, fait relever des juridictions correctionnelles les « délits de presse inspirés par le

p. 169), et le tribunal correctionnel de Hasselt en fit de même en 1999 dans le cadre d'un procès dirigé contre quelques hommes politiques qui avaient pénétré dans la base militaire de Kleine Brogel (*De Standaard*, 30 juillet 1999). Ces deux jugements sont toutefois sujets à caution, étant donné que le fait de pénétrer dans un domaine militaire n'emporte pas automatiquement une atteinte aux institutions politiques.

(11) Conclusions du premier avocat général Hayoit de Termicourt précédant Cass., 21 avril 1947, *op. cit.*, p. 170.

(12) Fr. Tulkens, *op. cit.*, p. 103.

(13) Voy. parmi d'autres, Cass., 7 septembre 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 334 (jurisprudence constante).

(14) Cass., 19 juin 1972, *Arr. Cass.*, 1972, p. 937; Cass., 2 avril 1973, *Arr. Cass.*, 1973, p. 770; Cass., 17 sept. 1973, *Arr. Cass.*, 1974, p. 46. Voy., G. Waillez, « Le refus de répondre au recensement pour un motif politique et l'article 98 de la Constitution », *J.T.*, 1972, p. 635.

(15) E. Brems, « Politieke misdrijf en racisme », *op. cit.*, pp. 37-39.

(16) Voy., D. De Prins, « Een gebrekkig... », *op. cit.*, pp. 10-11.

racisme et la xénophobie » — tel était le type de délit potentiellement présent en l'espèce —, tandis qu'il maintient la compétence du jury populaire pour les autres délits de presse. La discrimination dénoncée étant à son tour reconnue fondée, la juridiction gantoise aurait alors dû refuser l'application en l'espèce de l'exception prévue par l'article 150 de la Constitution, et, en conséquence, se déclarer incompétente pour connaître des poursuites (17).

Bien qu'elle se refuse à considérer que l'infraction d'appartenance visée à l'article 3 de la loi de la loi du 30 juillet 1981 doive être qualifiée de « délit de presse » par cela seul que le groupement concerné appelle de manière répétée à la discrimination à l'aide d'écrits qui, eux, sont constitutifs de « délits de presse », la cour d'appel de Gand n'en admet pas moins l'éventualité que l'un ou l'autre acte de « participation » reproché aux a.s.b.l. sous l'angle de l'article 3 puisse simultanément constituer par lui-même une infraction à l'article 1^{er} de la même loi, infraction qui, réalisée par voie d'écrit imprimé et publié, serait alors constitutive d'un délit de presse (concours idéal d'infractions).

C'est par cette porte relativement étroite que l'arrêt du 21 avril 2004 accepte de pénétrer au cœur de la controverse sur le caractère discriminatoire de la distinction de traitement opérée par l'article 150 de la Constitution entre catégories de délits de presse. En l'occurrence, la juridiction gantoise examine si cette distinction de traitement est compatible avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 10 du même instrument, et avec l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques considéré isolément ou combiné avec l'article 19 du même instrument. *In fine*, l'arrêt

(17) Telle était la conclusion à laquelle aboutissait, sur un plan purement théorique, E. Francis (« Bedenkingen bij de "correctionalisering" van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven », *R.W.*, 1999-2000, p. 393). A dire vrai cependant, il ne semble pas que cette solution s'impose nécessairement. La « réparation » de la discrimination prétendument causée par l'article 150 de la Constitution pourrait tout aussi bien être réalisée si l'ensemble des délits de presse relevait de la compétence du tribunal correctionnel (extension de l'exception). L'on dira que pareille utilisation de l'« effet paradoxal » du principe d'égalité n'est pas admissible, puisqu'elle prive la « victime » de la discrimination de ce qui constitue la raison d'être de son grief. Il faut cependant se souvenir que, créant une distinction de traitement entre les auteurs de délits de presse, l'article 150 de la Constitution crée également, et peut-être même avant tout, une distinction de traitement entre les victimes de délits de presse (voy., V. Ost, « Le raciste, ... », *op. cit.*, pp. 30-31). Or, à ce niveau, il apparaît que la catégorie la plus favorisée est celle des victimes de délits de presse à caractère raciste, tandis que la catégorie des victimes des délits de presse normaux est, quant à elle, la victime de la distinction de traitement. On aperçoit donc que, selon que l'on se place « côté victime » ou « côté auteur » des délits de presse, la correction de la prétendue discrimination réalisée par l'article 150 emprunte des voies radicalement opposées. Dira-t-on qu'il faut suivre tantôt l'une, tantôt l'autre, en fonction de l'identité de celui qui dénonce la « discrimination » opérée? Cette solution est incompatible avec la sécurité juridique. Entre ces deux voies, il faut choisir une fois pour toutes, au moyen d'une pesée des intérêts en présence. Or, il n'est pas certain que les intérêts des auteurs de délits de presse doivent prévaloir sur ceux de leurs victimes...

affirme cette compatibilité. Tant en la forme que sur le fond, un tel raisonnement est assurément remarquable, et mérite que l'on s'y arrête.

En la forme, la démarche consistant à contrôler la compatibilité d'une norme constitutionnelle avec un traité international postule nécessairement — quoiqu'ici implicitement — la reconnaissance préalable de la primauté du second sur la première. Or, cette reconnaissance préalable ne va nullement de soi, lorsque l'on contemple les controverses qu'elle a pu articuler — et articule encore — tant en doctrine qu'en jurisprudence (18). A y regarder de près cependant, la démarche ici entreprise par la cour d'appel de Gand, et le postulat de primauté qui lui est sous-jacent, ne sont pas du tout étrangers à la jurisprudence de la Cour de cassation, devant laquelle l'affaire se trouve précisément pendante. Dans les affaires *Inusop* et *Agusta*, cette Cour n'avait-elle pas aussi opéré un contrôle de compatibilité avec le droit international des droits de l'homme de certaines dispositions constitutionnelles, en l'occurrence, celles qui régissent la responsabilité pénale des ministres (19)?

Innovante en la forme, la conclusion à laquelle aboutit l'arrêt du 21 avril 2004 est également digne d'intérêt sur le fond, tant il est vrai qu'elle ne s'inscrivait pas, *a priori*, dans les prédictions d'une doctrine parfaitement unanime. Tout au long des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de l'article 150 opérée en 1999 (20), et à l'occasion des premiers commentaires doctrinaux de celle-ci, il se trouva en effet des voix (21) pour mettre en doute — certes avec une extrême prudence et sous une forme résolument interrogative — la pleine compatibilité, avec le principe de non-discrimination, de la distinction de traitement réalisée entre délits de presse « normaux » et « racistes ». Certes les auteurs concernés reconnaissent-ils la légitimité du but poursuivi par cette distinction : arracher les délits de presse à caractère raciste à la situation d'impunité qui, jusqu'en 1999, était celle de tous les délits de presse en général. Leurs doutes s'exprimèrent cependant à propos du caractère adéquat, et donc proportionné, de la solution re-

(18) Pour une synthèse en la matière, voy. J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht Publiek Recht*, Bruges, La Charte, 2^e éd., 2003, pp. 102 et s.

(19) Voy., en effet Cass., 12 févr. 1996, *Bull.*, 1996, p. 189 (*I.N.U.S.O.P.*) et Cass., 16 sept. 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340 (*Agusta*), tels qu'analysés par O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 226 à 230, J.-S. Jamart, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, p. 133, et J. Velu, « Avis sur le projet de loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n° 897/6, pp. 284-285.

(20) Pour un résumé des positions émises à ce propos lors des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 7 mai 1999, voy. V. Ost, « Le raciste, le diffamateur, ... », *op. cit.*, pp. 29 et s.

(21) En doctrine, voy. en effet *ibid.*, pp. 29 et s.; Fr. Tulkens, « Pour un droit constitutionnel des médias », *R.B.D.C.*, 1999, numéro spécial, *Quelle déclaration de révision de la Constitution?*, pp. 16 et s.; Fr. Tulkens et S. van Drooghenbroeck, « La Constitution belge et l'incitation à la haine », *Rapports belges au congrès de l'Académie de droit international comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 821; E. Francis, « Bendenkingen... », *op. cit.*, pp. 390-393; R. Ergec, *Introduction au droit public*, t. II, *Les droits et libertés*, 2^e éd., Kluwer, Bruxelles, 2003, p. 166.

tendue par le constituant : « si le but poursuivi est de porter remède à une effectivité particulière qui n'est que la manifestation d'une ineffektivité générale, il est incohérent de mettre en œuvre un moyen qui n'est efficace qu'au regard de la première et de laisser sans remède la seconde » (22). D'autres auteurs, par contre, n'émirent aucune objection quant à la validité de la distinction de traitement opérée entre catégories de délit de presse (23), et présentèrent au contraire celle-ci comme un juste compromis entre la volonté d'assurer une répression effective des délits à caractère raciste et le souci non moins légitime de réduire au strict minimum les restrictions apportées à la liberté de presse en général. « Il faut admettre que placer une activité expressive raciste dans une catégorie particulière répond à l'importance capitale de l'objectif qui est la raison d'être de la modification de la procédure pénale pour ces délits de presse particuliers. Peu de préoccupations sont aussi cruciales pour une société démocratique », écrit en ce sens A. Schaus (24).

Si tant est qu'elle ne l'ait pas déjà implicitement fait à l'occasion de son arrêt du 18 novembre 2003 (25), il appartiendra le cas échéant à la Cour de cassation de trancher la délicate controverse ci-avant brièvement résumée, pour autant, bien entendu, qu'elle en reconnaisse la pertinence dans le cadre du pourvoi qui lui est actuellement soumis (26).

III. — Les éléments constitutifs du délit et les éléments de preuve retenus

Le délit pour lequel les trois a.s.b.l. ont été condamnées porte sur l'« appartenance » ou le « concours prêté » à un groupement ou une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation ou prône celles-ci dans les circonstances de publicité

(22) Fr. Tulkens, « Pour un droit constitutionnel des médias... », *op. cit.*, p. 18.

(23) Voy. en ce sens, A. Schaus, « Le délit de presse raciste », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 748 et s.; D. Batselé, « Racisme et liberté d'expression - Examen de législation et de jurisprudence belges », *R.T.D.H.*, 2001, numéro spécial, *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, p. 330.

(24) A. Schaus, « Le délit de presse raciste », *op. cit.*, p. 750.

(25) On peut en effet se demander si, implicitement mais certainement, la Cour de cassation, à l'occasion de son arrêt du 18 novembre 2003, n'a pas déjà tranché la question de compétence soulevée par le caractère prétendument discriminatoire de l'article 150 de la Constitution. Si tant est en effet que la Cour de cassation eusse pu effectivement admettre l'existence de la discrimination vantée, et déduire de cette situation que seule la cour d'assises était compétente pour juger de la prévention mise à charge des trois a.s.b.l., n'aurait-elle pas dû alors valider par une « substitution de motifs » le dispositif d'incompétence de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 26 février 2003? Sur la technique de substitution de motif, voy. J.-Fr. van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction*. « *Curia dicit jura* », Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2004, notam., pp. 673 et s.

(26) La question ne se pose en effet que si la Cour de cassation admet au préalable, comme la cour d'appel de Gand, l'éventualité d'une intersection entre les faits de participation reprochés aux trois a.s.b.l. et la catégorie des délits de presse.

2004

593

indiquées à l'article 444 du Code pénal (art. 3, L. 30 juill. 1981). Un coup d'œil jeté sur l'objet social des associations concernées apprend que l'a.s.b.l. Vlaams Concentratie prête un appui financier et matériel au Vlaams Blok, entre autres par le financement des campagnes électorales; que l'a.s.b.l. Nationalistisch Vormingsinstituut pourvoit entre autres à la formation politique des mandataires du Vlaams Blok; et que l'a.s.b.l. Nationalistische Omroep Stichting s'occupe de la diffusion des opinions du Vlaams Blok via la radio et la télévision. Les trois associations furent exclusivement constituées pour prendre part au fonctionnement du parti concerné, de sorte que la simple mise en œuvre de leur objet social produit déjà le « concours » visé par l'article 3 de la loi « Moureaux ». De surcroît, la cour tient pour démontré que les trois a.s.b.l. « font partie » du Vlaams Blok, entre autres parce que leur siège est le même que celui du parti, parce que leur président, secrétaire et trésorier sont en même temps président, vice-président et trésorier du Vlaams Blok, et parce que leur comptabilité est reprise dans la comptabilité consolidée de ce dernier.

La condamnation concerne le fait de « prôner » — et non de « pratiquer » — la discrimination. Le fait de « prôner » la ségrégation n'a pas été retenu. Renvoyant aux travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 1981, la cour énonce que l'expression « prôner la discrimination », reprise à l'article 3 de cette loi, doit être interprétée comme visant les faits qui sont punissables au regard de l'article 1^{er} de la même loi, à savoir l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence sur la base de la prétendue race, de la couleur de peau, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique. A l'occasion de l'analyse des pièces qui lui étaient soumises, la cour opère une distinction entre, d'un côté, l'incitation à la haine, et d'un autre côté, l'incitation à l'adoption de mesures discriminatoires. Dans la première catégorie tombe la propagande qui, selon la cour, dépeint en permanence une image haïssable des « étrangers » et qui par ce biais attise des sentiments de haine au sein de la population. A la seconde catégorie se rattachent les propositions politiques du Vlaams Blok, telles qu'elles transparaissent notamment de son programme électoral de 1999. En ce qui concerne l'élément d'« incitation », la cour énonce que « un encouragement général (...) est déjà suffisant. Un (...) plaidoyer en faveur d'une modification législative discriminatoire peut donc (...) indubitablement être considéré comme un encouragement d'ordre général à commettre une discrimination ». Lorsque ces propositions sont introduites au Parlement, cette introduction ne peut cependant en elle-même être utilisée comme preuve de l'« incitation à la discrimination ». Comme les parlementaires jouissent, dans l'exercice de leur fonction, de l'irresponsabilité visée à l'article 58 de la Constitution, il ne peut être admis que la preuve que le Vlaams Blok prône la discrimination soit rapportée par le biais d'opinions ou de votes émis par ceux-ci dans l'enceinte parlementaire dans l'exercice de leur fonction parlementaire, ou à l'aide de leur compte rendu dans les documents du Parlement (27).

(27) La Cour d'arbitrage statua précédemment en sens identique à propos de la possibilité de retrait du financement public des partis qui sont hostiles aux droits et libertés : C.A., 10/2001, 7 févr. 2001, pt B.4.7.4.

Une simple offense ne constitue par contre pas une « incitation à la haine » : « L'incitation doit être de nature à pousser des tiers à des sentiments de haine à l'encontre des personnes, du groupement, de la communauté ou de leurs membres qui sont visés ».

L'expression « de façon manifeste et répétée » est interprétée par la Cour comme signifiant « de manière ouverte et systématique ». En ce qui concerne l'incitation à la haine, il s'agit d'une « campagne de haine systématique menée contre les « étrangers » ». De ce que la définition du délit visé à l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 inclut le caractère du « manifeste » et de la « répétition », l'on ne peut déduire sans plus que chacune des citations de la propagande du Vlaams Blok reprises par l'arrêt puisse être qualifiée en elle-même d'« incitation à la haine » au sens de l'article 1^{er} de la loi. La répétition continue de propos déterminés, et le fait qu'il s'agit en l'espèce de la propagande d'un parti politique, sont des paramètres cruciaux. Certains propos n'incitent pas à la haine (mais constituent par exemple une simple offense) lorsqu'ils émanent d'un individu, mais acquièrent bel et bien cet effet lorsqu'un parti politique les reprend dans sa propagande. Le contexte est d'une importance capitale. Des propos qui en eux-mêmes ne sont pas pénalement sanctionnables peuvent néanmoins valoir comme preuve d'une campagne de haine systématique usant de procédés tels que la présentation unilatérale de données, les slogans et les sarcasmes. En ce qui concerne les propositions politiques du Vlaams Blok, la cour attire l'attention sur la continuité entre le « programme en 70 points » de 1992, sa version revue de 1996, et les renvois à celle-ci contenus dans le programme électoral de 1999 et dans un livre signé par Filip Dewinter en 2000. La cour énonce que la majeure partie des propositions de ce « programme en 70 points » est discriminatoire au sens de la loi du 30 juillet 1981, et qu'il ne peut être question d'une quelconque évolution fondamentale dans la « politique des étrangers » qui s'en trouve au fondement. De surcroît, le slogan « assimilation ou retour », auquel le Vlaams Blok réduisit sa « politique des étrangers » vers la fin de la période infractionnelle, est également considéré comme discriminatoire.

Les données factuelles sur lesquelles la cour fonde sa condamnation sont très étendues et diverses : des programmes du parti et autres livres jusqu'aux pamphlets et caricatures, en passant par la propagande locale. La période infractionnelle s'étend du 2 juillet 1999 (date d'entrée en vigueur de la loi instituant la responsabilité pénale des personnes morales) au 29 janvier 2001 (date des citations introductives d'instance). Les publications et prises de position les plus récentes du parti ne furent donc pas examinées. Les publications datées d'avant 1999 ont par contre été intégrées dans l'appréciation de la cour. Cela s'avérerait nécessaire, à l'estime de cette dernière, étant donné que l'infraction reprochée implique que le Vlaams Blok ait pu, dès le début de la période infractionnelle, être clairement identifié par les prévenues comme un groupement ou une association qui, de manière manifeste et répétée, prône la discrimination. De surcroît, la cour estime que des textes plus anciens peuvent être utiles à l'interprétation de textes plus récents. Un grand nombre de ces textes éma-

nent des sections locales du parti. La cour n'aperçut en cette circonstance aucune raison de les écarter, notamment en raison de la structure hiérarchisée du parti et parce que ce dernier — en dépit de l'existence, statutairement convenue, d'un droit de contrôle sur toutes les publications — n'avait jamais désapprouvé, de quelque manière que ce soit, le contenu de celles-ci.

IV. — La légalité des incriminations et des peines

Tel que consacré par les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 12 et 14 de la Constitution belge, le principe de la légalité en matière criminelle requiert que la loi pénale soit formulée en des termes « qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable » (28).

Ci-avant décrite en ses différents éléments constitutifs, l'infraction sous le coup de laquelle tombèrent les trois prévenues répond-elle à cette exigence de sécurité juridique? L'arrêt du 21 avril 2004 consacre de longs développements à la question, et y répond, en l'occurrence, par l'affirmative.

Sans doute l'aspect le plus problématique de la démonstration de la juridiction gantoise réside-t-il *a priori* dans l'affirmation selon laquelle le concept de « discrimination », qui circonscrit pour partie le périmètre de l'infraction reprochée, présente une « prévisibilité » suffisante. S'appuyant sur la jurisprudence internationale, l'arrêt du 21 avril 2004 rappelle en effet que, sous ce concept de « discrimination », n'est pas visée n'importe quelle distinction de traitement, mais uniquement la distinction de traitement manquant de « justification objective et raisonnable ». A son estime cependant, la circonstance que le juge pénal est amené, en application de la loi Moureaux, à rechercher l'existence, *vel non*, d'une telle « justification », n'est pas contraire au principe de la légalité en matière criminelle.

Que penser? Une difficulté rigoureusement identique avait été aperçue à l'occasion des travaux préparatoires et des premiers commentaires doctrinaux (29) de la loi du 25 février 2003 (30), dite « Mahoux-Onke-

(28) C.A., n° 69/2003, 14 mai 2003, pt B.9.3. Pour de plus amples développements, voy. M. Nihoul, « A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité et de prévisibilité du droit pénal », *J.T.*, 2004, pp. 2 et s.

(29) Voy., parmi d'autres, J. Velaers, « De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet - Enkele constitutionele beschouwingen », *Vrijheid en gelijkheid*, Anvers, Maklu, 2003, pp. 322 et s.; S. van Drooghenbroeck, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une "horizontalisation" des droits de l'homme », *A.P.T.*, 2003, pp. 248-249, n°s 123-125; D. Voorhoof, « De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid : ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster? », *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, sous la dir. de M. De Vos et E. Brems, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 188 et s.

(30) Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003.

linkx », qui présente elle aussi cette particularité d'ériger en infraction pénale, notamment, l'incitation à la « discrimination ». A l'estime du Conseil d'Etat (31) et du ministre de la Justice (32) en effet, l'élément de « justification objective et raisonnable », inhérent à la notion de « discrimination », est par trop pétri de subjectivité pour assurer la prévisibilité requise en matière pénale.

Cette critique est sans doute largement fondée si l'on endosse une conception particulièrement exigeante de la légalité en matière criminelle, telle celle que la Cour d'arbitrage semble défendre dans sa jurisprudence la plus récente : à l'estime du juge constitutionnel (33), les notions « d'atteinte à la sécurité de l'Etat », « de bonnes mœurs », « d'ordre public » ou encore de « faute », « ne peuvent constituer à elles seules la définition d'une incrimination pénale, sans créer une insécurité inadmissible ». Par contre, le relatif flou conceptuel situé à la marge de la notion de « justification objective et raisonnable » est nettement moins problématique au regard de la conception beaucoup plus souple de la légalité en matière criminelle promue par la Cour européenne des droits de l'homme (34). En l'occurrence, cette Cour juge suffisamment prévisible, au regard de l'article 7 de la Convention, la répression pénale des « activités inspirées par la national-socialisme » (35) (*sic*), ou encore, de l'« incitation du peuple à la haine et à l'hostilité sur base d'une distinction fondée sur la race » (36) (*sic*).

Les quelques données qui précèdent invitent-elles à nuancer, voire même à contredire, la position retenue par la cour d'appel de Gand? Il est permis d'en douter. Cette cour n'était en effet pas appelée à se prononcer *in abstracto* sur la prévisibilité de la répression pénale organisée par la loi Moureaux en général, mais *uniquement sur la prévisibilité de la répression pénale, sur la base de cette loi, des propos discriminatoires concrètement reprochés au groupe dont les trois a.s.b.l. font partie* (37).

(31) Voy. sur ce point l'avis rendu le 16 novembre 2000 au sujet de la proposition de loi initiale : *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 12/5, p. 8.

(32) *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 12/15, p. 11.

(33) C.A., n° 69/2003, 14 mai 2003.

(34) « Aussi clair que le libellé d'une disposition puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique des Etats parties que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit raisonnablement cohérent avec la substance de l'infraction et soit raisonnablement prévisible » (Cour eur. D.H., arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001, § 50).

(35) Voy. Cour eur. D.H., décision *Schimanek c. Autriche*, 1^{er} févr. 2000.

(36) Cour eur. D.H., arrêt *Yasar Kemal Göckceli c. Turquie*, 4 mars 2003, § 51.

(37) Voy. *mutatis mutatis*, J. Velaers, qui, tout en se montrant particulièrement dubitatif sur la compatibilité avec le principe de la légalité criminelle de la notion générale de « justification objective et raisonnable », n'en admet pas moins qu'*in concreto*,

Or, à ce niveau éminemment concret, et dans les circonstances de l'affaire, les hésitations légitimes que l'on peut théoriquement éprouver sur la portée de la notion de « justification objective et raisonnable » n'étaient, à notre estime, pas véritablement permises. A titre d'exemple, la cour d'appel de Gand fonde sa condamnation sur diverses propositions du « programme en 70 points » du Vlaams Blok, propositions suggérant de limiter, voire de supprimer, dans le chef de non-ressortissants européens, le bénéfice de certaines prestations sociales contributives (allocations familiales, chômage). Or, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme enseigne, aux termes d'une jurisprudence fixée *antérieurement* (38) à la période infractionnelle prise en compte par la juridiction gantoise, que pareilles distinctions de traitement fondées sur la nationalité ne peuvent recevoir aucune justification objective et raisonnable.

V. — La liberté d'expression

L'argument selon lequel l'arrêt de la cour d'appel de Gand viole la liberté d'expression est la ligne de défense à l'aide de laquelle le Vlaams Blok peut indubitablement tabler sur la plus grande sympathie aux yeux de l'opinion publique.

Le raisonnement consiste à dire que l'article 3 et/ou l'article 1^{er} de la loi du 30 juillet 1981, appliqués à un discours politique, brident de manière excessive le libre débat politique. Le point de vue affirmant que les expressions d'opinions racistes devraient également être autorisées (limitées ou non au contexte politique) est peut-être un point de vue légitime dans une société démocratique. Le point de vue opposé — auquel le législateur belge se rallie depuis l'adoption de la loi du 30 juillet 1981 — est cependant tout aussi légitime. Ce dernier reçoit de surcroît un appui dans la pratique de la grande majorité des Etats européens, dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et dans les prises de position des organes institués par lesdits instruments, parmi lesquels la Cour européenne des droits de l'homme.

Il y va en réalité d'un conflit entre droits fondamentaux. D'un côté se trouve la liberté d'expression. Il est de jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme que cette liberté pèse d'un poids particulièrement important lorsqu'il s'agit d'un débat politique relatif à des sujets d'intérêt général (39). De surcroît, cette liberté vaut également expressément pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent (40). De l'autre côté se

ce problème de compatibilité ne se posera pas en présence de propositions manifestement discriminatoires : « Er zal, in de licht van artikel 7 van het E.V.R.M., geen probleem zijn, wanneer het gaat om ongelijke behandelingen waarvan het van meetafaan duidelijk is dat het om discriminaties gaat, of waarvan later, in het licht van de rechtsspraak die ter zaak zal tot stand komen, duidelijk zal blijken dat het om discriminaties gaat » (J. Velaers, « De horizontale werking... », *op. cit.*, p. 324).

(38) Cour eur. D.H., arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, 16 sept. 1996, § 50.

(39) Voy. par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, série A, n° 236, § 42.

(40) Voy. par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, série A, n° 24, § 49.

trouve l'interdiction de la discrimination. Celle-ci, de même que l'exclusion et la stigmatisation, surviennent non seulement au travers d'actes, mais également de discours et de représentations. Une protection effective contre la discrimination requiert donc que le discours discriminatoire soit également combattu. Ceci implique cependant une restriction à la liberté d'expression. Regimber face à cette issue, c'est apporter une limitation au droit d'être protégé contre la discrimination. La résolution des conflits entre droits fondamentaux est le plus souvent abandonnée aux autorités nationales (législateurs et juges). En ce qui concerne l'expression d'opinions racistes, les instruments des Nations unies donnent toutefois résolument priorité à l'interdiction de la discrimination par rapport à la liberté d'expression des racistes. L'article 20, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ». L'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (1965) franchit un pas supplémentaire, en exhortant les Etats à faire usage de la loi pénale contre l'expression d'opinions racistes, à incriminer entre autres la participation à des organisations qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent, à déclarer illégales de telles organisations et à les interdire (41). Quoique le législateur belge se soit délibérément refusé à introduire la dernière mesure citée — la plus incisive de toutes — la loi du 30 juillet 1981 fut précisément adoptée en exécution de la Convention susdite.

A maintes reprises, Commission et Cour européennes des droits de l'homme ont eu à connaître de requêtes émanant d'individus ayant été condamnés sur la base d'une législation réprimant l'expression d'opinions racistes, antisémites ou négationnistes. A l'exception de l'une d'entre elles (42), au demeurant atypique, toutes ces requêtes furent déclarées irrecevables (43). Jusqu'il y a peu, il s'agissait

(41) La Belgique a formulé sur ce point une réserve, laquelle insiste sur le respect de la liberté d'expression, ainsi que de la liberté de réunion pacifique et de la liberté d'association. Comme le fait observer la cour d'appel de Gand, cette réserve ne dénie cependant en aucune manière le droit d'adopter une législation limitant les droits et libertés susdits au profit de la lutte contre le racisme.

(42) Il s'agissait en l'occurrence de la condamnation d'un journaliste qui, dans le cadre d'un programme télévisé, avait donné la parole à de jeunes racistes, sans cependant appuyer le moins du monde leurs opinions. La cour estima cette condamnation incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994, série A, n° 298).

(43) Au sujet du racisme, voy. Comm. eur. D.H., décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, 11 oct. 1979, D.R., 18, p. 187; Comm. eur. D.H., décision *Ochensberger c. Autriche*, 2 sept. 1994; Comm. eur. D.H., décision *Hennicke c. Allemagne*, 21 mai 1997. Au sujet du négationnisme, voy. Comm. eur. D.H., décision *X c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juill. 1982, vol. 29, p. 198; Comm. eur. D.H., décision *T. c. Belgique*, 14 juill. 1983, D.R., vol. 34, p. 171; Comm. eur. D.H., décision *Felderer c. Suède*, 1^{er} juill. 1985, *European Human Rights Reports*, 1986, p. 91; Comm. eur. D.H., décision *F.P. c. L'Allemagne*, 29 mars 1993; Comm. eur. D.H., décision *Walendy c. Allemagne*, 11 janv. 1995,

d'une irrecevabilité pour « défaut manifeste de fondement ». En d'autres termes, aux yeux de la Commission et de la Cour, il était tellement peu douteux que la limitation apportée à l'expression d'opinions racistes fût justifiée, que l'affaire n'avait même pas besoin d'être traitée au fond. Dans de nombreux cas, les organes de Strasbourg firent usage de la clause d'abus de droit visée par l'article 17 de la Convention (44) aux fins d'interprétation de la clause de limitation de l'article 10, § 2, du même instrument. Dans l'affaire la plus récente cependant, la Cour modifia son approche (45). Elle s'appuya sur la « clause d'abus de droit » pour affirmer qu'un négationniste français ne pouvait se fonder sur l'article 10 de la Convention aux fins de revendiquer le droit de mettre en doute la réalité de crimes contre l'humanité. La requête fut déclarée irrecevable, cette fois-ci en raison de son « incompatibilité *ratione materiae* » avec la Convention. Le raisonnement ne consiste plus ici à affirmer que l'on se trouve en présence d'une limitation manifestement autorisée à l'égard de la liberté d'expression, mais bien à soutenir que l'expression de certaines opinions se situe hors de la sphère de protection de cette liberté (46). Par cette utilisation de la « clause d'abus de droit », la Cour renoue avec l'une ou l'autre ancienne décision de la Commission (47). Reste cependant à voir si cette nouvelle interprétation des articles 10 et 17 de la Convention européenne des droits de l'homme se cantonnera au négationnisme, ou s'étendra au racisme, à l'antisémitisme et à

toute autre forme de *hate speech*. Il est en toute hypothèse indubitable que la Cour européenne des droits de l'homme admet, voire encourage, les limitations d'ordre pénal apportées à l'expression d'opinions racistes, de sorte que les griefs formés à l'encontre de telles limitations sous visa de liberté d'expression n'ont pratiquement aucune chance de prospérer.

Lorsqu'elle affirme la compatibilité de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 avec la liberté d'expression, la juridiction gantoise se réfère entre autres à l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, à l'article 20, § 2, du Pacte international sur les droits civils et politiques, et à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutes ces dispositions entrent en jeu dans l'appréciation de la légitimité, de la pertinence et de la proportionnalité de la limitation à la liberté d'expression qui se trouve en cause. Pour étayer sa conclusion relative à la proportionnalité, la Cour attire de surcroît l'attention sur l'ampleur limitée des peines encourues, dès lors que, à l'encontre du groupement proprement dit ou de l'association proprement dite qui prône la discrimination, aucune sanction ne peut être prise.

VI. — Et maintenant?

L'arrêt du 21 avril 2004 condamne chacune des trois a.s.b.l. à une amende pénale de 12.394,67 €. Celles-ci devront de surcroît verser, à titre de dommages et intérêts, 5.000 € au Centre pour l'égalité des chances, et 2.500 € à la Liga voor Mensenrechten.

Sous réserve d'une éventuelle cassation, telles sont les sanctions encourues dans l'immédiat, ni plus, ni moins. Dans les heures et jours qui ont suivi l'arrêt, l'on entendit affirmer que cette condamnation, moyennant le *fiat* de la Cour de cassation, mettrait en péril le droit du Vlaams Blok ou de ses mandataires de se présenter aux élections, ou encore, contraindrait celui-ci à changer de nom. De telles propositions ne tiennent juridiquement pas la route, et alimentent un mauvais feuillet à suspense renforçant la posture de « martyr de la démocratie » dans laquelle se complait le parti concerné. Par contre, comme toute condamnation pénale, la condamnation prononcée en l'espèce a une vocation dissuasive : ôter à l'auteur l'envie de réitérer les actes — en l'occurrence les propos — qui lui ont valu d'être condamné.

Pertinente est la question de l'incidence, directe ou indirecte, que la condamnation intervenue, et les motifs qui la soutiennent, pourraient avoir sur le financement public du Vlaams Blok. Cette question est particulièrement complexe, dès lors qu'elle invite à conjuguer les aléas politiques aux incertitudes de droit.

Aléas politiques. — Tel qu'inséré par une loi du 12 février 1999 (48), l'article 15ter de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des Chambres fédérales, ainsi qu'au financement public et à la comptabilité ouverte des partis politiques, prévoit en

substance que le Conseil d'Etat pourra supprimer en tout ou partie la dotation publique d'un parti qui, « par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ». A l'heure actuelle, ce dispositif n'est cependant pas encore opérationnel, et nul ne peut garantir qu'il le sera dans un avenir plus ou moins rapproché. Une loi de complément s'est en effet avérée nécessaire pour organiser la procédure à suivre devant le Conseil d'Etat. Or, l'adoption de cette loi est actuellement enlisée devant la commission de l'intérieur du Sénat (49). Et encore faut-il constater que cette loi de complément fait elle-même appel à des arrêtés d'application supplémentaires.

Incertitudes de droit. — A supposer que le dispositif de l'article 15ter précité soit rendu opérationnel, encore faudra-t-il examiner son champ d'application *ratione temporis*. Les éléments de propagande du Vlaams Blok sur lesquels est fondée la condamnation gantoise pourront-ils être pris en considération aux fins de démontrer, au sens de l'article 15ter précité, l'hostilité manifeste de ce parti à l'égard des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme? En l'état actuel des débats parlementaires relatifs à la « loi de complément » de l'article 15ter, la réponse semble positive (50). Non sans avoir beaucoup hésité, la Chambre semble en effet s'être implicitement ralliée à l'avis du Conseil d'Etat (51), selon lequel, en substance, il est permis de « remonter » jusqu'au 28 mars 1999 — date d'entrée en vigueur de l'article 15ter — pour constituer le « dossier à charge » du parti concerné. Reste à savoir, cependant, si le Sénat ratifiera à son tour un tel régime transitoire.

Plus fondamentalement encore, se pose également la question des rapports existant entre les champs d'application *ratione materiae* respectifs de l'article 15ter précité et des dispositifs répressifs de la loi « Moureaux » du 30 juillet 1981.

Une certitude semble émerger sur ce point. Une condamnation préalable sur la base de cette dernière loi n'est pas, juridiquement, une condition *sine qua non* de la démonstration de l'hostilité manifeste d'un parti à l'égard des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Cette hostilité peut en effet se situer ailleurs que dans un discours raciste et xénophobe.

Plus délicate est en revanche la question de savoir si l'incitation à la discrimination raciale, condamnable — et *in casu* condamnée — sur

(49) Issu d'une proposition déposée le 24 septembre 2003, le texte de cette loi de complément a été adopté par la Chambre (voy. *Doc. parl.*, Chambre, doc. 51-217/12), et transmis au Sénat le 13 février 2004. L'on remarquera que, dans la version du texte ainsi approuvée par la Chambre, a été abrogée la possibilité d'un recours devant la Cour de cassation contre les arrêts rendus par le Conseil d'Etat en application de l'article 15ter. Cette possibilité avait été introduite par la loi du 12 février 1999.

(50) Voy. note précédente.

(51) Avis n° 36172/4, 4 déc. 2003, *Doc. parl.*, Chambre, doc. 51-217/7, spéc. p. 11.

D.R., 80-A, p. 99; Comm. eur. D.H., décision *Remer c. Allemagne*, 6 sept. 1995, D.R., 82-A, p. 117; Comm. eur. D.H., décision *Honsik c. Autriche*, 18 oct. 1995; Comm. eur. D.H., décision *N.P.D. Bezirksverband München-Oberbayern c. Allemagne*, 29 nov. 1995, D.R., 84-A, p. 154; Comm. eur. D.H., décision *Rebhandl c. Autriche*, 16 janv. 1996; Comm. eur. D.H., décision *Pierre Marais c. France*, 24 juin 1996, D.R., 86-B, p. 190; Comm. eur. D.H., décision *D.I. c. Allemagne*, 26 juin 1996; Cour eur. D.H., décision *Hans Jürgen Witzsch c. Allemagne*, 20 avril 1999. Au sujet du néo-nazisme et du national-socialisme, voy. Comm. eur. D.H., décision *X. c. Autriche*, 13 déc. 1963, *Annuaire*, 1963, p. 424; Comm. eur. D.H., décision *X. c. Italie*, 21 mai 1976, D.R., vol. 5, p. 83; Comm. eur. D.H., décision *Kühnen c. République Fédérale d'Allemagne*, 12 mai 1988, D.R., vol. 56, p. 210; Comm. eur. D.H., décision *H., W., P. et K. c. Autriche*, 12 oct. 1989, D.R., 62, p. 220; Comm. eur. D.H., décision *Nachtmann c. Autriche*, 9 sept. 1998; Cour eur. D.H., décision *Schimanek c. Autriche*, 1^{er} févr. 2000.

(44) « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues dans la présente Convention ». Voy. S. van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 550-560.

(45) Cour eur. D.H., décision *Garaudy c. France*, 24 juin 2003.

(46) Voy. égalem., Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998, §§ 47 et 55.

(47) Comm. eur. D.H., décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, 11 oct. 1979, *op. cit.*; Comm. eur. D.H., décision *K.P.D. c. Allemagne*, 20 juill. 1957, *Annuaire*, I, p. 222 (à propos d'une interdiction de parti politique).

la base de la loi du 30 juillet 1981, constitue concurremment un témoignage d'hostilité à l'égard des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, susceptible à son tour d'être sanctionnée sur la base de l'article 15ter.

Une première difficulté se présente *a priori*, liée à l'étroitesse du catalogue des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (52). Textuellement, celle-ci ne garantit que des droits de la « première génération », de sorte que de prime abord, une incitation à la discrimination raciale dans la jouissance d'autres droits fondamentaux — sociaux, par exemple — ne pourrait être qualifiée d'acte « d'hostilité » à l'égard de cette Convention, bien que cette incitation soit passible de la loi du 30 juillet 1981. A y regarder de près cependant, cette objection se fonde sur une lecture de la Convention qui n'est plus guère défendable aujourd'hui. Non seulement les « droits sociaux » y ont résolument fait leur entrée grâce à l'interprétation dynamique qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme (53), mais en plus semble-t-il acquis que la discrimination raciale, dans quelque domaine que ce soit, constitue par elle-même un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (54).

Une seconde difficulté se présente alors, liée à l'interprétation restrictive donnée par la Cour d'arbitrage aux termes qui circonscrivent l'hypothèse d'application de l'article 15ter. Selon la Cour en effet, l'« hostilité » visée par cette disposition « ne peut se comprendre (...) que comme une incitation à violer une norme juridique en vigueur (notamment à commettre des violences et à s'opposer aux règles [contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels] » (55). D'autre part, il convient que l'hostilité dont question s'exerce à l'encontre de « principes essentiels au caractère démocratique du régime » (56). La seconde condition posée par le juge constitutionnel n'est pas problématique pour la question qui nous occupe : au nombre des « principes essentiels au caractère démocratique du régime », celui-ci range en effet explicitement « la condamnation du racisme et de la xénophobie ». La première condition, par contre, est source de difficultés. A l'estime de cer-

tains commentateurs (57) de l'arrêt en effet, l'interprétation implicitement assignée par la Cour d'arbitrage au concept d'« incitation » serait plus étroite que celle que retient la jurisprudence judiciaire dans le cadre de l'application de la loi du 30 juillet 1981 (58). Il s'ensuivrait que les motifs retenus à l'appui d'une condamnation sur la base de ladite loi *ne pourraient pas nécessairement être jugés suffisants* pour justifier la suppression de tout ou partie de la dotation publique d'un parti politique sur pied de l'article 15ter. M. Verdussen cite l'exemple — fort pertinent pour notre propos! — d'un parti politique qui, dans un tract, défendrait l'idée que tels ou tels groupes de personnes devraient être exclus du bénéfice de tels ou tels droits fondamentaux en raison de l'appartenance ethnique de leurs membres (59). A suivre l'interprétation la plus dure de l'arrêt de la Cour d'arbitrage, ce parti ne pourrait, pour un tel motif, se voir retirer son financement public, dès lors qu'il n'y a, dans ce tract, « ni instigation à la violence, ni apologie de l'insoumission » (60). Cette lecture particulièrement étroite de l'arrêt ne fait cependant pas l'unanimité (61). Force nous est pour notre part de constater qu'elle tendrait à introduire une incohérence dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Dans son arrêt 45/96 du 12 juillet 1996, cette Cour avait en effet admis la compatibilité avec la liberté d'expression de la répression pénale du négationnisme, au motif pris que celui-ci offense gravement une ou plusieurs catégories de personnes et conduit, même indirectement, à la réhabilitation d'une idéologie criminelle et hostile à la démocratie (le national-socialisme) (62). Il ne fut ici nullement question d'exiger, par surcroît, que le discours négationniste appelle explicitement à la violence à l'égard du peuple juif, ou à la violation concrète de normes en vigueur qui garantissent à ce peuple ses droits fondamentaux. *Sur un plan strictement juridique*, la répression pénale d'un discours est une restriction plus sévère à la liberté d'expression que celle qui consiste à retirer à un parti politique son financement public. Même sans ce financement, ce parti conserve la possibilité de s'exprimer et de se présenter au suffrage des électeurs. Partant, la lecture la plus étroite de l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage à propos de l'article 15ter aboutirait à cette conséquence, selon nous difficilement admissible, que le juge constitutionnel belge autoriserait que l'on réprime deux types de comportements à l'aide de sanctions dont la sévérité est *inversement proportionnelle* à leur « gravité » intrinsèque. En d'autres termes, ce juge subordonnerait l'admissibilité des res-

trictions les plus sévères à la liberté d'expression à des conditions moins exigeantes que celles auxquelles il subordonne l'admissibilité de restrictions moins sévères à cette liberté. L'absurdité d'une telle conclusion n'invite-t-elle pas à une lecture plus modérée des positions de la Cour d'arbitrage relatives à l'article 15ter, laquelle conduit à apercevoir une correspondance entre, d'une part, les motifs susceptibles de justifier la condamnation du discours d'un parti sous l'angle de la loi du 30 juillet 1981, et, d'autre part, les motifs susceptibles de justifier la suppression de tout ou partie du financement public de ce parti?

Que retenir de ce qui précède, si ce n'est qu'en l'état actuel, la question du lien entre, d'une part, la condamnation prononcée par l'arrêt du 21 avril 2004 — dans l'hypothèse de sa confirmation en cassation — et, d'autre part, la suppression du financement public accordé au Vlaams Blok en application de la loi du 4 juillet 1989, n'appelle pas de réponse certaine et définitive. L'inconnue majeure réside bien évidemment dans l'attitude future du législateur : va-t-il, et selon quelles modalités, faire en sorte que la procédure visant à une telle suppression soit enfin opérationnelle?

* * *

A l'occasion de son troisième rapport concernant notre pays, rendu public le 27 janvier 2004 (63), la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance disait sa préoccupation face à la présence continue du discours raciste et xénophobe dans la sphère politique belge, ainsi qu'au succès grandissant des partis politiques qui en sont les auteurs (64). En conséquence, ce comité invitait la Belgique à intensifier la réaction institutionnelle à l'égard de ce phénomène, et, en particulier, recommandait aux autorités belges de veiller à ce que les auteurs d'actes ou écrits racistes et xénophobes soient tous poursuivis, en ce compris s'il s'agit de partis politiques ou d'organisations liées à ceux-ci (65).

Face à une inquiétude qui a cessé d'être strictement nationale pour acquérir une dimension européenne, l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 21 avril 2004 franchit un cap important. L'exercice de navigation était — il ne faut point s'en cacher — juridiquement délicat. Lorsqu'une démocratie se trouve confrontée à la question de son sens et de ses limites ultimes, il ne peut cependant en être autrement.

Eva BREMS

Chargée de cours à l'Université de Gand
Chargée de recherches F.W.O.

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur invité
aux Facultés universitaires Saint-Louis
Chargé de recherches F.N.R.S.

(52) Voy. J. Velaers, « Antidemokratische politieke partijen in het Belgische recht », *Le nœud gordien des partis antidémocratiques - La loi, une épée à double tranchant?*, sous la dir. de S. Baeten, A. Backs, K. Leus et S. Gutwirth, Gand, Mys & Breesch, 2001, pp. 107 et s.

(53) Jugé en ce sens qu'une discrimination entre nationaux et étrangers dans le bénéfice de prestations sociales contributives (Cour eur. D.H., arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, 16 sept. 1996) ou non contributives (Cour eur. D.H., arrêt *Koua-Poirrez c. France*, 30 sept. 2003) est contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention.

(54) Voy. sur ce point, Cour eur. D.H., arrêt *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, §§ 305-310. *Adde* : O. De Schutter, « Priver de son financement le Vlaams Blok », *R.D.E.*, 2001, pp. 670-672.

(55) C.A., n° 10/2001, 7 févr. 2001, pt B.4.7.2.

(56) *Ibid.*

(57) Voy. surtout, S. Sottiaux et D. De Prins, « Antidemokratische partijen en hun rechters », *R.W.*, 2002-2003, spéc. p. 130.

(58) Sur l'interprétation de la notion d'« incitation » par les juridictions judiciaires, voy. D. Batsel, « Racisme et liberté d'expression... », *op. cit.*, p. 327.

(59) M. Verdussen, « Le financement public d'un parti raciste est-il légitime dans une société démocratique? », *R.T.D.H.*, 2001, p. 662.

(60) *Ibid.*, p. 662.

(61) Comp. en effet, J. Roggen, cité par S. Sottiaux et D. De Prins, « Antidemokratische... », *op. cit.*, p. 130. Comp. surtout O. De Schutter, « Priver de son financement le Vlaams Blok », *op. cit.*, pp. 665 et s.

(62) C.A., n° 45/96, 12 juill. 1996, pt B.7.10 et B.7.11.

(63) Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, *Troisième rapport relatif à la Belgique adopté le 27 juin 2003*, C.R.I. (2004). Consultable sur <http://www.coe.int>

(64) Pt 87 du rapport.

(65) Pt 92-93 du rapport.