



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 51.806/3
van 18 september 2012

avis 51.806/3
du 18 septembre 2012

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van Titel 1^{ter} van het
Strafwetboek'

un avant-projet de loi
'modifiant le Titre 1^{er}_{ter} du
Code pénal'

Op 24 juli 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 28 september 2012, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van Titel 1^{er} van het Strafwetboek’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 september 2012. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Bruno SEUTIN en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Wouter PAS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 september 2012.

*

Le 24 juillet 2012, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu’au 28 septembre 2012, sur un avant-projet de loi ‘modifiant le Titre 1^{er} ter du Code pénal’.

Le projet a été examiné par la chambre le 18 septembre 2012. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d’État, président, Bruno SEUTIN et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d’État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Wouter PAS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 18 septembre 2012.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe het Belgische recht in overeenstemming te brengen met het Verdrag van de Raad van Europa ‘ter voorkoming van terrorisme’ van 15 mei 2005², en met de wijzigingen aangebracht aan het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie 2002/475/JBZ ‘inzake terrorismebestrijding’ van 13 juni 2002 (hierna: het Kaderbesluit) door het kaderbesluit 2008/919/JBZ van 28 november 2008.

Het ontwerp voert daartoe drie nieuwe strafbaarstellingen in het Strafwetboek in, namelijk het aanzetten tot het plegen van een terroristisch misdrijf (artikel 4 van het ontwerp), het rekruteren tot het plegen van een terroristisch misdrijf (artikel 5) en het geven of krijgen van onderrichtingen of een opleiding met het oog op het plegen van een terroristisch misdrijf (artikelen 6 en 7 van het ontwerp).

Daarnaast strekt het ontwerp er ook toe de poging tot het plegen van de in artikel 137, § 2, van het Strafwetboek vermelde terroristische misdrijven strafbaar te stellen. (artikelen 2 en 3 van het ontwerp). Artikel 2 van het ontwerp bevat ook een technische aanpassing van de omschrijving van een bepaald misdrijf.

Ten slotte wordt ook de bepaling in artikel 141^{ter} van het Strafwetboek aangepast, volgens dewelke de strafbepalingen inzake terroristische misdrijven niet in die zin mogen worden gelezen dat zij een beperking of een belemmering beogen van rechten of fundamentele vrijheden (artikel 8 ontwerp).

VORMVEREISTEN

3. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat elk voorontwerp van wet in beginsel aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling uit te voeren.

Dergelijk onderzoek heeft met betrekking tot het voorliggende ontwerp nog niet plaatsgevonden en zal bijgevolg nog moeten worden verricht. Indien uit dit voorafgaand onderzoek zou blijken dat een effectbeoordeling in de zin van artikel 19/2 van dezelfde wet

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Dit verdrag is nog niet door België geratificeerd, en dus nog niet bindend. Het kaderbesluit van 28 november 2008 maakt uitdrukkelijk melding van dit verdrag.

noodzakelijk is, en als gevolg van die effectbeoordeling wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp, zullen deze wijzigingen eveneens om advies aan de Raad van State moeten worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. De invoering van nieuwe strafbaarstellingen is onderworpen aan het legaliteitsbeginsel dat is opgenomen in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, artikel 7 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (hierna: EVRM) en artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Dat beginsel impliceert “dat in de wet op nauwkeurige, duidelijke en voorspelbare wijze moet worden aangegeven welke gedragingen aanleiding kunnen geven tot vervolgingen,³ waarbij het nauwkeurigheidsvereiste weliswaar op redelijke wijze beoordeeld dient te worden, rekening houdend met de onmogelijkheid om alle gedragingen waarop een strafrechtelijke straf moet worden gesteld tot in het kleinste detail te omschrijven en met de noodzaak om de wet algemeen genoeg te houden. Krachtens dat beginsel mogen de rechtbanken, waaraan noodzakelijkerwijze enige ruimte voor interpretatie moet worden toegekend, geen nieuwe gedragingen strafbaar stellen en bestaande strafbaarstellingen niet bij analogie toepassen.⁴ Dat beginsel heeft voornamelijk tot gevolg dat wetten aldus moeten worden gesteld dat de rechtssubjecten zich een redelijk goed beeld kunnen vormen van de strafrechtelijke gevolgen van hetgeen zij doen of nalaten.”^{5,6}

5. Met de artikelen 2, 2°, 4, 5, 6 en 7 van het ontwerp, waarin de nieuwe strafbaarstellingen (poging tot, aanzetten tot, rekruteren, opleiden en een opleiding volgen) worden bepaald, wordt verwezen naar de “terroristische misdrijven” die in artikel 137 van het Strafwetboek werden strafbaar gesteld bij wet van 19 december 2003 ‘betreffende terroristische misdrijven’.

Eerder hebben zowel de Raad van State, in advies 34.362/4 van 27 januari 2003⁷, als het Grondwettelijk Hof, in arrest nr. 125/2005 van 13 juli 2005,⁸ geoordeeld dat de strafbaarstellingen van deze terroristische misdrijven in overeenstemming zijn met het legaliteitsbeginsel in strafzaken. In het licht daarvan is de Raad van State van oordeel dat ook de strafbaarstellingen in de hiervoor vermelde artikelen van het wetsontwerp de toets aan het legaliteitsbeginsel in beginsel kunnen doorstaan.

³ Voetnoot 12 uit het geciteerde advies: F. Tulkens en M. Van de Kerchove, op. cit., blz. 187; M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, 1995, blz. 117 en 118.

⁴ Voetnoot 13 uit het geciteerde advies: L. Dupont en R. Verstraeten, op. cit., nr 103, blz. 104; M. Verdussen, op. cit., blz. 125.

⁵ Voetnoot 14 uit het geciteerde advies: Zie, in dezelfde zin, Cass, 25 november 1997, Arresten van het Hof van Cassatie, 1997 (504).

⁶ Adv.RvS 34.362/4 van 27 januari 2003 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 19 december 2003 ‘betreffende terroristische misdrijven’, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-0258/001, 27-28.

⁷ Adv.RvS 34.362/4 van 27 januari 2003, vermeld in voetnoot 3.

⁸ GwH 13 juli 2005, nr. 125/2005, B.7.2.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

6. Om tegemoet te komen aan artikel 4, lid 3, van het Kaderbesluit, strekt het wetsontwerp ertoe in een nieuw 7° van artikel 137, § 3, van het Strafwetboek de poging tot het plegen van de in artikel 137, § 2, van het Strafwetboek bedoelde “terroristische misdrijven” strafbaar te stellen.

Aangezien verwezen wordt naar de misdrijven bedoeld in artikel 137, § 2, komt het de Raad van State voor dat het aanbeveling verdient om deze strafbaarstelling niet als nieuw onderdeel in paragraaf 3 op te nemen (dat betrekking heeft op andere misdrijven), maar wel als een nieuw 11° in paragraaf 2 op te nemen. Ook artikel 3 van het ontwerp, dat verwijst naar het ontworpen artikel 137, § 3, 7°, dient in die zin te worden aangepast.

7. Op grond van artikel 4, lid 3, van het Kaderbesluit dienen maatregelen te worden genomen om de poging strafbaar te stellen van een aantal in artikel 1, lid 1, en artikel 3, lid 2, onder d) tot f) genoemde strafbare feiten, met uitzondering van de misdrijven, vermeld in artikel 1, lid 1, derde streepje, f) (het bezit van bepaalde wapens) en in artikel 1, lid 1, derde streepje, i) (de bedreiging met één van deze misdrijven).

Op grond van deze bepaling dient niet alleen de poging tot het plegen van de in artikel 137, § 2, bedoelde misdrijven, maar ook de poging tot het plegen van de in artikel 137, § 3, 1°, 2°, 3° (met uitzondering van het bezit van de erin bedoelde wapens), 4° en 5°, bedoelde misdrijven strafbaar te worden gesteld. Aangezien deze misdrijven echter misdaden zijn,⁹ is de poging tot het plegen van deze misdrijven reeds strafbaar op grond van artikel 52 van het Strafwetboek, zodat een afzonderlijke strafbaarstelling niet nodig is.

Artikel 4

8. Het ontworpen artikel 141^{quater} van het Strafwetboek stelt het openbaar aanzetten tot het plegen van terroristische misdrijven strafbaar. Strafbaar is wie een boodschap verspreidt of publiekelijk ter beschikking stelt, met het oogmerk al dan niet rechtstreeks aan te zetten tot het plegen van een terroristisch misdrijf.

In artikel 5, § 1, van het Verdrag ‘ter voorkoming van terrorisme’ wordt het misdrijf “public provocation to commit a terrorist offence” op dezelfde wijze gedefinieerd, maar wordt er aan toegevoegd: “where such conduct, (...) causes a danger that one or more such offences may be committed”.

Ook in artikel 3, lid 1, a), van het Kaderbesluit wordt het misdrijf het “publiekelijk uitlokken van het plegen van een terroristisch misdrijf” op een analoge wijze gedefinieerd en wordt er eveneens aan toegevoegd dat er een “gevaar (...) dat één of meer van dergelijke misdrijven zouden kunnen worden gepleegd” moet bestaan.

⁹ Zie de straffen bepaald in artikel 138, § 2, van het Strafwetboek.

Door niet te vereisen dat de boodschap die wordt verspreid met het oogmerk om aan te zetten tot het plegen van een terroristisch misdrijf, ook daadwerkelijk gevaar oplevert dat een dergelijk misdrijf zou kunnen worden gepleegd, lijkt het wetsontwerp een ruimere strafbaarstelling in te voeren dan het Kaderbesluit oplegt.

De vraag rijst of deze verruimde strafbaarstelling wel beantwoordt aan de bedoeling van de stellers van het ontwerp. In de toelichting bij artikel 4 van het ontwerp wordt gesteld dat “met de aard van de boodschap moet rekening worden gehouden. Woorden die geen oproep tot haat inhouden, zullen potentieel minder het gevaar opleveren dat een terroristisch misdrijf wordt gepleegd dan woorden die oproepen tot haat of geweld. De context waarin de openbare aanzetting plaatsvindt, is essentieel om te beoordelen of deze aanzetting gevaar oplevert”.

9. De strafbaarstelling van het verspreiden van een boodschap met het oogmerk om aan te zetten tot het plegen van een terroristisch misdrijf, houdt een beperking van de vrijheid van meningsuiting in. Om verantwoord te zijn dient deze beperking te beantwoorden aan de voorwaarden gesteld in artikel 10, lid 2, van het EVRM. De beperking moet onder meer “[noodzakelijk zijn] in een democratische samenleving”, wat impliceert dat ze dient te beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte (‘a pressing social need’, ‘un besoin social impérieux’).

In verschillende arresten heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aangegeven dat het strafbaar stellen van het aanzetten tot het plegen van geweld verantwoord kan worden in het licht van artikel 10, lid 2, van het EVRM,¹⁰ zonder dat het Hof daarbij aangaf dat de strafwet uitdrukkelijk dient te vermelden dat het aanzetten tot geweld een reëel risico dient in te houden dat er geweld zal worden gepleegd. Desalniettemin zal de rechter, bij de toepassing van het aan te nemen artikel 141^{quater} van het Strafwetboek, ermee dienen rekening te houden dat wanneer is aangetoond dat er, in de concrete omstandigheden, geen gevaar bestond dat er een terroristisch misdrijf zou worden gepleegd, een strafrechtelijke veroordeling op gespannen voet zou staan met de vrijheid van meningsuiting.¹¹ Met name zou dan niet meer zijn voldaan aan de

¹⁰ EHRM 23 september 2004, *Feridun Yazar v. Turkije*, § 27; EHRM 8 juli 1999, *Sürek v. Turkije*, § 63; EHRM 8 juli 1999, *Gerger v. Turkije*: “50. Furthermore, the Court observes that the applicant’s message was read out only to a group of people attending a commemorative ceremony, which considerably restricted its potential impact on ‘national security’, public ‘order’ or ‘territorial integrity’. In addition, even though it contained words such as ‘resistance’, ‘struggle’ and ‘liberation’, it did not constitute an incitement to violence, armed resistance or an uprising; in the Court’s view, this is a factor which it is essential to take into consideration.” EHRM 19 december 2006, *Falakaoglu en Saygili t. Turkije*, § 28. “En l’occurrence, ayant examiné les motifs figurant dans les décisions des juridictions internes, la Cour estime toutefois que ceux-ci ne sauraient être considérés, en tant que tels, comme suffisants pour justifier l’ingérence dans le droit des requérants à la liberté d’expression (voir, mutatis mutandis, *Sürek c. Turquie* (no 4) [GC], no 24762/94, § 58, 8 juillet 1999). A cet égard, elle observe que si les propos contenus dans les articles litigieux sont particulièrement offensifs, ils n’exhortent pas à l’usage de la violence, ni à la résistance armée, ni au soulèvement, et qu’il ne s’agit pas d’un discours de haine, ce qui est, aux yeux de la Cour, “élément essentiel à prendre en considération (voir, a contrario, *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV, et *Gerger c. Turquie* [GC], no 24919/94, § 50, 8 juillet 1999).”

¹¹ Zie EHRM 25 november 1997, *Zana t. Turkije*, § 60: “In these circumstances the support given to the PKK (...) in an interview published in a major national daily newspaper had to be regarded as likely to exacerbate an already explosive situation in that region.” Zie ook EHRM, 2 oktober 2008, *Leroy t. Frankrijk*, § 45. Ook in dit arrest maakt het Hof uitdrukkelijk de band met het reële gevaar op geweld en ordeverstoring: “De plus, l’impact d’un tel message (verheerlijking van de terroristische aanslagen van 11 september 2001) dans une région politiquement sensible n’est pas à négliger; nonobstant son caractère limité du fait de sa publication dans l’hebdomadaire en question, la Cour

door artikel 10, lid 2, EVRM gestelde vereiste dat de beperking “[noodzakelijk is] in een democratische samenleving”.

Artikel 7

10. Het ontworpen artikel 141^{septies} stelt het krijgen van “onderrichtingen of opleiding, bedoeld in artikel 141^{quater}”, strafbaar. Klaarblijkelijk wordt hiermee artikel 141^{sexies} bedoeld.

11. De minimum en maximum straffen bepaald in het ontworpen artikel 141^{septies} voor het misdrijf “krijgen van onderrichtingen en opleiding” zijn dezelfde als deze bepaald in het ontworpen artikel 141^{sexies} (artikel 6 van het ontwerp) voor het geven van onderrichtingen en het verschaffen van de opleiding. Alhoewel de wetgever over een ruime marge van appreciatie beschikt voor het bepalen van strafsancities, nodigt de Raad van State de stellers van het ontwerp uit deze gelijke behandeling van toch ongelijke situaties opnieuw te overwegen en te verantwoorden in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Artikel 8

12. Het ontworpen artikel 141^{ter} strekt tot de vervanging van het reeds bestaande artikel 141^{ter} van het Strafwetboek.¹² Er wordt mee beoogd te bevestigen dat geen bepaling uit titel *I*ter van boek II van het Strafwetboek in die zin kan worden gelezen dat zij een beperking of een belemmering inhoudt van de rechten of fundamentele vrijheden, en meer bepaald van de vrijheid van drukpers en de vrijheid van meningsuiting in andere media.

De invoeging van artikel 141^{ter} van het Strafwetboek volgt niet dwingend uit het Kaderbesluit, ook niet uit zijn gewijzigde versie. In artikel 2 van het Kaderbesluit van 28 november 2008, wordt slechts bevestigd dat aan de lidstaten niet gevraagd wordt maatregelen te nemen die in tegenspraak zijn met fundamentele rechten.

Het opnemen van een analoge bepaling in het Strafwetboek dient echter te worden ontraden.

Het komt immers niet toe aan de wetgever om bepalingen uit hogere normen – de Grondwet, de internationale verdragen of Europese verordeningen bijvoorbeeld – in de wet in herinnering te brengen, door deze over te nemen of te parafraseren. De wetgever dient deze hogere normen uiteraard wel steeds zelf te eerbiedigen en de rechter dient bij de interpretatie van een wet die voor meerdere interpretaties vatbaar is, er ook steeds van uit te gaan dat de wetgever

constate cependant que celle-ci entraîna des réactions (...) pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région ».

¹² De Raad van State heeft eerder niet de gelegenheid gehad over dit artikel 141^{ter} van het Strafwetboek advies uit te brengen.

de hogere rechtsnormen niet heeft willen schenden.¹³ De uitdrukkelijke bevestiging van deze interpretatieregel in de wet is echter niet alleen overbodig, maar ook verwarrend omdat dit ten onrechte de indruk wekt dat zonder die bevestiging een lezing van de wet in strijd met de fundamentele vrijheden wel mogelijk zou zijn.

Overigens verwoordt het desbetreffende artikel de interpretatieregel op een inadequate wijze. Er wordt immers gesteld dat titel *Iter* niet in die zin mag worden gelezen dat ermee een beperking of een belemmering van rechten en fundamentele vrijheden wordt beoogd. Nochtans houden de bepalingen van titel *Iter* wel degelijk beperkingen van fundamentele vrijheden in. Zo beperken de nieuwe bepalingen de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging. De bepaling zou moet luiden dat titel *Iter* niet mag worden gelezen in de zin dat ermee een “niet verantwoorde beperking” of een “niet verantwoorde belemmering” van rechten en fundamentele vrijheden wordt beoogd. Ook de opname van een dergelijke meer adequate bepaling in artikel 141*ter* van het Strafwetboek zou echter, om de hiervoor vermelde redenen, overbodig en verwarrend zijn.

Artikel 141*ter* van het Strafwetboek dient dan ook te worden opgeheven.

*

¹³ Zie Cass. 20 april 1950, *Waleffe, Pas.*, 1950, I, 560, 562 concl. L. CORNIL. Zie S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, 2, Brugge, 2010, 234 e.v.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE DU PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de mettre le droit belge en conformité avec la Convention du Conseil de l'Europe 'pour la prévention du terrorisme' du 15 mai 2005 ², et avec les modifications que la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 a apportées à la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil de l'Union européenne 'relative à la lutte contre le terrorisme' du 13 juin 2002 (ci-après : la décision-cadre).

À cet effet, le projet insère trois nouvelles incriminations dans le Code pénal, à savoir l'incitation à commettre une infraction terroriste (article 4 du projet), le recrutement en vue de commettre une infraction terroriste (article 5) et le fait de donner ou de recevoir des instructions ou une formation en vue de commettre une infraction terroriste (articles 6 et 7 du projet).

Le projet a en outre pour objet d'incriminer la tentative de commettre les infractions terroristes mentionnées à l'article 137, § 2, du Code pénal (articles 2 et 3 du projet). L'article 2 du projet prévoit également une adaptation technique de la définition d'une infraction déterminée.

Enfin, la disposition de l'article 141^{ter} du Code pénal, selon laquelle les dispositions pénales relatives aux infractions terroristes ne peuvent être interprétées comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales, est également adaptée (article 8 du projet).

FORMALITÉS

3. Il découle de l'article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' que les avant-projets de loi doivent en principe faire l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable.

Cet examen n'a pas encore été accompli en ce qui concerne le projet soumis pour avis et devra dès lors encore être réalisé. Si cet examen préalable révèle qu'une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/2 de cette même loi est nécessaire et si, consécutivement à cette évaluation d'incidence, des modifications sont apportées au texte du projet, il y aura lieu de soumettre également ces modifications à l'avis du Conseil d'État.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² La Belgique ne l'ayant pas encore ratifié, cette convention n'est donc pas encore contraignante. La décision-cadre du 28 novembre 2008 fait expressément mention de celle-ci.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. La création de nouvelles incriminations doit respecter le principe de légalité qui résulte de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH) et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce principe signifie que « la loi énonce de manière précise, claire et prévisible les comportements pouvant donner lieu à des poursuites ³, mais que l'exigence de précision doit s'apprécier de manière raisonnable, en tenant compte de l'impossibilité de circonscrire dans les moindres détails l'ensemble des comportements qu'il y a lieu d'incriminer pénalement et de la nécessité de maintenir à la loi un degré de généralité suffisante. Il tend à empêcher que les tribunaux, auxquels une marge d'interprétation est nécessairement reconnue, puissent créer de nouvelles incriminations ou appliquer celles-ci par analogie ⁴. Il vise principalement à prescrire que les lois soient rédigées en manière telle que les sujets de droit soient en mesure de prévoir raisonnablement les conséquences pénales de leurs actes ou de leurs abstentions ^{5,6}.

5. Les articles 2, 2°, 4, 5, 6 et 7 du projet, qui créent les nouvelles incriminations (tentative de, incitation à, recrutement, formation et suivi d'une formation), font référence aux « infractions terroristes » que l'article 137 du Code pénal, inséré par la loi du 19 décembre 2003 'relative aux infractions terroristes', rend punissables.

Tant le Conseil d'État, dans l'avis 34.362/4 du 27 janvier 2003⁷, que la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005⁸, ont déjà jugé auparavant que les incriminations de ces infractions terroristes sont conformes au principe de légalité en matière pénale. C'est pourquoi le Conseil d'État estime que les incriminations prévues dans les articles susmentionnés du projet de loi peuvent en principe se concilier avec le principe de légalité.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

6. Pour se conformer à l'article 4, paragraphe 3, de la décision-cadre, le projet de loi vise à compléter l'article 137, § 3, du Code pénal par un nouveau 7°, qui érige en infraction l'incitation à commettre les « infractions terroristes » visées à l'article 137, § 2, du Code pénal.

Dès lors qu'il est fait référence aux infractions visées à l'article 137, § 2, le Conseil d'État est d'avis qu'il vaudrait mieux faire figurer cette incrimination dans un nouveau

³ Note 12 de l'avis cité : F. Tulkens et M. van de Kerchove, op. cit., p. 187; M. Verdussen, Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1995, pp. 117 et 118.

⁴ Note 13 de l'avis cité : L. Dupont et R. Verstraeten, op. cit., n° 103, p. 104; M. Verdussen, op. cit., p. 125.

⁵ Note 14 de l'avis cité: Voir, dans le même sens, Cass., 25 novembre 1997, Pas., 1997, I, p. 1270, n° 504.

⁶ Avis C.E. 34.362/4 du 27 janvier 2003 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 19 décembre 2003 'relative aux infractions terroristes', Doc. parl., Chambre, 2003-2004, n° 51-0258/001, 27-28.

⁷ Avis C.E. 34.362/4 du 27 janvier 2003, mentionné dans la note 3.

⁸ C.C., 13 juillet 2005, n° 125/2005, B.7.2.

11° du paragraphe 2 plutôt que dans une nouvelle division du paragraphe 3 (qui concerne d'autres infractions). L'article 3 du projet, qui se réfère à l'article 137, § 3, 7°, en projet, sera également adapté dans le même sens.

7. L'article 4, paragraphe 3, de la décision-cadre impose de prendre des mesures pour rendre punissable le fait de tenter de commettre un certain nombre d'infractions visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, et à l'article 3, paragraphe 2, points d) à f), à l'exclusion de l'infraction prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 1, troisième tiret, point f) (la possession de certaines armes), et de l'infraction visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, troisième tiret, point i) (la menace de commettre une de ces infractions).

Cette disposition impose non seulement de rendre punissable la tentative de commettre les infractions visées à l'article 137, § 2, mais également celle de commettre les infractions visées à l'article 137, § 3, 1°, 2°, 3° (à l'exception de la possession des armes y visées), 4° et 5°. Ces infractions étant toutefois des crimes⁹, la tentative de les commettre est déjà punissable par application de l'article 52 du Code pénal, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une incrimination spécifique.

Article 4

8. L'article 141^{quater}, en projet, du Code pénal incrimine l'incitation publique à commettre des infractions terroristes. Est punissable toute personne qui diffuse ou met à la disposition du public un message avec l'intention d'inciter directement ou non à commettre une infraction terroriste.

L'article 5, § 1, de la Convention 'pour la prévention du terrorisme' définit l'infraction de « provocation publique à commettre une infraction terroriste » de la même manière, mais y ajoute : « lorsqu'un tel comportement, (...) crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ».

L'article 3, paragraphe 1, a), de la décision-cadre définit également l'infraction de « provocation publique à commettre une infraction terroriste » d'une manière analogue et y ajoute aussi la nécessité de l'existence d'un « risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ».

En n'exigeant pas que le message qui est diffusé avec l'intention d'inciter à commettre une infraction terroriste crée également un risque réel qu'une telle infraction pourrait être commise, le projet de loi semble créer une incrimination plus large que celle qu'impose la décision-cadre.

Reste à savoir si cette incrimination élargie correspond effectivement à l'intention des auteurs du projet. Le commentaire de l'article 4 du projet énonce que « la nature du message doit également être prise en compte. Un discours n'induisant pas un appel à la haine sera moins susceptible de créer un danger de commission d'une infraction terroriste qu'un discours appelant

⁹ Voir les peines prévues à l'article 138, § 2, du Code pénal.

à la haine ou à la violence. Le contexte dans lequel la provocation publique a lieu est fondamental pour évaluer si cette provocation crée un danger ».

9. L'incrimination de la diffusion d'un message avec l'intention d'inciter à commettre une infraction terroriste contient une restriction de la liberté d'expression. Elle n'est justifiée que si elle satisfait aux conditions fixées à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH. La restriction doit notamment être « [nécessaire] dans une société démocratique », ce qui signifie qu'elle doit répondre à un besoin social impérieux ('een dwingende maatschappelijke behoefte', 'a pressing social need').

Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme indiquent que l'incrimination de l'incitation à la violence peut être justifiée au regard de l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH ¹⁰, sans que la Cour précise à cet égard que la loi pénale doit expressément mentionner que l'incitation à la violence doit créer un risque réel qu'il en sera fait usage. Lorsqu'il applique l'article 141^{quater}, à adopter, du Code pénal, le juge devra néanmoins tenir compte du fait que s'il est démontré que le risque qu'une infraction terroriste soit commise est inexistant dans les circonstances de l'espèce, une condamnation pénale serait inconciliable avec la liberté d'expression ¹¹. La condition prévue à l'article 10, paragraphe 2, CEDH, selon laquelle la restriction doit être « [nécessaire] dans une société démocratique », ne serait notamment plus remplie.

Article 7

10. L'article 141^{septies}, en projet, rend punissable le fait de bénéficier « des instructions ou de la formation visée à l'article 141^{quater} ». C'est manifestement l'article 141^{sexies} qui est visé ici.

¹⁰ Cour eur. D.H., 23 septembre 2004, *Feriduin Yazar c. Turquie*, § 27; Cour eur. D.H., 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie*, § 63; Cour eur. D.H., 8 juillet 1999, *Gerger c. Turquie* : « 50. De plus, la Cour observe que le message du requérant n'a été lu qu'à un groupe de personnes assistant à une cérémonie commémorative, ce qui constitue une limite notable à son impact potentiel sur la 'sécurité nationale', l' 'ordre' public ou l' 'intégrité territoriale'. En outre, même s'il contient des mots tels que 'résistance', 'lutte' et 'libération', ledit message n'incite pas à l'usage de la violence, à la résistance armée, ou au soulèvement ; c'est là, aux yeux de la Cour, un élément essentiel à prendre en considération ». Cour eur. D.H., 19 décembre 2006, *Falakaoglu et Saygili c. Turquie*, § 28. « En l'occurrence, ayant examiné les motifs figurant dans les décisions des juridictions internes, la Cour estime toutefois que ceux-ci ne sauraient être considérés, en tant que tels, comme suffisants pour justifier l'ingérence dans le droit des requérants à la liberté d'expression (voir, mutatis mutandis, *Sürek c. Turquie* (no 4) [GC], no 24762/94, § 58, 8 juillet 1999). À cet égard, elle observe que si les propos contenus dans les articles litigieux sont particulièrement offensifs, ils n'exhortent pas à l'usage de la violence, ni à la résistance armée, ni au soulèvement, et qu'il ne s'agit pas d'un discours de haine, ce qui est, aux yeux de la Cour, 'élément essentiel à prendre en considération' (voir, a contrario, *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], n° 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV, et *Gerger c. Turquie* [GC], n° 24919/94, § 50, 8 juillet 1999) ».

¹¹ Voir Cour eur. D.H., 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, § 60: « Dans ces circonstances, le soutien apporté au PKK (...) dans un entretien publié dans un grand quotidien national, devait passer pour de nature à aggraver une situation déjà explosive dans cette région ». Voir aussi Cour eur. D.H., 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, § 45. Dans cet arrêt également, la Cour établit explicitement le lien entre le risque réel de violence et d'atteinte à l'ordre public : « De plus, l'impact d'un tel message (apologie des attentats terroristes du 11 septembre 2001) dans une région politiquement sensible n'est pas à négliger; nonobstant son caractère limité du fait de sa publication dans l'hebdomadaire en question, la Cour constate cependant que celle-ci entraîna des réactions (...) pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région ».

11. Les peines minimales et maximales prévues par l'article 141^{septies}, en projet, pour l'infraction « bénéficier d'instructions ou de formation » sont identiques à celles prévues par l'article 141^{sexies}, en projet (article 6 du projet) pour le fait de donner des instructions et de dispenser la formation. Bien que le législateur dispose d'une large marge d'appréciation pour fixer les sanctions pénales, le Conseil d'État invite les auteurs du projet à reconsidérer cette égalité de traitement de situations qui sont cependant différentes et à la justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

Article 8

12. L'article 141^{ter}, en projet, a pour objet de remplacer l'article 141^{ter} existant déjà du Code pénal ¹². Il vise à confirmer qu'aucune disposition du titre *I*ter du livre II du Code pénal ne peut être interprétée comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales, et en particulier la liberté de la presse et la liberté d'expression dans d'autres médias.

L'insertion de l'article 141^{ter} dans le Code pénal ne résulte pas, de manière contraignante, de la décision-cadre ni de sa version modifiée. L'article 2 de la décision-cadre du 28 novembre 2008 se borne à confirmer qu'il n'est pas demandé aux États membres de prendre des mesures contraires aux droits fondamentaux.

Il n'est cependant pas recommandé d'inscrire une disposition analogue dans le Code pénal.

Il n'appartient en effet pas au législateur de rappeler dans la loi des dispositions dérivant de normes supérieures – la Constitution, les conventions internationales ou des règlements européens par exemple – en les reproduisant ou en les paraphrasant. Il va sans dire que le législateur doit lui-même toujours respecter ces normes supérieures et que lorsque le juge doit interpréter une loi susceptible de plusieurs interprétations, il est également tenu de toujours considérer que le législateur n'a pas voulu méconnaître les normes supérieures ¹³. La confirmation expresse de cette règle d'interprétation dans la loi est toutefois non seulement superflue, mais aussi source de confusion, parce qu'elle donne à penser, à tort, que sans cette confirmation, une lecture de la loi contraire aux libertés fondamentales serait permise.

Au demeurant, l'article concerné formule la règle d'interprétation d'une manière inadéquate. Il dispose en effet que le titre *I*ter ne peut être interprété comme visant à réduire ou à entraver des droits ou libertés fondamentales. Or, les dispositions du titre *I*ter contiennent bel et bien des restrictions aux libertés fondamentales. Ainsi, les nouvelles dispositions restreignent la liberté d'expression et la liberté d'association. La disposition devrait énoncer que le titre *I*ter ne peut pas être interprété comme visant « à réduire d'une manière injustifiée » ou « à entraver d'une manière injustifiée » des droits et des libertés fondamentales. Toutefois, pour les motifs

¹² Le Conseil d'État n'a pas eu précédemment l'occasion de donner un avis sur cet article 141^{ter} du Code pénal.

¹³ Voir Cass. 20 avril 1950, *Waleffe, Pas.*, 1950, I, 560, 562 concl. L. CORNIL. Voir S. SOTTIAUX, "Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten", in A. ALEN et S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, 2, Brugge, 2010, 234 e.s.

précités, l'insertion d'une disposition, plus adéquate, dans l'article 141^{ter} du Code pénal, serait également superflue et source de confusion.

L'article 141^{ter} du Code pénal doit dès lors être abrogé.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS