



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 52.563/AG
du 15 janvier 2013

sur

une proposition de loi 'tendant
à réprimer certains actes
inspirés par le sexisme'
(*Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011,
n° 5-447/1) et les
amendements n^{os} 1 et 2
(*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013,
n° 5-447/2)

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 52.563/AG
van 15 januari 2013

over

een wetsvoorstel 'tot
bestrafing van bepaalde door
seksisme ingegeven daden'
(*Parl. St.*, Senaat, 2010-2011,
nr. 5-447/1) en de
amendementen nrs 1 en 2
(*Parl. St.*, Senaat, 2012-2013,
nr. 5-447/2)

Le 12 décembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente du Sénat à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(*), sur une proposition de loi 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le sexisme' (*Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-447/1) et les amendements n°s 1 et 2 (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-447/2).

La proposition et les amendements ont été examinés en assemblée générale le 15 janvier 2013. L'assemblée générale était composée de Robert ANDERSEN, premier président du Conseil d'État, Marnix VAN DAMME, Yves KREINS, Pierre LIÉNARDY et Jo BAERT, présidents de chambre, Jan SMETS, Pierre VANDERNOOT, Jacques JAUMOTTE, Bruno SEUTIN, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jan VELAERS, Christian BEHRENDT, Jacques ENGLEBERT et Johan PUT, assesseurs, et Danièle LANGBEEN, greffier en chef et Michel FAUCONIER, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section et Nathalie VAN LEUVEN, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 janvier 2013.

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

*

Op 12 december 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Senaat verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen ^(*) een advies te verstrekken over een wetsvoorstel 'tot bestraffing van bepaalde door seksisme ingegeven daden' (*Parl. St.*, Senaat, 2010-2011, nr. 5-447/1) en de amendementen nrs 1 en 2 (*Parl. St.*, Senaat, 2012-2013, nr. 5-447/2).

Het wetsvoorstel en de amendementen zijn door de algemene vergadering onderzocht op 15 januari 2013. De algemene vergadering was samengesteld uit Robert ANDERSEN, eerste voorzitter van de Raad van State, Marnix VAN DAMME, Yves KREINS, Pierre LIÉNARDY en Jo BAERT, kamervoorzitters, Jan SMETS, Pierre VANDERNOOT, Jacques JAUMOTTE, Bruno SEUTIN, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Bernard BLERO, staatsraden, Jan VELAERS, Christian BEHRENDT, Jacques ENGLEBERT en Johan PUT, assessoren, en Danièle LANGBEEN, hoofdgriffier en Michel FAUCONIER, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd en Nathalie VAN LEUVEN, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 januari 2013.

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

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations suivantes.

Article 2

1.1. L'article 27 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' dispose actuellement comme suit :

« Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros, ou de l'une de ces peines seulement :

1° quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination à l'égard d'une personne, en raison de son sexe, et ce, même en dehors des domaines visés à l'article 6 ;

2° quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, en raison de son sexe, et ce, même en dehors des domaines visés à l'article 6 ;

3° quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination ou à la ségrégation à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, en raison du sexe, et ce, même en dehors des domaines visés à l'article 6 ;

4° quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, en raison de son sexe, et ce, même en dehors des domaines visés à l'article 6 ».

1.2. L'on n'aperçoit pas ce que les points 1° et 2° de l'article 27 proposé apportent au dispositif existant. Tout au contraire se situent-ils en retrait de celui-ci, dès lors qu'il n'y est plus précisé que les comportements infractionnels visés peuvent être réprimés même s'ils surviennent « en dehors des domaines visés à l'article 6 », c'est-à-dire en dehors des domaines de compétence fédérale visés limitativement à l'article 6, voire dans les domaines de compétence communautaire et régionale (aussi longtemps que la Communauté et la Région concernée n'a pas adopté une *lex specialis*).

Dans son arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, la Cour constitutionnelle avait ainsi validé l'extension du champ infractionnel « en dehors des domaines visés à l'article 6 » :

« B.104. Le dix-septième moyen est dirigé contre l'article 20 de la loi anti-racisme, l'article 22 de la loi générale anti-discrimination et l'article 27 de la loi 'genre'. Selon les parties requérantes, tant en ce qui concerne les dispositions pénales qu'elles contiennent (première branche) qu'en ce qui concerne leurs conséquences civiles (deuxième branche), ces dispositions violent les règles répartitrices de compétence en ce qu'elles n'excluent pas de leur champ d'application les matières qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions. Une interprétation en ce sens que les dispositions pénales ne s'appliquent que dans la mesure où elles ne portent pas atteinte

aux règles répartitrices de compétence serait, selon les parties requérantes, en outre contraire au principe de légalité en matière pénale.

[...]

B.106.1. Étant donné que le champ d'application des lois attaquées exclut expressément les matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions (article 5, § 1^{er}, de la loi anti-racisme et de la loi générale anti-discrimination et article 6, § 1^{er}, de la loi 'genre'), mais que l'article 20 de la loi anti-racisme, l'article 22 de la loi générale antidiscrimination et l'article 27 de la loi 'genre' punissent l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne en raison de l'un des 'critères protégés' ou à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une collectivité ou de leurs membres en raison de l'un des 'critères protégés', 'même en dehors des domaines visés à l'article 5 [lire : article 6, en ce qui concerne la loi 'genre']', les dispositions attaquées au moyen doivent être considérées comme également applicables aux matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions.

B.106.2. Comme l'a observé la section de législation du Conseil d'État dans ses avis relatifs aux avant-projets des lois attaquées (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/001, p. 92) – avis qui a été partagé tant par le Conseil des ministres que par le Gouvernement flamand –, le législateur fédéral peut, sur la base de sa compétence résiduelle, adopter des dispositions pénales générales en matière de non-discrimination ou d'incitation à la discrimination, quelle que soit la matière dans laquelle la discrimination se produit. Ces règles s'appliquent alors également dans les matières qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions. Ceci n'empêche pas que les communautés et les régions puissent prendre elles-mêmes des mesures spécifiques en matière pénale sur la base de leurs compétences.

B.107. Le dix-septième moyen n'est pas fondé ».

Il résulte de cet arrêt que la suppression de l'extension du champ d'application des sanctions aux matières relevant de la compétence des communautés ou des régions ne s'impose pas. Au contraire, pareille exclusion pourrait être critiquée d'un double point de vue : au regard du principe d'égalité des victimes de discrimination, d'une part, et au regard de l'obligation positive contenue à l'article 11*bis* de la Constitution, de l'autre.

2. Comme le relève l'amendement n° 1, les 3°, 4° et 5° de l'article 27 proposé semblent difficilement compatibles avec la jurisprudence constitutionnelle, telle qu'elle résulte de l'arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004. Cet arrêt énonce en effet ce qui suit :

« II.F. En ce qui concerne la violation alléguée du principe d'égalité et de la liberté d'expression par la répression d'une publicité donnée à l'intention de recourir à la discrimination, à la haine ou à la violence », prévue à l'article 6, § 1^{er}, deuxième tiret, de la loi

B.59. L'article 6, § 1^{er}, deuxième tiret, de la loi attaquée punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement :

'quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, donne une publicité à son intention de recourir à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou des membres de celle-ci, en raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'état civil, de la naissance, de la fortune, de l'âge, de la conviction religieuse ou philosophique,

de l'état de santé actuel ou futur, d'un handicap ou d'une caractéristique physique'.

B.60. L'interdiction de donner une publicité à une intention exprimée dans les circonstances décrites à l'article 444 du Code pénal va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Une telle interdiction, en ce qu'elle se réfère aux motifs de discrimination énumérés à l'article 6, § 1^{er}, deuxième tiret, revient à étouffer le débat puisqu'elle empêche que celui qui exprime cette intention puisse être contredit et dissuadé de la mettre à exécution.

B.61. Il est vrai que l'expression de cette intention peut devenir un acte de propagande si elle s'exprime par des écrits, images ou emblèmes, ainsi que le prévoit l'article 444, alinéa 4, du Code pénal. Mais l'intention exprimée de cette manière peut donner lieu aux mesures civiles qui entrent dans le champ d'application de la loi. En outre, si l'expression d'une telle intention comporte une incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence, elle est punissable en application de l'article 6, § 1^{er}, premier tiret, de la loi.

B.62. Il convient donc d'annuler l'article 6, § 1^{er}, deuxième tiret, de la loi ».

Les modifications envisagées à l'article 27, 3^o et 4^o, ainsi que l'adjonction de l'article 27, 5^o, seront dès lors omises.

Il est pour le surplus renvoyé aux commentaires sous l'amendement n° 1.

Article 3

1. L'article 27/1 proposé présente de grandes similitudes avec l'actuel article 22 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, qui dispose ce qui suit :

« Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros, ou de l'une de ces peines seulement, quiconque fait partie d'un groupement ou d'une association qui, de manière manifeste et répétée, prône la discrimination ou la ségrégation fondée sur l'un des critères protégés dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, ou lui prête son concours ».

2.1. Par son arrêt n° 17/2009 précité, la Cour constitutionnelle a rejeté les recours introduits contre cette disposition pour les motifs suivants :

« B.78. Le onzième moyen est dirigé contre l'article 22 de la loi anti-racisme, qui punit le fait de faire partie d'un groupement ou d'une association qui, de manière manifeste et répétée, prône la discrimination ou la ségrégation fondée sur l'un des 'critères protégés' dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, ou le fait de lui prêter son concours.

Selon les parties requérantes, cette disposition viole le principe d'égalité (première, deuxième, septième, neuvième, dixième et onzième branches), le principe de légalité (troisième branche), la liberté d'association et de réunion (quatrième et cinquième branches), la liberté de la presse (sixième branche), l'interdiction de rétablir la mort civile et le droit à l'épanouissement culturel et social (septième branche), ainsi que la présomption d'innocence (huitième branche).

B.79.1. En vertu de l'article 22 de la loi antiracisme, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 euros à 1000 euros, ou de l'une de ces peines seulement, quiconque fait partie d'un groupement ou d'une association qui, de manière manifeste et répétée, prône la discrimination ou la ségrégation fondée sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, exposées en B.42.1, ou prête son concours à un tel groupement ou une telle association.

B.79.2. Il ressort des travaux préparatoires que, par la disposition attaquée, le législateur entendait reprendre l'ancien article 3 de la loi anti-racisme du 30 juillet 1981 (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/001, p. 61). Il ressort également de ces travaux préparatoires qu'il entendait donner aux termes utilisés dans la disposition attaquée, sauf pour ce qui est expressément réglé ailleurs, la même portée qu'aux termes figurant dans l'ancien article 3 de la loi anti-racisme, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence (*Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 2-2362/3, p. 33).

B.79.3. Quant au terme 'prôner', les travaux préparatoires mentionnent :

'[Un membre] demande si le mot 'prône' utilisé à l'article 22 a la même signification que les mots 'incite à' utilisés à l'article 20.

Le ministre le confirme. Cette différence de vocabulaire résulte du fait que le projet reprend, en substance, les termes de la Convention de 1965, et, de manière explicite, ceux de l'article 3 de la loi de 1981' (*Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2362/3, p. 33).

Le législateur a donc entendu donner au terme 'prôner' la même portée qu'au terme 'inciter à' utilisé à l'article 20 de la loi anti-racisme.

B.79.4. Il apparaît des travaux préparatoires de la loi anti-racisme, telle qu'elle était applicable avant sa modification par la loi du 10 mai 2007, que le terme 'prôner' utilisé à l'article 3 ancien devait également être pris au sens d''inciter à'. En effet, au cours de ces travaux préparatoires, le ministre a déclaré :

'L'article 3 doit être examiné dans la continuité des articles 1 et 2 dont il constitue le prolongement.

En effet, si l'article 1^{er} sanctionne l'incitation à la discrimination, à la ségrégation, à la haine et à la violence, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, et si l'article 2 sanctionne les actes discriminatoires en raison de ces critères, il est indispensable de décourager également la participation aux associations qui prônent et pratiquent les actes sanctionnés par les articles 1 et 2. Par ce procédé, on éliminera progressivement ces associations, qui cesseront d'exister faute de membres' (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1979, n° 214/9, p. 27).

Plusieurs parlementaires ont observé que le terme 'prôner' indique un engagement qui va au-delà de la simple expression d'une opinion :

'[...] l'expression doit être comprise par référence à l'article 1^{er} et à l'ensemble du texte.

Les associations qui sont prises en considération sont celles qui préconisent la haine, la violence, la discrimination raciale 'de façon manifeste et répétée'. Il s'agit d'associations qui font de la propagande raciste.

Selon ces membres, 'prôner' est donc l'équivalent d''inciter', d''encourager' (*Doc. parl.*, Sénat, 1980-1981, n° 594/2, p. 20).

Cette interprétation a en outre été confirmée par la jurisprudence.

B.79.5. Il découle de ce qui précède que le terme 'prôner' utilisé dans l'incrimination en question a toujours eu la signification d'inciter à, 'entraîner, pousser quelqu'un à faire quelque chose', et que le groupement ou l'association dont fait partie une personne ou auquel elle prête son concours doit donc lui-même être punissable pour incitation à la discrimination ou à la ségrégation fondée sur l'un des motifs mentionnés dans les lois attaquées, pour que cette personne puisse être punie sur la base de la disposition attaquée.

B.80.1. Dans la première branche du onzième moyen, les parties requérantes dénoncent la violation du principe d'égalité en ce qu'est punissable le fait de faire partie d'un groupement ou d'une association qui prône la discrimination ou la ségrégation sur la base de l'origine nationale ou ethnique, ou de lui prêter son concours, alors que n'est pas punissable le fait de faire partie d'un groupement ou d'une association, ou de lui prêter son concours, qui prône la discrimination ou la ségrégation sur la base de la langue ou de la conviction politique.

B.80.2. Il relève en principe du pouvoir d'appréciation du législateur de déterminer quel comportement mérite une sanction pénale, étant entendu que les choix qu'il opère dans ce domaine doivent être raisonnablement justifiés. Ce pouvoir d'appréciation du législateur est toutefois soumis à des restrictions lorsque l'Etat belge s'est engagé sur le plan international à punir un comportement déterminé.

B.80.3. En vertu de l'article 4, b), de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les Etats parties s'engagent 'à déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités'.

Par la disposition attaquée, le législateur belge satisfait à cette obligation de droit international, qui peut justifier raisonnablement la différence de traitement critiquée par les parties requérantes.

B.80.4. Le onzième moyen, en sa première branche, n'est pas fondé ».

2.2. Il résulte de cet arrêt, plus particulièrement de ses considérants B.80.1 et B.80.3, que la différence de traitement introduite par la disposition examinée entre le fait de faire partie d'un groupement ou d'une association qui pratique ou prône la discrimination en raison du sexe et non sur la base d'un autre critère tel que la langue ou la conviction politique doit être dûment justifiée.

Si l'article 22 de la loi précitée du 30 juillet 1981 pouvait être justifié au regard des obligations internationales de la Belgique découlant de l'article 4, b), de la Convention 'sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale', il n'est pas certain que la Convention 'sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes', qui, par rapport à l'objet de la disposition à l'examen, ne contient pas l'énoncé aussi net d'obligations pesant sur les États, puisse procurer la même justification en matière de lutte contre le sexisme.

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner cette question plus avant, il suffit de constater que cette justification peut être puisée aux articles 10, alinéa 3, et 11bis de la Constitution, aux termes desquels :

- article 10, alinéa 3 : « L'égalité des femmes et des hommes est garantie » ;

- article 11bis : « La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics.

Le Conseil des ministres et les Gouvernements de communauté et de région comptent des personnes de sexe différent.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent la présence de personnes de sexe différent au sein des députations permanentes des conseils provinciaux, des collèges des bourgmestre et échevins, des conseils de l'aide sociale, des bureaux permanents des centres publics d'aide sociale et dans les exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, intercommunal ou intracommunal.

L'alinéa qui précède ne s'applique pas lorsque la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent l'élection directe des députés permanents des conseils provinciaux, des échevins, des membres du conseil de l'aide sociale, des membres du bureau permanent des centres publics d'aide sociale ou des membres des exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, intercommunal ou intracommunal ».

L'insertion, par la révision constitutionnelle du 21 février 2002, de l'alinéa 3 nouveau à l'article 10 de la Constitution, qui consacrait déjà le principe d'égalité, a en effet été justifiée, parmi d'autres motifs, non seulement par le souhait d'« affirmer clairement et expressément le principe de l'égalité des femmes et des hommes »¹ mais aussi celui de « garantir [ce principe] et [d']assurer le fondement des législations qui permettent de réaliser cette égalité de droit en égalité de fait »². Quant à l'article 11bis de la Constitution, il « prévoit que le législateur prend les mesures favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électifs et publics »³. La Cour constitutionnelle a également jugé que son contrôle « est plus strict si le principe fondamental de l'égalité des sexes est en cause »⁴ et que « la Constitution attribue une importance particulière à l'égalité entre hommes et femmes »⁵⁻⁶, ce qui rejoint le constat fait par la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe »⁷.

Il en résulte que la lutte contre les différents aspects de l'inégalité entre les hommes et les femmes bénéficie d'un statut privilégié en vertu de la Constitution même, qui peut justifier que des mesures législatives soient adoptées de manière spécifique dans ce domaine par rapport à d'autres dans lesquels il existe également une législation anti-discrimination.

¹ Rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles du Sénat sur les propositions de révision du titre II de la Constitution, en vue respectivement « d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité » et « d'y insérer une disposition relative au droit des femmes et des hommes à l'égalité et favorisant leur égal accès aux mandats électifs et publics », exposé de la Vice-Première Ministre et Ministre de l'emploi, chargée de la politique de l'égalité des chances (*Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-465/4, p. 5).

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ C.C., n° 166/2003, 17 décembre 2003 ; n° 140/2004, 22 juillet 2004 ; n° 17/2009, 12 février 2009.

⁵ C.C., n° 159/2004, 20 octobre 2004, B.5.6.

⁶ Sur cette jurisprudence, voy. B. RENAULD et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. Verdussen et N. Bonbled (dirs.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 584 à 588.

⁷ Cour eur. D.H., Gde Ch., arrêt Konstantin Markin c. Russie, 22 mars 2012, § 127 ; Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas, 10 juillet 2012, § 72.

2.3. Ceci étant, il conviendrait de préciser dans les travaux préparatoires que la disposition proposée soit lue avec l'ensemble des réserves interprétatives contenues dans les considérants B.78 et suivants de l'arrêt 17/2009 précité de la Cour constitutionnelle, afin d'en assurer la compatibilité avec le principe de la légalité en matière criminelle et la liberté d'association.

3. Dans ce contexte, il convient aussi de mentionner les articles 19 et 21 de la Constitution.

Aux termes de l'article 19,

« [l]a liberté des cultes, celle de leur exercice public [...] sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

Selon l'article 21,

« [l]'État n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque ».

Il s'ensuit, comme cela résulte d'ailleurs d'un avis antérieur de la section de législation du Conseil d'État⁸ et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁹, que le fait que certains cultes réservent certaines de leurs fonctions aux seules personnes de sexe masculin ou au sexe féminin ne peut constituer un fait délictueux.

La proposition de loi à l'examen devra être rédigée de manière à ne viser que des hypothèses qui ne portent pas atteinte aux dispositions constitutionnelles précitées.

4. Contrairement à l'incitation à la discrimination, sa pratique ne fait pas l'objet d'une incrimination pénale par la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' mais seulement de mécanismes de responsabilité civile, à l'exception toutefois de la discrimination pratiquée par un fonctionnaire ou un officier public (article 28) et sous réserve des dispositions insérées dans le Code pénal par les articles 33 à 42 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination', qui augmentent le minimum des peines prévues par certaines dispositions du Code pénal lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est « la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison [notamment] de son sexe »¹⁰.

L'article 27/1 proposé incrimine pénalement le fait de « fai[re] partie d'un groupement ou d'une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation » fondée sur le sexe.

⁸ Avis 30.462/2 donné le 17 juillet 2000 sur un avant-projet devenu la 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', *Doc. parl.*, Sénat, n° 2-12/5, en particulier le point 4 de l'avis, *loc. cit.*, pp. 11 et 12.

⁹ C.C., arrêt n° 17/2009, 12 février 2009, B.101 à B.102.9., spéc. B.102.7.

¹⁰ Il s'agit des articles 377bis, 405quater, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis et 534quater du Code pénal.

Outre le fait qu'une incrimination comparable ne figure pas à l'article 22 de la loi précitée du 30 juillet 1981, il y a lieu de constater que cette partie de la disposition à l'examen crée un double paradoxe :

- d'une part, seul le fait de faire partie d'un groupement ou d'une association pratiquant la discrimination en question est incriminé et non le fait de commettre soi-même cette infraction en dehors de tout contexte associatif, sous réserve de l'article 28 de la loi du 10 mai 2007 et des cas où la personne commet une des infractions faisant l'objet des aggravations des minima de peines en vertu des dispositions insérées dans le Code pénal par les articles 33 à 42 de la loi du 10 mai 2007 ¹¹ ;

- d'autre part, le membre de pareil groupement ou association ¹² peut être poursuivi en raison du comportement de ce groupement ou de cette association, alors que ces derniers ne peuvent l'être, sous réserve de l'application à leur égard de l'article 5 du Code pénal, concernant la responsabilité pénale des personnes morales, dans les limites du champ d'application de cette disposition, lorsqu'elles commettent une des infractions faisant l'objet des aggravations des minima de peines en vertu des dispositions insérées dans le Code pénal par les articles 33 à 42 de la loi du 10 mai 2007.

Article 4

1. Le texte proposé est rédigé comme incriminant le fait pour un fonctionnaire, un officier public, un dépositaire ou un agent de l'autorité ou de la force publique, dans l'exercice de ses fonctions, non seulement de « commet[tre] une discrimination à l'égard d'une personne en raison de son sexe », mais aussi désormais de « lui refuse[r] arbitrairement l'exercice d'un droit ou d'une liberté auquel elle peut prétendre ».

Si le mot « lui » concerne toute personne, sans autre précision, ce complément à l'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 10 mai 2007 peut être lu comme ayant une portée très générale et permettant en conséquence des poursuites à l'égard des fonctionnaires, officiers

¹¹ Voir la note précédente.

¹² Sur la qualité de membre d'un groupement ou d'une association, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit dans son arrêt n° 17/2009 précité :

« B.81.2. En ce qu'est alléguée [...] la violation du principe d'égalité au motif que faire partie de groupements ou d'associations qui discriminent ou leur prêter son concours est punissable, alors que faire partie d'entreprises qui discriminent ou leur prêter son concours n'est pas punissable, aucun élément ne permet de déduire que le législateur n'aurait pas considéré les entreprises comme un groupement ou une association au sens de la disposition attaquée, de sorte que la différence de traitement n'existe pas ».

Par conséquent, quiconque prête son concours à une entreprise qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination, serait punissable. Un travailleur occupé dans une telle entreprise pourrait ainsi être punissable, alors que la Cour constitutionnelle a pourtant jugé à propos du champ d'application de la législation anti-discrimination :

« B.17.2. Il découle, comme le soutiennent les parties requérantes, de la définition de 'relations de travail' que les employeurs et les personnes qui forment une société ou une 'association' de professions indépendantes entrent dans le champ d'application des lois attaquées et non les travailleurs ni les personnes souhaitant être admises dans une société ou 'association' de professions indépendantes, mais cette différence de traitement est justifiée par la position dominante, en fait ou en droit, qu'occupent les premières catégories de personnes sur le marché du travail et qui leur donne, par rapport aux catégories de personnes citées en dernier lieu, davantage d'occasions de discriminer ».

publics, dépositaires ou un agents de l'autorité ou de la force publique dès le moment où ils refuseraient à une personne l'exercice de quelque liberté ou de quelque droit que ce soit.

Selon pareille lecture, la disposition excéderait l'objet de la législation dans laquelle elle est amenée à s'insérer.

Elle ferait en outre double emploi partiel avec des dispositions appartenant déjà à l'arsenal pénal, spécialement aux articles 147 à 159 du Code pénal.

Selon une autre lecture, le mot « lui » renvoie aux mots « une personne en raison de son sexe » et ce serait donc le refus arbitraire d'un droit ou d'une liberté en raison du sexe de l'intéressé qui serait incriminé.

C'est sur la base de cette dernière interprétation du texte proposé, qui paraît davantage correspondre à l'intention de l'auteur de la proposition, qu'il est procédé à son examen ci-après. Il n'en reste pas moins que, sous réserve des observations qui suivent, le texte devra être clarifié, ce qui s'impose tout particulièrement au regard du principe de légalité en matière pénale.

2.1. Ceci étant, dans cette dernière interprétation, la question se pose de savoir ce que la disposition proposée ajoute par rapport au texte actuel.

2.2. L'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' dispose :

« Est puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans, tout fonctionnaire ou officier public, tout dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de son sexe ».

Selon l'article 26 de cette loi :

« Pour l'application du présent titre, la discrimination s'entend de toute forme de discrimination directe intentionnelle, de discrimination indirecte intentionnelle, d'injonction de discriminer, de harcèlement ou de harcèlement sexuel, fondée sur le sexe ».

L'article 28, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 est complété par :

« ou lui refuse arbitrairement l'exercice d'un droit ou d'une liberté auquel elle peut prétendre ».

Dans l'arrêt n° 157/2004 précité, la Cour constitutionnelle a jugé :

« B.35. Le législateur n'a pas défini dans l'article 6 de la loi la notion de discrimination. Cette notion a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour d'arbitrage, et il a été répété tout au long des travaux préparatoires que le législateur entendait se référer à cette jurisprudence (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1999, n° 2-12/1, p. 4 ; 2001-2002, n° 2-12/15, pp. 99, 121). Il a notamment été rappelé que, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne 'une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé' (arrêt du 28 mai 1985,

Série A, n° 94, § 72) » (*ibid.*, p. 99). Les dispositions de la loi ne visent donc que la notion de discrimination qui correspond à la définition concordante que donnent de cette notion tant la Cour européenne que la Cour d'arbitrage, de même que la Cour de cassation et le Conseil d'État.

[...]

B.40.1. Étant donné (a) que, dans le langage courant, le terme 'discrimination' désigne une différence de traitement arbitraire et qu'une jurisprudence constante lui donne la définition rappelée en B.35, (b) que les articles 6 à 14 de la loi précisent, dans chacune de leurs dispositions, les éléments en raison desquels une discrimination est incriminée et (c) que les sanctions prévues par la loi ne sont possibles que si une discrimination cause un préjudice aux personnes qui en sont victimes, directement et personnellement, comme le mentionnent les considérants B.36 à B.38, les articles 6 à 14 de la loi, en ce qu'ils font de la discrimination un élément constitutif de certaines infractions ou une cause d'aggravation de certains minimums de peines, ne peuvent être considérés comme méconnaissant les exigences du principe de légalité en matière pénale »¹³.

La question se pose de savoir ce que les auteurs de la proposition entendent par « refuser arbitrairement l'exercice d'un droit ou d'une liberté auquel elle peut prétendre ». Ces termes pourraient être interprétés au sens de la discrimination dans la jurisprudence constante qui est définie au considérant B.35 de l'arrêt précité. Cette interprétation, qui paraît souhaitable à la lumière des conditions sous-tendant les exigences du principe de légalité en matière pénale, soulève toutefois la question de savoir ce que les auteurs souhaitent ajouter à la disposition existante qui sanctionne déjà pénalement « la discrimination » d'une personne.

2.3. En outre, l'article 28, alinéa 1^{er}, modifié, de la loi du 10 mai 2007 n'est pas conforme au principe de légalité en matière pénale.

Dans l'arrêt n° 17/2009 précité, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

a) En ce qui concerne la pénalisation de la « discrimination directe intentionnelle » :

« B.45.4. Enfin, il ressort de l'ajout du terme 'intentionnel' à l'article 19 de la loi antiracisme, à l'article 21 de la loi générale anti-discrimination et à l'article 26 de la loi 'genre', aux termes desquels, par 'discrimination' il convient d'entendre notamment 'toute forme de discrimination directe intentionnelle', qu'il s'agit d'un délit intentionnel. Même si le juge devait considérer qu'une distinction directe fondée sur un 'critère protégé' n'est pas justifiée de manière objective et raisonnable, il ne pourrait cependant être question de discrimination directe intentionnelle que lorsqu'il est démontré que le prévenu a agi sciemment et volontairement. Il ne suffit par conséquent pas que le prévenu ne soit pas en mesure de donner une justification objective et raisonnable à la distinction qu'il a établie. Il faut d'abord que soit démontré que le prévenu, par cette distinction, a intentionnellement voulu traiter une personne défavorablement sur la base d'un des 'critères protégés', sachant qu'il n'existe pour ce faire aucune justification raisonnable.

B.45.5. Étant donné que le législateur reprend les critères qui ont été développés de manière précise par les juridictions nationales et internationales en vue d'exercer un contrôle au regard du principe d'égalité et de non-discrimination et exige une intention pour qu'il puisse être question d'une 'discrimination directe intentionnelle', les critères

¹³ C.C., n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.35 et B.40.1.

utilisés sont suffisamment précis, clairs et prévisibles et, partant, compatibles avec le principe de légalité en matière pénale ».

b) En ce qui concerne l'incrimination de la « discrimination indirecte intentionnelle » :

« B.51.5. Le législateur entendait également tenir compte de l'arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, dans lequel la Cour a jugé :

‘B.54. Aux termes de l'article 2, § 2, de la loi, 'il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1^{er}, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable'.

B.55. Si la référence à la 'justification objective et raisonnable' de la disposition, du critère ou de la pratique n'ajoute rien à la définition de la notion de 'discrimination' rappelée en B.35, en revanche on imagine mal comment il pourrait être incité intentionnellement à une 'pratique apparemment neutre' ou à un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par son 'résultat dommageable'.

Une telle définition contient un élément d'incertitude qui n'empêche pas qu'une discrimination indirecte puisse faire l'objet d'une mesure civile mais qui n'est pas compatible avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale.

B.56. Il s'ensuit que l'incrimination créée par l'article 6, § 1^{er}, premier tiret, ne satisfait au principe de légalité en matière pénale qu'à la condition qu'elle soit interprétée comme ne visant que l'incitation intentionnelle à la discrimination directe'.

Afin de répondre à ce grief, la définition précitée de la notion de 'distinction indirecte', à laquelle se réfère la définition de la notion de 'discrimination indirecte', fait allusion à une disposition, à un critère ou une pratique apparemment neutre qui est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des 'critères protégés'. Au cours des travaux préparatoires, il a été considéré ce qui suit à ce sujet :

‘A l'aune de cette définition européenne (reprise dans les trois lois proposées), qui identifie la discrimination indirecte par référence à un résultat effectivement produit ou dont on estime probable qu'il advienne en fonction de l'expérience commune, il devient parfaitement concevable qu'une discrimination indirecte soit 'anticipable', et donc, puisse être 'intentionnelle' dans le chef de celui qui la commet' (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2722/001, p. 30).

En réponse à la question de savoir comment une discrimination indirecte peut être intentionnelle, le ministre, se référant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, déclara :

‘Aux fins de se conformer parfaitement aux exigences du droit communautaire sur ce point, les projets à l'examen définissent la discrimination indirecte comme 'la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par un critère protégé', et ce, pourvu qu'une telle pratique ne puisse s'autoriser d'aucune des justifications prévues par chacun des trois projets.

La définition ainsi formulée identifie donc la 'discrimination indirecte' par référence à un résultat effectivement produit et constaté *a posteriori* ou par référence à un résultat dont il est raisonnable de présumer, *a priori*, qu'il pourrait advenir, et ce, en raison de l'expérience commune. Sous ce second angle, il est donc parfaitement concevable qu'une discrimination indirecte soit 'anticipable' et donc, puisse être 'intentionnelle' dans le chef de celui qui la commet. Il en va également de la sorte pour une incitation à une telle forme de discrimination' (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/009, pp. 45-46).

B.51.6. Il ressort de ce qui précède qu'il ne peut tout d'abord être question de 'discrimination indirecte intentionnelle' que lorsqu'est utilisé un autre motif de distinction que la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale ou le sexe, mais qui puisse léser particulièrement des personnes caractérisées par l'un des motifs mentionnés dans les lois attaquées. Ensuite, il faut que ce motif soit utilisé afin d'établir une distinction sur la base d'un des motifs mentionnés dans les lois attaquées sans qu'existe pour ce faire une justification objective et raisonnable. Enfin, le caractère intentionnel doit être démontré (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 114).

Il ne suffit dès lors pas qu'une disposition, un critère ou une pratique puisse léser particulièrement une catégorie de personnes (caractérisées par un motif de discrimination interdit). Il convient de démontrer en outre que l'auteur de cette disposition, de ce critère ou de cette pratique savait, au moment des faits, que cette catégorie de personnes serait de ce fait lésée sans qu'existât pour ce faire une justification raisonnable et il convient également de démontrer qu'il a voulu ce préjudice. Par application des principes généraux du droit pénal, il appartient à la partie poursuivante d'en fournir la preuve, tout doute profitant au prévenu.

B.51.7. Sous réserve de cette interprétation, le motif de justification mentionné en B.51.3¹⁴ est suffisamment précis, clair et prévisible, et donc compatible avec le principe de légalité en matière pénale ».

Là où l'on ne peut déterminer clairement si la disposition rédigée vise également la discrimination indirecte, l'exigence de l'intention ou de l'élément intentionnel fait de toute façon défaut. Sans une telle mention, la disposition n'est pas suffisamment précise, claire et prévisible et elle n'est pas compatible avec le principe de légalité en matière pénale¹⁵.

¹⁴ B.51.3 : « Toute distinction indirecte fondée sur l'un des motifs de discrimination mentionnés dans les lois attaquées constitue une discrimination indirecte, à moins que 'la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires' (article 9 de la loi anti-racisme, article 9 de la loi générale anti-discrimination et article 15 de la loi 'genre') ou à moins qu'il soit démontré, en cas de distinction indirecte sur la base d'un handicap, qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place (article 9 de la loi générale anti-discrimination) ».

¹⁵ Voir à ce sujet également C.C., n° 17/2009, B.53.4 (en ce qui concerne le harcèlement) et B.54.5 (en ce qui concerne le refus de mettre en place les aménagements raisonnables pour une personne handicapée).

Article 6 et amendement n° 2

1. L'article 6 et l'amendement n° 2 énoncent une circonstance aggravante applicable à toute une série d'infractions reprises dans le Code pénal lorsque la motivation du comportement infractionnel concerné « relève du sexe de la victime ».

Il serait plus judicieux d'incorporer une disposition relative à l'aggravation des peines dans le Code pénal même, sous réserve des observations qui suivent.

2. Dans le texte proposé, les mots « lorsque la motivation des préventions décrites dans les articles [...] relève du sexe de la victime » manquent de clarté, ce qui, spécialement en matière pénale, n'est pas admissible.

3. La disposition proposée suscite des questions au regard des articles 10 et 11 de la Constitution : on se demande en effet pourquoi seules les dispositions y mentionnées du Code pénal peuvent donner lieu à une répression plus forte « lorsque la motivation des préventions décrites dans les articles [...] relève du sexe de la victime », et non d'autres pour lesquelles il ne saurait être exclu que cette dernière caractéristique aurait été « la motivation » de l'acte infractionnel commis.

Sous réserve de l'observation n° 5, ci-après, la question se pose notamment – mais pas exclusivement – de savoir pourquoi les articles 521 à 525, 534*bis* et 534*ter* du Code pénal, qui font pourtant l'objet, aux articles 525*bis* et 534*quater* du même Code, de dispositions aggravant la répression lorsque le mobile « est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison [notamment] de son sexe », ne sont pas mentionnés dans la liste des articles du Code pénal figurant dans la disposition à l'examen, alors que les articles 372, 373, 398, 402, 405, 422*bis*, 422*ter*, 434, 442*bis*, 510 à 512 et 528 à 530 du Code pénal, mentionnés quant à eux, font l'objet de la même aggravation aux articles 377*bis*, 405*quater*, 422*quater*, 438*bis*, 442*ter*, 453*bis*, 514*bis*, 525*bis*, 532*bis* et 534*quater* du même Code.

4. Ceci étant, il faudra pouvoir indiquer quelles infractions prévues dans les articles visés pourraient faire l'objet de l'aggravation des peines.

La simple référence à une série d'articles aboutit à des dispositions incohérentes. Ainsi, une aggravation de la peine en raison du sexe de la victime paraît difficilement compatible avec une aggravation de la peine en raison de la qualité de frère ou de sœur prévue à l'article 372, alinéa 3, du Code pénal.

Ainsi, on pourrait également préciser si l'intention est que l'aggravation de la peine en raison du sexe de la victime a un caractère alternatif ou cumulatif à l'égard d'aggravations des peines relatives à l'infraction de base, déjà instaurées pour d'autres motifs, par exemple la minorité de la victime.

5.1. Parmi les infractions mentionnées dans la disposition à l'examen, certaines font d'ores et déjà l'objet d'une circonstance aggravante « lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne [...] en raison de son sexe ».

Ainsi, s'agissant des faits infractionnels visés aux articles 372 et 373 du Code pénal¹⁶⁻¹⁷, il y a lieu de prendre en considération l'article 377*bis* du même Code, aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par le présent chapitre, le minimum des peines portées par ces articles peut être doublé s'il s'agit d'un emprisonnement, et augmenté de deux ans s'il s'agit de la réclusion, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

S'agissant des faits infractionnels visés aux articles 398, 402 et 405 du Code pénal, il y a lieu de prendre en considération l'article 405*quater* du même Code (en cours de modification), aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par les articles 393 à 405*bis*, le minimum des peines portées par ces articles peut être doublé s'il s'agit des peines correctionnelles, et augmenté de deux ans s'il s'agit de la réclusion, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

L'article 405*quater* a fait l'objet d'un projet de loi modificatif. Il s'agit du projet de loi 'modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes', qui remplace notamment l'article 405*quater* du Code pénal par une disposition nouvelle, portant la même numérotation et ainsi rédigée :

« Lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son changement de sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction

¹⁶ Voir à propos de ces infractions également l'avis 30.462/2 du 16 novembre 2000 sur l'avant-projet devenu la 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' :

« Il serait préférable de prévoir qu'il y a circonstance aggravante personnelle lorsque le mobile d'une infraction est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison d'un des critères énumérés à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. En effet, pour certaines infractions, notamment celles relatives aux mœurs, l'élément constitutif sera nécessairement le sexe de sorte que le texte aboutirait à doubler automatiquement les peines prévues par la loi en pareil cas, ce qui paraît dépasser les intentions de l'auteur de la proposition. Plus fondamentalement, le pouvoir du juge pénal dans la détermination de la peine est suffisamment large pour qu'une telle disposition ne soit pas nécessaire » (*Doc. parl.*, Sénat 2000-2001, n° 2-12/5, 15).

¹⁷ Voir aussi l'observation n° 4, ci-avant.

syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale, les peines seront les suivantes :

1° dans les cas visés à l'article 393, la peine sera la réclusion à perpétuité ;

2° dans les cas visés aux articles 398, 399, 405 et 405*bis*, 1° à 3°, le maximum de la peine d'emprisonnement portée par ces articles sera doublé avec un maximum de cinq ans et le maximum de la peine d'amende sera doublé avec un maximum de cinq cents euros ;

3° dans les cas visés aux articles 400, alinéa 1^{er}, 402 et 405*bis*, 4°, la peine sera la réclusion de cinq ans à dix ans ;

4° dans les cas visés aux articles 400, alinéa 2, 401, alinéa 1^{er}, 403, 405*bis*, 5° et 9°, la peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans ;

5° dans les cas visés aux articles 401, alinéa 2, 405*bis*, 6°, 7° et 10°, la peine sera la réclusion de quinze ans à vingt ans ;

6° dans les cas visés aux articles 404, 405*bis*, 8° et 11°, la peine sera la réclusion de vingt ans à trente ans ».

Ce projet a été adopté par le Sénat le 21 décembre 2012¹⁸ et est actuellement soumis à la sanction royale.

S'agissant des faits infractionnels visés aux articles 422*bis* et 442*ter* du Code pénal, il y a lieu de prendre en considération l'article 422*quater*, aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par les articles 422*bis* et 422*ter*, le minimum des peines correctionnelles portées par ces articles peut être doublé, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

S'agissant des faits infractionnels visés à l'article 434 du Code pénal, il y a lieu de prendre en considération l'article 438*bis*, aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par le présent chapitre, le minimum des peines portées par ces articles peut être doublé s'il s'agit de peines correctionnelles et augmenté de deux ans s'il s'agit de la réclusion, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

¹⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2473/005 ; Sénat, 2012-2013, n° 5-1888/1 et 3 ; *Ann.*, 21 décembre 2012.

S'agissant des faits infractionnels visés à l'article 453, il y a lieu de prendre en considération l'article 453*bis*, aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par le présent chapitre, le minimum des peines correctionnelles portées par ces articles peut être doublé, lorsqu'un des mobiles du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

S'agissant des faits infractionnels visés aux articles 510 à 512, il y a lieu de prendre en considération l'article 514*bis*, aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par les articles 510 à 514, le minimum des peines portées par ces articles peut être doublé s'il s'agit de peines correctionnelles et augmenté de deux ans s'il s'agit de la réclusion, lorsqu'un des mobiles du crime ou du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

S'agissant des faits infractionnels visés aux articles 528 à 530, il y a lieu de prendre en considération l'article 532*bis*, aux termes duquel,

« Dans les cas prévus par les articles 528 à 532, le minimum des peines portées par ces articles peut être doublé s'il s'agit de peines correctionnelles, et augmenté de deux ans s'il s'agit de réclusion, lorsqu'un des mobiles du délit est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

5.2. Les recoupements ainsi aperçus posent de multiples difficultés.

À supposer que la définition de la circonstance aggravante énoncée par les dispositifs proposés (« relève du sexe de la victime ») ne soit pas identique à la définition de la circonstance aggravante d'ores et déjà reprise dans les dispositifs existants ci-avant inventoriés (« le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison [...] de son sexe »), on se demande comment, dans le respect du principe de la sécurité juridique en matière pénale et du principe de proportionnalité des incriminations et des peines, il conviendra de combiner l'ensemble des circonstances aggravantes énoncées.

À supposer que la définition de la circonstance aggravante énoncée par les dispositifs proposés (« relève du sexe de la victime ») soit identique, sur le fond, à la définition de la circonstance aggravante d'ores et déjà reprise dans les dispositifs existants ci-avant inventoriés (« le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison [...] de son sexe »), survient un

problème de double emploi en ce qui concerne les articles du Code pénal (377bis, etc.) recensés ci-dessus, à l'exception des articles 398, 402 et 405 du Code pénal, qui sont concernés par l'article 405*quater* nouvellement introduit dans le Code pénal par le projet de loi dont il est question plus haut, en voie de sanction royale.

Ce double emploi est pur et simple, s'agissant de la circonstance aggravante portée par l'amendement n° 2, dès lors que le *quantum* de l'aggravation qu'il prévoit est identique au quantum de l'aggravation prévue par ces articles recensés ci-dessus.

Ce double emploi n'est que partiel s'agissant de l'article 6 de la proposition, dès lors que le *quantum* de l'aggravation de peine qu'il prévoit est plus élevé que le *quantum* de l'aggravation prévue par ces articles. Ce double emploi partiel suscite non seulement une difficulté au regard du principe de la sécurité juridique en matière pénale mais aussi une exigence de justification au regard du principe d'égalité : il convient en effet de justifier pourquoi, s'agissant d'un même fait infractionnel, l'aggravation de peine doit être plus conséquente lorsque le mobile est le sexisme que lorsque le mobile est le racisme.

Une même difficulté, en termes d'égalité et de non-discrimination, se présente s'agissant des faits infractionnels visés par la proposition à l'examen qui, en l'état actuel, à l'exception des articles 398, 402 et 405 du Code pénal, mentionnés avec d'autres à l'article 405*quater*, 2° et 3°, nouveau du Code pénal, tel qu'inséré par le projet de loi dont il est question plus haut, ne font l'objet d'aucune circonstance aggravante lorsque leur commission est motivée par « la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur de peau, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de sa nationalité, de son sexe, de son changement de sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse ou philosophique, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap, de sa langue, de sa conviction politique, de sa conviction syndicale, d'une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale ».

S'agissant des articles 398 et 405 du Code pénal, mentionnés avec d'autres à l'article 405*quater*, 2°, nouveau du Code pénal, tel qu'inséré par le projet de loi dont il est question plus haut, le minimum de la peine est inchangé par celui-ci, alors qu'il serait doublé par l'article 6 de la proposition et par l'amendement n° 2. S'agissant de l'article 398 du Code pénal, il y aurait également un double emploi pour le maximum de la peine entre la version nouvelle de l'article 405*quater*, 2°, nouveau du Code pénal, dont il a été fait état plus haut, et l'article 6 de la proposition, mais pas en ce qui concerne cette version nouvelle et l'amendement n° 2, qui ne concerne que le minimum de la peine. S'agissant de l'article 405 du Code pénal, le doublement du maximum prévu par l'article 6 de la proposition ne connaîtrait pas la limite des cinq ans et des cinq cents euros prévue par l'article 405*quater*, 2°, nouveau du Code pénal, dont il a été fait état plus haut ; cette question ne se poserait pas si l'on compare cette disposition et l'amendement n° 2.

S'agissant de l'article 402 du Code pénal, également visé avec d'autres à l'article 405*quater* du Code pénal, mais en son 3°, tel qu'inséré par le projet de loi dont il est question plus haut, les règles sont fondamentalement différentes : dans cette disposition, l'infraction aggravée est punie de la réclusion de cinq à dix ans, alors que, dans l'article 6 de la

proposition, les peines d'un mois à trois ans et de vingt-six à trois cents euros sont doublées et que, dans l'amendement n° 2, le minimum est augmenté de deux ans.

La cohérence du dispositif d'aggravation des peines devrait faire l'objet d'un examen particulier, au regard également des principes d'égalité et de non-discrimination, en ce qui concerne les articles 398, 402 et 405 du Code pénal, tels qu'ils seront désormais concernés par l'article 405*quater*, 2° et 3°, du Code pénal, inséré par le projet de loi dont il est question plus haut.

6. En toute hypothèse, si l'intention des auteurs de la proposition est de prévoir¹⁹ une aggravation des peines pour les faits infractionnels autres que ceux énumérés au n° 5.1 pour « des motifs qui relèvent du sexe de la victime », ces motifs ne sont pas formulés de manière suffisamment claire pour justifier un alourdissement des peines au regard du principe de légalité en matière pénale. En outre, il appartient aux auteurs de la proposition de motiver pourquoi une aggravation des peines est nécessaire spécifiquement pour ces infractions énumérées.

7. L'amendement n° 2 ne prévoit qu'une augmentation du minimum de la peine. L'article 6 de la proposition prévoit toutefois un doublement des « peines », ce qui a pour effet que l'aggravation des peines porte tant sur les peines minimales que sur les peines maximales.

Dans les cas d'aggravation de la peine évoqués ci-dessus, il n'est question que d'une aggravation du minimum de la peine, ce qui soulève la question de la compatibilité de l'article 6 avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

Par ailleurs, on peut observer que l'augmentation des peines maximales peut également se heurter au principe de proportionnalité. En outre, eu égard au « doublement » pur et simple, un certain nombre des peines maximales fixées excèdent le seuil instauré par l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 'sur les circonstances atténuantes', qui vaut pour la correctionnalisation des délits.

Le mécanisme d'aggravation des peines ainsi conçu peut susciter des doutes, compte tenu de l'appréciation de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt précité n° 17/2009 du 12 février 2009²⁰ :

« B.96.3. Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de contraindre les juges à la sévérité lorsqu'il s'agit de réprimer des infractions qui portent atteinte de manière particulièrement grave à l'intérêt général. Il appartient également au législateur, lorsqu'il décide d'élever le minimum des peines applicables à certaines infractions, de désigner les motifs de discrimination qui lui paraissent les plus répréhensibles.

En augmentant, dans la mesure indiquée, le minimum des peines, le législateur a pris une mesure qui est en rapport avec l'objectif poursuivi et qui n'est pas disproportionnée à celui-ci. La loi ne prévoit pas une augmentation du maximum des peines et elle n'écarte l'application, ni des articles 79 à 85 du Code pénal qui permettent

¹⁹ En ce qui concerne le caractère facultatif de l'augmentation de la peine, voy. E. EVENS, "Hoe verzwarend zijn de verzwarende omstandigheden uit de Antidiscriminatiewet ? Is het omdat ze anders zijn ?", *T. Strafr.* 2007/1, pp. 68-69.

²⁰ Voir également C.C., n°157/2004, 6 octobre 2004, B.65 à B.69.

de réduire les peines de réclusion et d'emprisonnement s'il existe des circonstances atténuantes, ni des dispositions de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

B.96.5. Enfin, plutôt que d'étendre cette aggravation du minimum de la peine à toutes les infractions, le législateur a énuméré celles dans lesquelles on peut particulièrement redouter qu'elles puissent être inspirées par un mobile discriminatoire à l'égard de la victime. Ce choix n'est pas dépourvu de justification raisonnable. Ce sont, en effet, les actes de violence, les agressions sexuelles, les abstentions coupables, les attaques aux biens, les atteintes à l'honneur, le harcèlement qui peuvent s'accompagner de comportements, de propos, d'inscriptions ou d'écrits d'où le juge pourra déduire, après avoir constaté que l'infraction est établie, qu'un des mobiles de l'auteur était la haine, le mépris ou l'hostilité, inspirés par l'un des motifs énumérés dans la loi ».

Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit aucune justification pour le mécanisme d'aggravation des peines dérogatoire proposé. Dans l'hypothèse où les auteurs de la proposition souhaiteraient néanmoins le maintenir, il leur appartient le motiver de manière circonstanciée, le contrôle ultérieur éventuel de celui-ci revenant à la Cour constitutionnelle ²¹.

8. L'amendement n° 2 ne prévoit qu'une augmentation différenciée du minimum de la peine (doublement en cas de peines correctionnelles, augmentation de deux ans dans les autres cas).

De nouveau dans un souci d'égalité de traitement (voir les articles 377*bis*, 405*quater*, 438*bis*, 514*bis* et 532*bis*, cités, du Code pénal) et de proportionnalité de la peine, une telle approche différenciée doit être préférée au doublement pur et simple de toutes les peines minimales, également dans des cas où celles-ci sont déjà très élevées et où la « fourchette » entre peine minimale et peine maximale est limitée (par exemple 15 à 20 ans à l'article 510 du Code pénal).

Amendement n° 1

1. Comme le relève sa justification, l'amendement n° 1 vise à corriger l'inconstitutionnalité gisant dans l'article 2 de la proposition.

Tel qu'amendé, l'article 27, 3° et 4°, proposé de la loi du 10 mai 2007 se calquerait sur l'article 21 de la loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie', qui dispose ce qui suit :

« Quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, diffuse des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros, ou de l'une de ces peines seulement ».

²¹ En ce sens, voir l'avis 51.805/3 donné le 18 septembre 2012 sur un avant-projet devenu le projet de loi précité 'modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes', qui a été adopté par le Sénat le 21 décembre 2012 et qui est actuellement soumis à la sanction royale (voir plus haut, point 5.1).

2. Pareille infraction n'est compatible avec la liberté d'expression que si elle est assortie des réserves d'interprétation énoncée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009²² à l'égard de l'article 21 de la loi du 30 juillet 1981 précitée :

« B.74.3. Au cours des travaux préparatoires de la disposition attaquée, il a été souligné que cette disposition doit être interprétée et appliquée en conformité avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 40), comme l'avait également conseillé la section de législation du Conseil d'Etat (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/001, pp. 105-106).

Selon les travaux préparatoires :

'Il convient de surcroît d'insister sur l'élément moral de l'incrimination dont les éléments matériels ont ainsi été définis. Comme le ministre l'a déjà signalé, il s'agit d'un dol spécial. Le comportement reproché ne sera pénalement punissable que s'il est démontré, par l'accusation, que la diffusion des idées concernées a pour objectif d'attiser la haine à l'égard d'un groupe humain et de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste. Cette exigence permettra au juge pénal d'opérer le départage entre, d'une part, la recherche scientifique objective, et d'autre part, le discours 'pseudo-scientifique' sur la supériorité raciale dont, précisément, l'objectif est d'attiser la haine à l'égard d'un groupe humain et de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste' (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51- 2720/009, p. 63 ; voy. également Sénat, 2006-2007, n° 3-2362/3, p. 32).

B.74.4. Il ressort de cet exposé que le législateur a conçu l'infraction inscrite dans la disposition attaquée comme une infraction qui exige un dol spécial : il n'y a infraction que s'il est prouvé que 'la diffusion des idées concernées a pour objectif d'attiser la haine à l'égard d'un groupe humain et de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste'.

Il ressort du terme 'diffuser' qu'il n'y a infraction que lorsqu'une publicité générale a été donnée aux idées en question. La signification usuelle de ce terme est en effet 'répandre dans le public'. Etant donné que la disposition attaquée ne lie pas la 'diffusion' à l'utilisation d'un média précis, la façon dont il a été donné une publicité générale aux idées en question n'est pas déterminante pour établir s'il y a eu ou non infraction. Ce qui est déterminant, c'est que la 'diffusion' se fasse dans l'une des circonstances prévues par l'article 444 du Code pénal.

B.74.5. Il découle de la circonstance qu'un dol spécial est requis pour cette infraction que l'existence de cette infraction ne peut être admise à partir du moment où seuls les éléments matériels de l'infraction sont présents. Pour qu'il y ait infraction, un élément moral spécifique doit être prouvé. Cet élément moral spécifique, qui est inclus dans les termes 'diffuser', 'haine raciale' et 'supériorité raciale', porte plus précisément sur la volonté de diffuser des idées en vue d'attiser la haine à l'égard d'un groupe humain ou en vue de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste.

Les propos doivent dès lors avoir une portée méprisante ou haineuse, ce qui exclut de l'interdiction les propos scientifiques et artistiques, et ils doivent exprimer l'infériorité fondamentale d'un groupe.

²² Ces réserves ont été réitérées dans l'arrêt 40/2009 du 11 mars 2009 de la Cour constitutionnelle, B.69 et s.

B.74.6. Sous réserve de cette interprétation, la disposition attaquée ne porte pas une atteinte discriminatoire à la liberté d'expression, telle qu'elle est garantie par l'article 19 de la Constitution et par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

3. S'agissant du respect des principes d'égalité et de non-discrimination, il convient de rappeler que, dans son arrêt n° 40/2009, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

« B.73. Dans le second moyen dans l'affaire n° 4355, les parties requérantes font également valoir que l'article 21 attaqué n'est pas compatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination en ce que cette disposition créerait une différence de traitement injustifiée entre les personnes qui sont victimes de propos discriminatoires, selon que ces propos sont fondés, d'une part, sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ou, d'autre part, sur un autre motif de discrimination.

B.74.1. Ainsi qu'il a été rappelé en B.63, il relève en principe du pouvoir d'appréciation du législateur de déterminer quel comportement mérite une sanction pénale, étant entendu que les choix qu'il opère dans ce domaine doivent être raisonnablement justifiés. Ce pouvoir d'appréciation du législateur est toutefois soumis à des restrictions lorsque la Belgique s'est engagée sur le plan international à réprimer un comportement déterminé.

B.74.2. Selon l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les Etats parties s'engagent à 'déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale'.

Par la disposition attaquée, le législateur belge satisfait à cette obligation de droit international, qui peut justifier raisonnablement la différence de traitement critiquée par les parties requérantes.

Il est par ailleurs apparu de l'examen du cinquième moyen dans l'affaire n° 4312 et du premier moyen dans l'affaire n° 4355 que la répression de la diffusion de certaines idées est soumise à des conditions strictes, précisément afin de limiter la restriction de l'exercice des libertés dont la violation a été alléguée à ce qui est considéré comme strictement nécessaire dans une société démocratique. Dans cette perspective, le respect du principe d'égalité et de non-discrimination ne peut avoir pour conséquence que l'exercice de ces libertés doive également être limité en ce qui concerne les idées qui sont fondées sur la supériorité ou la haine à l'égard d'individus qui sont porteurs d'autres caractéristiques humaines ou qui ont d'autres convictions.

En limitant la répression de la diffusion d'idées aux idées qui sont fondées sur la supériorité ou la haine raciale, lesquelles constituent une grave menace pour la société démocratique, le législateur a pris une mesure qui est raisonnablement justifiée.

B.75. Le second moyen dans l'affaire n° 4355 n'est pas fondé ».

Les observations 2.2 et 2.3 formulées plus haut sous l'article 3 de la proposition à l'examen valent également, *mutatis mutandis*, pour l'amendement n° 1.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorstel, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Artikel 2

1.1. Artikel 27 van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’ bepaalt thans het volgende:

“Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft:

1° hij die in een van de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden aanzet tot discriminatie jegens een persoon wegens zijn geslacht, en dit, zelfs buiten de in artikel 6 bedoelde domeinen;

2° hij die in een van de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden aanzet tot haat of geweld jegens een persoon wegens zijn geslacht, en dit, zelfs buiten de in artikel 6 bedoelde domeinen;

3° hij die in een van de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden aanzet tot discriminatie of tot segregatie jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens het geslacht, en dit, zelfs buiten de in artikel 6 bedoelde domeinen;

4° hij die in een van de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden aanzet tot haat of geweld jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens het geslacht, en dit, zelfs buiten de in artikel 6 bedoelde domeinen.”

1.2. De inbreng van de punten 1° en 2° van het voorgestelde artikel 27 in het bestaande dispositief is niet duidelijk. Integendeel, ze gaan minder ver door het huidige dispositief, doordat niet meer wordt bepaald dat het strafbare gedrag in kwestie ook kan worden bestraft indien het zich voordoet “buiten de in artikel 6 bedoelde domeinen”, dat wil zeggen buiten de domeinen die onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen en die limitatief worden opgesomd in artikel 6, en zelfs op domeinen die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten vallen (zolang de betrokken gemeenschappen en gewesten geen *lex specialis* hebben aangenomen).

Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arrest nr. 17/2009 van 12 februari 2009 in de volgende bewoordingen ingestemd met de uitbreiding van de strafrechtelijke werkingssfeer tot “buiten de in artikel 6 bedoelde domeinen”:

“B.104. Het zeventiende middel is gericht tegen artikel 20 van de Antiracismewet, artikel 22 van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 27 van de Genderwet. Volgens de verzoekende partijen schenden die bepalingen, zowel wat de erin vervatte strafbepalingen (eerste onderdeel) als wat de burgerrechtelijke gevolgen ervan betreft (tweede onderdeel), de bevoegdheidverdelende regels doordat zij de aangelegenheden die

onder de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten vallen niet uitsluiten van hun toepassingsgebied. Een interpretatie in de zin dat de strafbepalingen enkel geldig zijn in zoverre zij geen inbreuk uitmaken op de bevoegdheidverdelende regels zou volgens de verzoekende partijen bovendien strijdig zijn met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel.

[...]

B.106.1. Aangezien het toepassingsgebied van de bestreden wetten uitdrukkelijk de aangelegenheden uitsluit die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten vallen (artikel 5, § 1, van de Antiracismewet, artikel 5, § 1, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 6, § 1, van de Genderwet), maar artikel 20 van de Antiracismewet, artikel 22 van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 27 van de Genderwet het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon wegens een van de « beschermde criteria » of tot discriminatie, segregatie, haat of geweld jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan wegens een van de « beschermde criteria », « zelfs buiten de in artikel 5 [lees : artikel 6, wat de Genderwet betreft] bedoelde domeinen » bestraffen, moeten de in het middel bestreden bepalingen worden geacht eveneens van toepassing te zijn in de aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten vallen.

B.106.2. Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar adviezen over de voorontwerpen van de bestreden wetten heeft opgemerkt (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/001, p. 92) - oordeel waarbij zowel de Ministerraad als de Vlaamse Regering zich aansluiten -, kan de federale wetgever op grond van zijn residuaire bevoegdheid algemene strafbepalingen inzake niet-discriminatie of aanzetten tot discriminatie aannemen, ongeacht de aangelegenheid waarin de discriminatie zich voordoet. Die regels zijn dan eveneens van toepassing in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten behoren. Zulks staat niet eraan in de weg dat de gemeenschappen en de gewesten zelf specifieke strafbepalingen vaststellen op grond van hun bevoegdheden.

B.107. Het zeventiende middel is niet gegrond.”

Uit dit arrest volgt dat het onnodig is de uitbreiding ongedaan te maken van de werkingssfeer van de sancties tot de aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten behoren. Integendeel zelfs, het ongedaan maken van die uitbreiding kan twee punten van kritiek opleveren: enerzijds uit het oogpunt van het beginsel van de gelijkheid van de slachtoffers van discriminatie, en anderzijds uit het oogpunt van de positieve verplichting vervat in artikel 11*bis* van de Grondwet.

2. Zoals in amendement nr. 1 wordt opgemerkt, lijken de punten 3°, 4° en 5° van het voorgestelde artikel 27 moeilijk verenigbaar met de grondwettelijke jurisprudentie, zoals deze voortvloeit uit arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004. Dit arrest bepaalt immers het volgende:

“II.F. Wat betreft de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van meningsuiting door de bestraffing van « het openlijk zijn voornemen te kennen geven tot discriminatie, haat of geweld » in artikel 6, § 1, tweede streepje, van de wet”

B.59. Volgens artikel 6, § 1, tweede streepje, van de bestreden wet, wordt met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen, gestraft:

‘hij die in een van de omstandigheden als bedoeld in artikel 444 van het Strafwetboek openlijk zijn voornemen te kennen geeft tot discriminatie, haat of geweld

jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens het geslacht, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of de toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap'.

B.60. Het verbod openlijk een voornemen te kennen te geven in een van de omstandigheden beschreven in artikel 444 van het Strafwetboek, gaat verder dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken. Zulk een verbod, doordat het verwijst naar de discriminatiegronden opgesomd in artikel 6, § 1, tweede streepje, smoort elk debat omdat het verhindert dat diegene die dat voornemen uit, kan worden tegengesproken en ervan zou kunnen worden afgebracht dat voornemen te verwezenlijken.

B.61. Het uiten van zulk een voornemen kan weliswaar propaganda worden indien het door middel van geschriften, prenten of zinnebeelden gebeurt, zoals bepaald bij artikel 444, vierde lid, van het Strafwetboek. Indien het voornemen op die manier wordt geuit, kan het echter aanleiding geven tot burgerrechtelijke maatregelen binnen de werkingssfeer van de wet. Indien het uiten van een dergelijk voornemen bovendien aanzet tot discriminatie, haat of geweld, is het strafbaar met toepassing van artikel 6, § 1, eerste streepje, van de wet.

B.62. Artikel 6, § 1, tweede streepje, van de wet dient bijgevolg te worden vernietigd.”

De wijzigingen voorgesteld in artikel 27, 3° en 4°, alsook de bij artikel 27, 5°, toegevoegde bepaling moeten derhalve vervallen.

Voor het overige wordt verwezen naar de commentaar onder amendement nr. 1.

Artikel 3

1. Het voorgestelde artikel 27/1 vertoont veel gelijkenis met het huidige artikel 22 van de wet van 30 juli 1981 ‘tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, luidende:

“Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft, hij die behoort tot een groep of tot een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie wegens een van de beschermde criteria verkondigt in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, dan wel aan zodanige groep of vereniging zijn medewerking verleent”.

2.1. Het Grondwettelijk Hof heeft bij zijn voornoemd arrest nr. 17/2009 de tegen deze bepaling ingestelde beroepen op de volgende gronden verworpen:

“B.78. Het elfde middel is gericht tegen artikel 22 van de Antiracismewet, dat het behoren tot een groep of tot een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie wegens een van de ‘beschermde criteria’ verkondigt in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, dan wel het medewerking verlenen aan een dergelijke groep of vereniging strafbaar stelt.

Volgens de verzoekende partijen schendt die bepaling het gelijkheidsbeginsel (eerste, tweede, zevende, negende, tiende en elfde onderdeel), het wettigheidsbeginsel (derde onderdeel), de vrijheid van vereniging en van vergadering (vierde en vijfde

onderdeel), de vrijheid van drukpers (zesde onderdeel), het verbod om de burgerlijke dood opnieuw in te voeren en het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing (zevende onderdeel) en het vermoeden van onschuld (achtste onderdeel).

B.79.1. Krachtens artikel 22 van de Antiracismewet wordt degene die behoort tot een groep of een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie wegens nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming verkondigt in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, uiteengezet in B.42.1, dan wel aan een dergelijke groep of vereniging zijn medewerking verleent, gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van 50 tot 1000 euro of met een van die straffen alleen.

B.79.2. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever met de bestreden bepaling de bedoeling had het vroegere artikel 3 van de Antiracismewet van 30 juli 1981 over te nemen (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/001, p. 61). Uit die voorbereiding blijkt eveneens dat hij aan de in de bestreden bepaling gehanteerde termen, behoudens uitdrukkelijk anders geregeld, dezelfde draagwijdte heeft willen verlenen als de in het vroegere artikel 3 van de Antiracismewet voorkomende termen, zoals geïnterpreteerd door de rechtspraak (*Parl. St.*, Senaat, 2006-2007, nr. 2-2362/3, p. 33).

B.79.3. Met betrekking tot de term 'verkondigen' vermeldt de parlementaire voorbereiding:

‘[Een lid] vraagt of het woord 'verkondigen' gebruikt in artikel 22 dezelfde betekenis heeft als de woorden 'aanzetten tot' gebruikt in artikel 20.

De minister bevestigt dit. Het verschillend woordgebruik is toe te schrijven aan het feit dat het wetsontwerp *grosso modo* de terminologie van de Conventie van 1965 en letterlijk die van artikel 3 van de wet van 1981 overneemt’ (*Parl.St.*, Senaat, 2006-2007, nr. 2-2362/3, p. 33).

De wetgever heeft derhalve aan de term 'verkondigen' dezelfde draagwijdte willen verlenen als aan de in artikel 20 van de Antiracismewet gehanteerde term 'aanzetten tot'.

B.79.4. Uit de parlementaire voorbereiding van de Antiracismewet, zoals die van kracht was vóór de wijziging ervan bij de wet van 10 mei 2007, blijkt dat de in het vroegere artikel 3 gehanteerde term 'verkondigen' eveneens diende te worden opgevat als 'aanzetten tot'.

Tijdens die voorbereiding verklaarde de minister immers:

‘Artikel 3 moet worden gezien in samenhang met de artikelen 1 en 2, waarvan het een verlengstuk vormt.

Artikel 1 beteugelt immers het aanzetten tot discriminatie, rassenscheiding, haat of geweld wegens ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, terwijl artikel 2 de daden bestraft welke op grond van die criteria discriminerend zijn. Het is noodzakelijk eveneens de deelneming te ontmoedigen aan verenigingen die de in de artikelen 1 en 2 beteugelde daden bedrijven en propageren. Dank zij dit procédé zullen die verenigingen geleidelijk worden uitgeroeid en zullen zij, bij gebrek aan leden, ophouden te bestaan’ (*Parl.St.*, Kamer, B.Z. 1979, nr. 214/9, p. 27).

Enkele parlementsleden merkten op dat het woord 'verkondigen' op een inzet wijst die verder reikt dan de eenvoudige uiting van een mening:

‘Dat woord moet worden verstaan in de context van artikel 1 en van het gehele ontwerp.

De verenigingen die bedoeld worden, zijn die welke 'openlijk en

herhaaldelijk' haat, geweld en rassendiscriminatie voorstaan. Het zijn verenigingen die racistische propaganda voeren.

Volgens die leden heeft 'verkondigen' dus dezelfde betekenis als 'aanzetten', 'bevorderen' (*Parl.St.*, Senaat, 1980-1981, nr. 594/2, p. 20).

Die interpretatie werd bovendien bevestigd in de rechtspraak.

B.79.5. Uit het voorgaande volgt dat de in de desbetreffende strafbaarstelling gehanteerde term 'verkondigen' steeds de betekenis heeft gehad van 'aanzetten tot', 'aansporen om iets te doen', 'opzetten, aanstoken' en dat de groep of vereniging waartoe een persoon behoort of waaraan hij zijn medewerking verleent, derhalve zelf strafbaar moet zijn wegens het aanzetten tot discriminatie of segregatie wegens een van de in de bestreden wetten vermelde gronden, opdat die persoon op grond van de bestreden bepaling strafbaar kan worden gesteld.

B.80.1. In het eerste onderdeel van het elfde middel voeren de verzoekende partijen een schending aan van het gelijkheidsbeginsel doordat het strafbaar is te behoren tot of medewerking te verlenen aan een groep of vereniging die discriminatie of segregatie op basis van nationale of etnische afstamming verkondigt, terwijl het niet strafbaar is te behoren tot of medewerking te verlenen aan een groep of vereniging die discriminatie of segregatie op basis van taal of politieke overtuiging verkondigt.

B.80.2. Het behoort in beginsel tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om vast te stellen welk gedrag een strafrechtelijke sanctie verdient, zij het dat de door hem gemaakte keuzes op dat vlak redelijkerwijze moeten worden verantwoord. Die beoordelingsbevoegdheid van de wetgever is evenwel aan beperkingen onderworpen wanneer de Belgische Staat zich internationaalrechtelijk ertoe heeft verbonden een bepaald gedrag strafbaar te stellen.

B.80.3. Krachtens artikel 4, b), van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie nemen de verdragspartijen de verplichting op zich 'organisaties, alsook georganiseerde en alle andere propaganda-activiteiten die rassendiscriminatie in de hand werken en daartoe aanzetten, onwettig te verklaren en te verbieden, en deelneming aan zodanige organisaties of activiteiten als strafbaar bij de wet aan te merken'.

Met de bestreden bepaling komt de Belgische wetgever tegemoet aan die internationaalrechtelijke verplichting, die het door de verzoekende partijen bekritiseerde verschil in behandeling redelijkerwijze kan verantwoorden.

B.80.4. Het eerste onderdeel van het elfde middel is niet gegrond".

2.2. Uit dit arrest, inzonderheid uit de overwegingen B.80.1 en B.80.3, volgt dat het verschil in behandeling, ingevoerd door de voorliggende bepaling, tussen het behoren tot een groep of vereniging die discriminatie op grond van het geslacht bedrijft of verkondigt, en niet op grond van een ander criterium, zoals de taal of de politieke overtuiging, deugdelijk moet worden verantwoord.

Artikel 22 van de voornoemde wet van 30 juli 1981 kon weliswaar worden verantwoord in het licht van de internationale verplichtingen van België, voortvloeiend uit artikel 4, b), van het Verdrag 'inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie', maar het staat niet vast dat het Verdrag 'ter uitbanning van alle vormen van discriminatie van de vrouw', dat, wat de strekking van de voorliggende bepaling betreft, niet in even duidelijke

bewoordingen verplichtingen oplegt aan de Staten, dezelfde verantwoording kan verstrekken op het gebied van de strijd tegen seksisme.

Zonder dat het nodig is dit vraagstuk nader te onderzoeken, is het voldoende vast te stellen dat deze verantwoording kan worden ontleend aan de artikelen 10, derde lid, en 11bis van de Grondwet, luidende:

- artikel 10, derde lid: “De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd”;

- artikel 11bis: “De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden, en bevorderen meer bepaald hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten.

De Ministerraad en de Gemeenschaps- en Gewestregeringen tellen personen van verschillend geslacht.

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel organiseren de aanwezigheid van personen van verschillend geslacht binnen de bestendige deputaties van de provincieraden, de colleges van burgemeester en schepenen, de raden voor maatschappelijk welzijn, de vaste bureaus van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en in de uitvoerende organen van elk ander interprovinciaal, intercommunaal of binnengemeentelijk territoriaal orgaan.

Het voorgaande lid is niet van toepassing wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de rechtstreekse verkiezing organiseren van de bestendig afgevaardigden van de provincieraden, van de schepenen, van de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn, van de leden van het vast bureau van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn of van de leden van de uitvoerende organen van elk ander interprovinciaal, intercommunaal of binnengemeentelijk territoriaal orgaan”.

De invoeging, bij de grondwetsherziening van 21 februari 2002, van het nieuwe derde lid in artikel 10 van de Grondwet, dat het gelijkheidsbeginsel reeds had vastgelegd, is immers - onder meer - verantwoord door het streven om “duidelijk en uitdrukkelijk het beginsel van de gelijkheid van vrouwen en mannen te bevestigen”¹, en tevens door het streven om dat beginsel “te waarborgen [en] tevens de grondslag [te bieden] voor wetgeving die het mogelijk maakt de gelijkheid in rechte om te zetten in gelijkheid in feite”². Artikel 11bis van de Grondwet zijnerzijds “bepaalt dat de wetgever de maatregelen zal nemen die een gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten bevorderen”³. Het Grondwettelijk Hof heeft eveneens geoordeeld dat de controle “door het Hof [...] strikter [is] wanneer het fundamentele beginsel van de gelijkheid van de geslachten in het geding is”⁴ en ook dat “de Grondwet [...] een bijzonder belang toekent aan de gelijkheid tussen vrouwen en mannen”⁵⁻⁶, wat

¹ Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden van de Senaat omtrent de voorstellen tot herziening van titel II van de Grondwet, met de bedoeling er respectievelijk “een nieuw artikel in te voegen betreffende het recht op gelijkheid van vrouwen en mannen” en er “een bepaling in te voegen betreffende het recht van de vrouwen en de mannen op gelijkheid en de bevordering van de gelijke toegang tot door verkiezing verkregen en openbare mandaten”, toelichting door de vice-eerste minister en minister van Werkgelegenheid, belast met het Gelijke-Kansenbeleid (*Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 5).

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ GwH, nr. 166/2003, 17 december 2003; nr. 140/2004, 22 juli 2004; nr. 17/2009, 12 februari 2009.

⁵ GwH, nr. 159/2004, 20 oktober 2004, B.5.6.

aansluit bij de vaststelling, door het EHRM, dat “la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe”⁷.

Daaruit volgt dat de strijd tegen de verschillende aspecten van de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen krachtens de Grondwet zelf een bevoorrechte status krijgt, wat kan dienen als verantwoording voor het feit dat in dat domein wetsbepalingen worden aangenomen die specifiek zijn ten opzichte van andere domeinen waarin eveneens wetgeving bestaat die discriminatie bestrijdt.

2.3. Met dat al dient in de parlementaire voorbereiding gepreciseerd te worden dat de voorgestelde bepaling wordt gelezen met inachtneming van alle interpretatieve reserves geformuleerd in de overwegingen B.78 en volgende van het voornoemde arrest 17/2009 van het Grondwettelijk Hof, teneinde de compatibiliteit ervan te garanderen met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel en met het beginsel van de vrijheid van vereniging.

3. In die context dienen eveneens de artikelen 19 en 21 van de Grondwet te worden vermeld.

Artikel 19 luidt als volgt:

“De vrijheid van eredienst, de vrije openbare uitoefening ervan [...] zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd.”

Artikel 21 bepaalt:

“De Staat heeft niet het recht zich te bemoeien met de benoeming of de installatie der bedienaren van enige eredienst [...].”

Daaruit volgt, zoals trouwens blijkt uit een vorig advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State⁸ en uit de jurisprudentie van het Grondwettelijk Hof⁹, dat de omstandigheid dat sommige erediensten een aantal van hun bedieningen voorbehouden aan mannen of vrouwen, geen strafbaar feit oplevert.

Het voorliggende wetsvoorstel moet aldus worden geredigeerd dat alleen de gevallen worden bedoeld die geen afbreuk doen aan de voornoemde grondwetsbepalingen.

4. In tegenstelling tot het aanzetten tot discriminatie, levert het bedrijven ervan volgens de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’

⁶ Omtrent deze jurisprudentie, zie B. RENAULD en Sébastien VAN DROOGHENBROECK, “Le principe d'égalité et de non-discrimination”, in M. Verdussen en N. Bonbled (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2011, vol. 2, 584 tot 588.

⁷ EHRM, GK, arrest Konstantin Markin t. Rusland, 22 maart 2012, § 127; Staatkundig Gereformeerde Partij t. Nederland, 10 juli 2012, § 72.

⁸ Advies 30.462/2, op 17 juli 2000 verstrekt over een voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de wet van 25 februari 2003 ‘ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding’, *Parl.St.* Senaat, nr. 2-12/5, inz. punt 4 van het advies, *loc. cit.*, 11 en 12.

⁹ GwH, arrest nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.101 tot B.102.9, inz. B.102.7.

geen strafrechtelijke tenlastelegging op, doch valt het onder mechanismen van burgerlijke aansprakelijkheid, uitgezonderd evenwel discriminatie bedreven door een openbaar officier of ambtenaar (artikel 28), en onder voorbehoud van de bepalingen die in het Strafwetboek zijn ingevoegd bij de artikelen 33 tot 42 van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’, die de minimale strafmaat voorgeschreven bij sommige bepalingen van het Strafwetboek verhogen “wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens [onder meer] zijn geslacht”¹⁰.

Het voorgestelde artikel 27/1 stelt het behoren “tot een groepering of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft” op grond van het geslacht strafrechtelijk strafbaar.

Benevens het feit dat een vergelijkbare strafbaarstelling niet voorkomt in artikel 22 van de voornoemde wet van 30 juli 1981, moet worden vastgesteld dat dit onderdeel van de voorliggende bepaling aanleiding geeft tot een dubbele paradox:

- enerzijds wordt alleen de omstandigheid te behoren tot een groepering of vereniging die deze vorm van discriminatie bedrijft, strafbaar gesteld, doch niet zelf dit strafbaar feit te plegen buiten iedere context van een vereniging, onder het voorbehoud van artikel 28 van de wet van 10 mei 2007 en van de gevallen waarin de persoon een van de strafbare feiten pleegt die aanleiding geven tot een verhoging van de minimale strafmaat krachtens de bepalingen die in het Strafwetboek zijn ingevoegd bij de artikelen 33 tot 42 van de wet van 10 mei 2007¹¹;

- anderzijds kan het lid van een zodanige groepering of vereniging¹² vervolgd worden wegens het gedrag van die groepering of vereniging, terwijl deze laatsten niet vervolgd kunnen worden, onder voorbehoud van de toepassing, te hunnen aanzien, van artikel 5 van het Strafwetboek, dat betrekking heeft op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, binnen de werkingssfeer van deze bepaling, wanneer ze een van de strafbare feiten plegen die aanleiding geven tot een verhoging van de minimale strafmaat krachtens de

¹⁰ Het betreft de artikelen 377bis, 405quater, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis en 534quater van het Strafwetboek.

¹¹ Zie de vorige noot.

¹² Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn voornoemd arrest nr. 17/2009 het volgende geoordeeld in verband met de hoedanigheid van lid van een groepering of vereniging:

“B.81.2. In zoverre [...] een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd doordat het strafbaar is te behoren tot of medewerking te verlenen aan discriminerende groepen of verenigingen, terwijl het niet strafbaar is te behoren tot of medewerking te verlenen aan discriminerende bedrijven, kan uit geen enkel element worden afgeleid dat de wetgever bedrijven niet als een groep of vereniging in de zin van de bestreden bepaling zou hebben beschouwd, zodat het verschil in behandeling niet bestaat.”

Bijgevolg zou al wie zijn medewerking verleent aan een bedrijf dat kennelijk en herhaaldelijk discriminatie bedrijft, strafbaar zijn. Een werknemer die voor een dergelijk bedrijf werkt, zou aldus strafbaar kunnen zijn, terwijl het Grondwettelijk Hof over het toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewetgeving nochtans oordeelde:

“B.17.2. Uit de omschrijving van de ‘arbeidsbetrekkingen’ vloeit voort, zoals de verzoekende partijen aanvoeren, dat de werkgevers en de personen die een vennootschap of maatschap van zelfstandige beroepen vormen onder het toepassingsgebied van de bestreden wetten vallen en niet de werknemers noch de personen die tot een vennootschap of maatschap van zelfstandige beroepen wensen toe te treden, maar dat verschil in behandeling wordt verantwoord door de machtspositie, in feite of in rechte, die de eerstgenoemde categorieën van personen op de arbeidsmarkt innemen en die hen, meer dan de laatstgenoemde categorieën, in de gelegenheid stelt om te discrimineren”.

bepalingen die in het Strafwetboek zijn ingevoegd bij de artikelen 33 tot 42 van de wet van 10 mei 2007.

Artikel 4

1. De voorgestelde tekst is aldus geredigeerd dat niet alleen het feit strafbaar wordt gesteld dat een openbaar officier of ambtenaar, een drager of agent van het openbaar gezag of van de openbare macht in de uitoefening van zijn ambt jegens “een persoon discrimineert wegens zijn geslacht”, maar voortaan ook het feit dat hij “die persoon op willekeurige wijze de uitoefening ontzegt van een recht of een vrijheid waarop deze aanspraak kan maken”.

Indien de woorden “die persoon” slaan op eerder welke persoon, zonder nadere precisering, kan deze aanvulling van artikel 28, eerste lid, van de voornoemde wet van 10 mei 2007 aldus worden gelezen dat ze een zeer algemene strekking heeft en bijgevolg toestaat dat een openbaar officier of ambtenaar, een drager of agent van het openbaar gezag of van de openbare macht vervolgd kan worden zodra hij een persoon de uitoefening van enige vrijheid of enig recht van welke aard ook ontzegt.

In een zodanige lezing zou de bepaling de strekking te buiten gaan van de wetgeving waarin ze zou worden ingevoegd.

Ze zou bovendien een gedeeltelijke overlapping vormen met bepalingen die reeds deel uitmaken van de strafwetgeving, inzonderheid de artikelen 147 tot 159 van het Strafwetboek.

In een andere lezing zouden de woorden “die persoon” verwijzen naar de woorden “een persoon [...] wegens zijn geslacht” en zou dus de arbitraire weigering om een recht of vrijheid toe te kennen wegens het geslacht van de betrokkene, strafbaar worden gesteld.

Het is op basis van deze laatste interpretatie van de voorgestelde tekst, die nauwer lijkt aan te sluiten bij de bedoeling van de indiener van het voorstel, dat deze tekst hierna zal worden onderzocht. Dit neemt niet weg dat, onder voorbehoud van de opmerkingen hierna, de tekst moet worden verduidelijkt, inzonderheid in het licht van het wettigheidsbeginsel in strafzaken.

2.1. In het kader van deze laatste interpretatie rijst al bij al de vraag wat de voorgestelde bepaling toevoegt aan de bestaande tekst.

2.2. Artikel 28, eerste lid, van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van de discriminatie tussen vrouwen en mannen’ bepaalt :

“Met gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar wordt gestraft ieder openbaar officier of ambtenaar, iedere drager van het openbaar gezag of van de openbare macht die in de uitoefening van zijn ambt jegens een persoon discrimineert wegens zijn geslacht”.

Artikel 26 van deze wet bepaalt:

“Voor de toepassing van deze titel wordt begrepen onder discriminatie elke vorm van opzettelijke directe discriminatie, opzettelijke indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie of seksuele intimidatie, op grond van geslacht”.

Artikel 28, eerste lid, van de wet van 10 mei 2007 wordt aangevuld met:

“of die een persoon op willekeurige wijze de uitoefening ontzegt van een recht of een vrijheid waarop deze aanspraak kan maken”.

In het voormelde arrest nr. 157/2004 oordeelde het Grondwettelijk Hof:

“B.35. De wetgever heeft het begrip discriminatie in artikel 6 van de wet niet gedefinieerd. Dat begrip is vaak het voorwerp geweest van rechtspraak van onder meer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Arbitragehof; bovendien is tijdens de parlementaire voorbereiding herhaaldelijk erop gewezen dat de wetgever naar die rechtspraak wilde verwijzen (*Parl.St.*, Senaat, B.Z. 1999, nr. 2-12/1, p. 4; 2001-2002, nr. 2-12/15, pp. 99, 121). Er werd meer bepaald aan herinnerd dat, volgens een vaste rechtspraak van het Europees Hof, ‘een onderscheid discriminerend is indien het niet objectief noch redelijk kan worden verantwoord, dit wil zeggen indien geen legitiem doel wordt nagestreefd of indien er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel’ (arrest van 28 mei 1985, reeks A, nr. 94, § 72)’ (*ibid.*, p. 99). De wetbepalingen hebben dus enkel betrekking op het begrip discriminatie dat overeenstemt met de omschrijving die zowel het Europees Hof als het Arbitragehof, evenals het Hof van Cassatie en de Raad van State, van dat begrip geven.

[...]

B.40.1. Aangezien (a) de term ‘discriminatie’ in de omgangstaal op een willekeurig verschil in behandeling slaat, en binnen een vaste rechtspraak geopteerd is voor de in B.35 vermelde omschrijving ervan, (b) de artikelen 6 tot 14 van de wet, in elk van de bepalingen ervan, de elementen preciseren die aanleiding geven tot een strafbaarstelling van discriminatie, en (c) de straffen waarin de wet voorziet, alleen mogelijk zijn wanneer discriminatie de personen die het slachtoffer ervan zijn, rechtstreeks en persoonlijk benadeelt, zoals is vermeld in B.36 tot B.38, kan niet ervan worden uitgegaan dat de artikelen 6 tot 14 van de wet, doordat zij van discriminatie een bestanddeel van bepaalde misdrijven maken, of een verzwaringsgrond voor bepaalde strafminima, niet voldoen aan de vereisten van het wettigheidsbeginsel in strafzaken”¹³.

De vraag rijst wat de indieners van het voorstel bedoelen met “op willekeurige wijze de uitoefening ontzeggen van een recht of een vrijheid waarop deze aanspraak kan maken”. Dit zou geïnterpreteerd kunnen worden zoals de discriminatie in de vaste rechtspraak die in B.35 van voormeld arrest is omschreven. Bij deze interpretatie, die wenselijk lijkt in het licht van de voorwaarden voor de vereisten van het wettigheidsbeginsel in strafzaken, rijst echter de vraag wat de indieners wensen toe te voegen aan de bestaande bepaling die “het discrimineren” van een persoon reeds strafbaar stelt.

2.3. Bovendien is het gewijzigde artikel 28, eerste lid, van de wet van 10 mei 2007 niet in overeenstemming met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel.

¹³ GwH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.35 en B.40.1.

In het voormelde arrest nr. 17/2009 oordeelde het Grondwettelijk Hof:

a) Over de strafbaarstelling van “opzettelijke directe discriminatie”:

“B.45.4. Uit de toevoeging van het woord ‘opzettelijk’ in artikel 19 van de Antiracismewet, artikel 21 van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 26 van de Genderwet, luidens welke onder ‘discriminatie’ onder meer ‘elke vorm van opzettelijke directe discriminatie’ dient te worden begrepen, blijkt ten slotte dat het om een opzettelijk misdrijf gaat. Zelfs wanneer de rechter zou oordelen dat een direct onderscheid op grond van een ‘beschermd criterium’ niet objectief en redelijk is te verantwoorden, dan nog zou er slechts sprake kunnen zijn van opzettelijke directe discriminatie wanneer wordt aangetoond dat de beklaagde wetens en willens heeft gehandeld. Derhalve volstaat het feit dat hij niet in staat is een objectieve en redelijke verantwoording te geven voor het door hem gemaakte onderscheid niet. Aangetoond dient allereerst te worden dat de beklaagde door dat onderscheid opzettelijk iemand ongunstig heeft willen behandelen op basis van een van de ‘beschermd criteria’, in de wetenschap dat hiervoor geen redelijke verantwoording bestaat.

B.45.5. Vermits de wetgever de criteria overneemt die eenduidig zijn ontwikkeld door zowel nationale als internationale rechtscolleges voor de toetsing aan het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, en een opzet vereist opdat er sprake kan zijn van ‘opzettelijke directe discriminatie’, zijn de gebruikte criteria voldoende nauwkeurig, duidelijk en voorspelbaar en dus verenigbaar met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel”.

b) Over de strafbaarstelling van “opzettelijke indirecte discriminatie”:

“B.51.5. De wetgever beoogde tevens tegemoet te komen aan het arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, waarin het Hof het volgende oordeelde:

‘B.54. Volgens artikel 2, § 2, van de wet is ‘er [...] sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen op wie een van de in § 1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd’.

B.55. Ook al voegt de verwijzing naar het feit dat die bepaling, maatstaf of handelwijze ‘objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd’ niets toe aan de definitie van het begrip ‘discriminatie’ vermeld in B.35, toch is het moeilijk denkbaar op welke manier opzettelijk zou kunnen worden aangezet tot een ‘ogenschijnlijk neutrale handelwijze’, of tot een daad waarvan de discriminerende aard alleen tot uiting komt door de ‘schadelijke weerslag’ ervan.

Zulk een definitie bevat een vaag element dat niet verhindert dat een burgerrechtelijke maatregel kan worden genomen tegen indirecte discriminatie, maar dat niet verenigbaar is met de vereiste van voorzienbaarheid die inherent is aan de strafwet.

B.56. De strafbaarstelling die bij artikel 6, § 1, eerste streepje, is gecreëerd, voldoet bijgevolg enkel aan het wettigheidsbeginsel in strafzaken indien zij in die zin wordt geïnterpreteerd dat zij alleen betrekking heeft op het opzettelijk aanzetten tot directe discriminatie’.

Om dat bezwaar te verhelpen, spreekt de voormelde definitie van het begrip ‘indirect onderscheid’, waarnaar de definitie van het begrip ‘indirecte discriminatie’ verwijst, van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die personen gekenmerkt door een bepaald ‘beschermd criterium’, in vergelijking met andere personen

bijzonder kan benadelen. In de parlementaire voorbereiding wordt hieromtrent het volgende overwogen :

‘Met deze Europese definitie (die is overgenomen in de drie voorgestelde wetten) die indirecte discriminatie meet aan een resultaat dat zich daadwerkelijk voordoet of waarvan men denkt dat het zich waarschijnlijk zal voordoen in functie van de gewone ervaring, [wordt] het perfect denkbaar dat een indirecte discriminatie 'anticipeerbaar' is en dus 'opzettelijk' wordt begaan door de dader’ (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/001, p. 30).

In antwoord op de vraag hoe indirecte discriminatie opzettelijk kan zijn, antwoordde de minister, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het volgende :

‘Om de ter bespreking voorliggende wetsontwerpen op dat punt volkomen af te stemmen op de vereisten van het communautair recht, definiëren zij indirecte discriminatie als 'de situatie waarin een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald beschermd criterium in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen', en wel op voorwaarde dat een soortgelijke praktijk niet mag stoelen op één van de bij elk van de drie wetsontwerpen bepaalde rechtvaardigingsgronden.

Die definitie verwoordt dus het begrip 'indirecte discriminatie' met verwijzing naar een feit dat zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, en dat achteraf wordt vastgesteld, dan wel met verwijzing naar een feit waarvan redelijkerwijs *a priori* mag worden aangenomen dat het zich zou kunnen voordoen, op grond van de gemeenschappelijke ervaring. Uit dat laatste oogpunt is het dus volkomen denkbaar dat indirecte discriminatie 'anticipeerbaar' kan zijn, en derhalve met opzet kan worden begaan door de persoon die ze toepast. Zulks geldt tevens voor het aanzetten tot een soortgelijke vorm van discriminatie’ (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, pp. 45-46).

B.51.6. Uit het voorgaande blijkt dat er enkel sprake kan zijn van ‘opzettelijke indirecte discriminatie’ wanneer allereerst een andere grond van onderscheid wordt gehanteerd dan nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst of geslacht, maar die personen gekenmerkt door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden bijzonder kan benadelen. Vervolgens dient die grond te worden gehanteerd teneinde een onderscheid op een van de in de bestreden wetten vermelde gronden te maken zonder dat hiervoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Ten slotte dient het opzettelijk karakter te worden aangetoond (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 114).

Het volstaat derhalve niet dat een bepaling, maatstaf of handelwijze een categorie van personen (gekenmerkt door een verboden discriminatiegrond) bijzonder kan benadelen. Er dient ook te worden aangetoond dat de auteur van die bepaling, maatstaf of handelwijze op het ogenblik dat hij ze heeft gesteld of aangenomen, wist dat die categorie van personen hierdoor zou worden benadeeld zonder dat hiervoor een redelijke verantwoording bestond en dat hij dat nadeel ook heeft gewild. Met toepassing van de algemene strafrechtelijke beginselen is het aan de vervolgende partij om hiervan het bewijs te leveren, waarbij elke twijfel in het voordeel is van de beklaagde.

B.51.7. Onder voorbehoud van die interpretatie is de in B.51.3¹⁴ vermelde rechtvaardigingsgrond voldoende nauwkeurig, duidelijk en voorspelbaar en dus verenigbaar met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel”.

Waar het onduidelijk is of in de opgestelde bepaling ook bedoeld wordt op de indirecte discriminatie, ontbreekt in ieder geval het vereiste van de opzet of het intentioneel element. Zonder een vermelding daarvan is de bepaling niet voldoende nauwkeurig, duidelijk en voorspelbaar en is deze bepaling niet verenigbaar met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel¹⁵.

Artikel 6 en amendement nr. 2

2. Artikel 6 en amendement nr. 2 voorzien in een verzwarende omstandigheid toepasselijk op een hele reeks strafbare feiten opgenomen in het Strafwetboek, ingeval het strafbare gedrag in kwestie is “ingegeven door redenen die te maken hebben met het geslacht van het slachtoffer”.

Het is zinvoller om een bepaling aangaande strafverzwaring in het Strafwetboek zelf op te nemen, onder voorbehoud van de opmerkingen hierna.

2. In de voorgestelde tekst zijn de woorden “wanneer de tenlasteleggingen als bedoeld in de artikelen [...] zijn ingegeven door redenen die te maken hebben met het geslacht van het slachtoffer” onvoldoende duidelijk, wat inzonderheid in strafzaken onaanvaardbaar is.

3. De voorgestelde bepaling doet vragen rijzen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet: men vraagt zich immers af waarom alleen de daarin vermelde bepalingen van het Strafwetboek aanleiding kunnen geven tot zwaardere straffen “wanneer de tenlasteleggingen als bedoeld in de artikelen [...] zijn ingegeven door redenen die te maken hebben met het geslacht van het slachtoffer”, in tegenstelling tot andere bepalingen, terwijl het niet uitgesloten is dat in die gevallen het geslacht de “drijfveer” zou zijn geweest van het gepleegde strafbare feit.

Onder voorbehoud van opmerking nr. 5 hierna rijst onder meer de vraag – naast nog andere – waarom de artikelen 521 tot 525, 534^{bis} en 534^{ter} van het Strafwetboek, die in de artikelen 525^{bis} en 534^{quater} van het Strafwetboek nochtans het voorwerp zijn van strafverzwarende bepalingen “wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens [onder meer] zijn geslacht”, niet voorkomen in de lijst met artikelen van het Strafwetboek vermeld in de voorliggende bepaling, terwijl de artikelen 372, 373, 398, 402, 405, 422^{bis}, 422^{ter}, 434, 442^{bis},

¹⁴ B.51.3: “Elk indirect onderscheid op een van de in de bestreden wetten vermelde discriminatiegronden vormt een indirecte discriminatie, tenzij de ‘ogenschoonlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die aan de grondslag ligt van het indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’ (artikel 9 van de Antiracismewet, artikel 9 van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 15 van de Genderwet) of tenzij, in het geval van indirect onderscheid op grond van een handicap, wordt aangetoond dat geen redelijke aanpassingen kunnen worden getroffen (artikel 9 van de Algemene Antidiscriminatiewet)”.

¹⁵ Zie hierover ook GwH, nr. 17/2009, B.53.4 (voor wat betreft intimidatie) en B.54.5 (voor wat betreft de weigering van het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap).

510 tot 512 en 528 tot 530 van het Strafwetboek, die er hunnerzijds wel in voorkomen, aanleiding geven tot dezelfde strafverzwaring in de artikelen 377*bis*, 405*quater*, 422*quater*, 438*bis*, 442*ter*, 453*bis*, 514*bis*, 525*bis*, 532*bis* en 534*quater* van hetzelfde Wetboek.

4. Al met al zal moeten kunnen worden weergegeven voor welke in de bedoelde artikelen bepaalde misdrijven de strafverzwaring zou gelden.

De eenvoudige verwijzing naar een reeks artikelen leidt tot inconsistente bepalingen. Zo lijkt een strafverzwaring wegens het geslacht van het slachtoffer moeilijk verenigbaar met een strafverzwaring wegens de hoedanigheid van broer of zus in artikel 372, derde lid, van het Strafwetboek.

Zo kan ook worden verduidelijkt of het de bedoeling is dat de strafverzwaring wegens het geslacht van het slachtoffer alternatief of cumulatief is ten opzichte van reeds ingevoerde strafverzwaringen van het basismisdrijf om andere gronden, bv. minderjarigheid van het slachtoffer.

5.1. Enkele van de strafbare feiten vermeld in de voorliggende bepaling zijn nu reeds het voorwerp van een verzwarende omstandigheid “wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens [onder meer] zijn geslacht”.

Aldus moet met betrekking tot de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 372 en 373 van het Strafwetboek¹⁶⁻¹⁷ rekening worden gehouden met artikel 377*bis* van hetzelfde Wetboek, luidende:

“In de gevallen bepaald in dit hoofdstuk kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van gevangenisstraf en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst.”

¹⁶ Zie over deze misdrijven ook advies RvS 30.462/2 van 16 november 2000 over het voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 25 februari 2003 ‘ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding’:

“Het is verkieslijk te stellen dat een strafbaar feit dat ingegeven wordt door haat, misprijzen of vijandigheid jegens een persoon op basis van een van de gronden opgesomd in artikel 2, § 1, eerste lid, een persoonlijke verzwarende omstandigheid oplevert. Het bestanddeel van bepaalde strafbare feiten, inzonderheid van die welke de reden betreffen, zal immers noodzakelijkerwijs het geslacht zijn, zodat de bepaling automatisch zou leiden tot een verdubbeling van de straffen die de wet in een soortgelijk geval oplegt, wat verder lijkt te gaan dan de bedoeling van de indiener van het wetsvoorstel. Meer fundamenteel is de bevoegdheid van de strafrechter bij het bepalen van de straf ruim genoeg, zodat een soortgelijke bepaling overbodig is” (*Parl. St. Senaat 2000-2001, nr. 2-12/5, 15*).

¹⁷ Zie ook opmerking nr. 4 hierboven.

Wat betreft de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 398, 402 en 405 van het Strafwetboek moet rekening worden gehouden met artikel 405*quater* van hetzelfde Wetboek (waarvan de wijziging in het vooruitzicht wordt gesteld), luidende:

“In de gevallen bepaald in de artikelen 393 tot 405*bis* kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van correctionele straffen en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst.”

Met het oog op de wijziging van artikel 405*quater* is een wetsontwerp ingediend ‘tot wijziging van artikel 405*quater* van het Strafwetboek en artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden’, dat onder meer artikel 405*quater* van het Strafwetboek vervangt door een nieuwe bepaling, die hetzelfde nummer draagt en als volgt luidt:

“Wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn geslachtsverandering, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst, zijn de straffen de volgende:

1° in de in artikel 393 bedoelde gevallen is de straf levenslange opsluiting;

2° in de in de artikelen 398, 399, 405 en 405*bis*, 1° tot 3°, bedoelde gevallen wordt de in voornoemde artikelen bedoelde maximale gevangenisstraf verdubbeld met een maximum van vijf jaar en de maximale geldboete verdubbeld met een maximum van vijfhonderd euro;

3° in de in de artikelen 400, eerste lid, 402 en 405*bis*, 4°, bedoelde gevallen is de straf opsluiting van vijf jaar tot tien jaar;

4° in de in de artikelen 400, tweede lid, 401, eerste lid, 403, 405*bis*, 5° en 9°, bedoelde gevallen is de straf opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar;

5° in de in de artikelen 401, tweede lid, 405*bis*, 6°, 7° en 10°, bedoelde gevallen is de straf opsluiting van vijftien jaar tot twintig jaar;

6° in de in de artikelen 404, 405*bis*, 8° en 11°, bedoelde gevallen is de straf opsluiting van twintig jaar tot dertig jaar”.

Dit ontwerp is door de Senaat aangenomen op 21 december 2012¹⁸ en is thans ter bekrachtiging aan de Koning voorgelegd.

¹⁸ Parl.St. Kamer 2012-13, nr. 53-2473/005; Senaat, 2012-13, n^{rs}. 5-1888/1 en 3; *Handelingen*, 21 december 2012.

Wat betreft de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 422*bis* en 442*ter* van het Strafwetboek moet rekening worden gehouden met artikel 422*quater*, luidende:

“In de gevallen bepaald in de artikelen 422*bis* en 422*ter* kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde correctionele straffen worden verdubbeld, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst”.

Wat betreft de strafbare feiten bedoeld in artikel 434 van het Strafwetboek moet rekening worden gehouden met artikel 438*bis*, luidende:

“In de gevallen bepaald in dit hoofdstuk kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van correctionele straffen en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst”.

Wat betreft de strafbare feiten bedoeld in artikel 453 moet rekening worden gehouden met artikel 453*bis*, luidende:

“In de gevallen bepaald in dit hoofdstuk kan het minimum van de correctionele straffen worden verdubbeld, wanneer een van de drijfveren van het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst”.

Wat betreft de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 510 tot 512 moet rekening worden gehouden met artikel 514*bis*, luidende:

“In de gevallen bepaald in de artikelen 510 tot 514 kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van correctionele straffen en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst”.

Wat betreft de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 528 tot 530 moet rekening worden gehouden met artikel 532*bis*, luidende:

“In de gevallen bepaald in de artikelen 528 tot 532 kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van correctionele straffen en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst”.

5.2. De aldus vastgestelde onderlinge verwevenheden doen tal van problemen rijzen.

Gesteld dat de definitie van verzwarende omstandigheid, zoals blijkt uit de voorgestelde bepalingen (“die te maken hebben met het geslacht van het slachtoffer”) niet identiek is met de definitie van verzwarende omstandigheid die thans reeds is vervat in de bestaande regeling waarvan hierboven sprake is (“het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens [...] zijn geslacht”), rijst de vraag op welke wijze, met inachtneming van het beginsel van rechtszekerheid in strafzaken en van het beginsel van de proportionaliteit van de tenlasteleggingen en de straffen, de gestelde verzwarende omstandigheden in hun geheel met elkaar in overeenstemming dienen te worden gebracht.

Gesteld dat de definitie van verzwarende omstandigheid, zoals blijkt uit de voorgestelde bepalingen (“die te maken hebben met het geslacht van het slachtoffer”), wat de grond van de zaak betreft identiek is met de definitie van verzwarende omstandigheid die thans reeds is vervat in de bestaande regeling waarvan hierboven sprake is (“het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens [...] zijn geslacht”), doet zich het probleem voor van overlapping wat betreft de artikelen van het Strafwetboek (377*bis*, enz.) waarvan hierboven sprake is, met uitzondering van de artikelen 398, 402 en 405 van het Strafwetboek, waarop artikel 405*quater* uitwerking heeft, zoals dat nieuw wordt ingevoerd in het Strafwetboek door het hierboven aangehaalde wetsontwerp, dat ter bekrachtiging aan de Koning is voorgelegd.

Deze overlapping is volledig wat betreft de verzwarende omstandigheid zoals opgevat in amendement nr. 2, aangezien het erin bepaalde quantum van de strafverzwaring identiek is met het quantum van de strafverzwaring zoals bepaald in de hierboven aangehaalde artikelen.

De overlapping is slechts gedeeltelijk wat betreft artikel 6 van het voorstel, aangezien het erin bepaalde quantum van de strafverzwaring hoger is dan het quantum bepaald in die artikelen. De gedeeltelijke overlapping doet niet alleen een probleem rijzen in het licht van de rechtszekerheid in strafzaken, maar vereist tevens een verantwoording in het licht van het gelijkheidsbeginsel: er moet immers worden verantwoord waarom met betrekking tot eenzelfde strafbaar feit de strafverzwaring aanzienlijker moet zijn ingeval de drijfveer seksisme is, dan wanneer de drijfveer racisme is.

Een soortgelijk probleem inzake gelijkheid en non-discriminatie doet zich voor met betrekking tot de strafbare feiten bedoeld in het voorliggende voorstel, die in de huidige stand, met uitzondering van de artikelen 398, 402 en 405 van het Strafwetboek, die samen met andere bepalingen worden vermeld in het nieuwe artikel 405*quater*, 2° en 3°, van het Strafwetboek, zoals het wordt ingevoegd door het hierboven aangehaalde wetsontwerp, tot geen enkele verzwarende omstandigheid aanleiding geven indien ze gepleegd zijn met als drijfveer “de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst”.

Wat betreft de artikelen 398 en 405 van het Strafwetboek, die samen met andere bepalingen worden vermeld in het nieuwe artikel 405*quater*, 2°, van het Strafwetboek, zoals het wordt ingevoegd door het hierboven aangehaalde wetsontwerp, wordt de minimale strafmaat niet gewijzigd dit nieuwe artikel, terwijl ze daarentegen zou worden verdubbeld bij artikel 6 van het voorstel en bij amendement nr. 2. Wat artikel 398 van het Strafwetboek betreft, zou er met betrekking tot de maximale strafmaat ook een overlapping zijn tussen de nieuwe versie van het hierboven genoemde nieuwe artikel 405*quater*, 2°, van het Strafwetboek en artikel 6 van het voorstel, doch niet wat betreft deze nieuwe versie en amendement nr. 2, dat alleen de minimale strafmaat betreft. Wat artikel 405 van het Strafwetboek betreft, zou de verdubbeling van de maximale strafmaat bepaald bij artikel 6 van het voorstel niet worden beperkt tot vijf jaar en tot vijfhonderd euro, zoals wel geschiedt in het hierboven genoemde nieuwe artikel 405*quater*, 2°, van het Strafwetboek; dit probleem rijst niet bij vergelijking van deze bepaling met amendement nr. 2.

Wat betreft artikel 402 van het Strafwetboek, dat samen met andere bepalingen wordt vermeld in het nieuwe artikel 405*quater* van het Strafwetboek, maar ditmaal in onderdeel 3° ervan, zoals het wordt ingevoegd door het hierboven aangehaalde wetsontwerp, zijn de regels fundamenteel verschillend: in deze bepaling wordt het strafbare feit met verzwarende omstandigheid gestraft met vijf tot tien jaar opsluiting, terwijl in artikel 6 van het voorstel de straffen van een maand tot drie jaar en van zesentwintig tot driehonderd euro worden verdubbeld en terwijl in amendement nr. 2 de minimale strafmaat wordt verhoogd met twee jaar.

De coherentie van het dispositief inzake de strafverzwaring zou nader moeten worden onderzocht, eveneens in het licht van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, met betrekking tot de artikelen 398, 402 en 405 van het Strafwetboek, zoals ze voortaan zullen samenhangen met artikel 405*quater*, 2° en 3°, van het Strafwetboek, zoals dat wordt ingevoegd door het hierboven aangehaalde wetsontwerp.

6. Hoe dan ook, zo het de bedoeling is van de indieners van het voorstel om voor de andere dan de in nr. 5.1 opgesomde misdrijven in een strafverzwaring te voorzien¹⁹ om “redenen die te maken hebben met het geslacht van het slachtoffer”, zijn deze redenen niet voldoende

¹⁹ Over het facultatieve karakter van het verhogen van de straf zie D. EVENS, “Hoe verzwarend zijn de verzwarende omstandigheden uit de Antidiscriminatiewet ? Is het omdat ze anders zijn ?”, *T. Strafr.* 2007/1, pp. 68-69.

duidelijk geformuleerd om als strafverzwarringsgrond te fungeren in het licht van het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel. Bovendien komt het aan de indieners van het voorstel toe om te motiveren waarom specifiek voor deze opgesomde misdrijven een strafverzwaring nodig is.

7. Amendement nr. 2 voorziet enkel in een verhoging van de minimumstraf. Artikel 6 van het voorstel voorziet evenwel in een verdubbeling van “de straffen”, wat tot gevolg heeft dat de strafverzwaring betrekking heeft op zowel de minimum- als de maximumstraffen.

In de hierboven weergegeven bestaande situaties van strafverzwaring geldt er enkel een verzwaring van de minimumstraf, hetgeen de vraag doet rijzen naar de verenigbaarheid van artikel 6 met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Daarbij kan worden opgemerkt dat door de verhoging van ook de maximumstraffen het proportionaliteitsbeginsel in het gedrang kan komen. Gelet op de eenvoudige “verdubbeling”, komt bovendien een aantal van de bepaalde maximumstraffen uit boven de drempel ingesteld door artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 ‘op de verzachtende omstandigheden’, die geldt voor de correctionaliseerbaarheid van misdrijven.

Over het aldus geconstrueerde mechanisme van strafverzwaring kunnen twijfels rijzen, gelet op de beoordeling van het Grondwettelijk Hof in voormelde arrest nr. 17/2009 van 12 februari 2009²⁰:

“B.96.3. Het behoort tot de bevoegdheid van de wetgever te beoordelen of het aangewezen is de rechters te dwingen tot gestrengheid wanneer het erom gaat inbreuken te bestraffen die het algemeen belang zeer ernstig schaden. Het staat ook aan de wetgever, wanneer hij beslist om het minimum van de toepasselijke straffen voor bepaalde misdrijven op te trekken, daarbij de discriminatiegronden aan te wijzen die hij het meest verwerpelijk acht.

Door in de aangegeven mate het minimum van de straffen te verhogen, heeft de wetgever een maatregel genomen die in verhouding staat tot het nagestreefde doel en die daarmee niet onevenredig is. De wet voorziet niet in een verhoging van het maximum van de straffen en sluit de toepassing niet uit van de artikelen 79 tot 85 van het Strafwetboek op grond waarvan de straf van opsluiting en de gevangenisstraf kunnen worden verminderd in geval van verzachtende omstandigheden, noch van de bepalingen van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie.

B.96.5. De wetgever heeft ten slotte, in plaats van die verzwaring van de minimumstraf uit te breiden tot alle misdrijven, misdrijven opgesomd waarvan in het bijzonder kan worden aangenomen dat zij kunnen zijn ingegeven door een discriminerende drijfveer tegenover het slachtoffer. Die keuze is niet zonder redelijke verantwoording. Het zijn immers misdrijven als gewelddaden, seksueel geweld, schuldig verzuim, vernieling van goederen, aanranding van de eer en belaging die gepaard kunnen gaan met gedrag, uitlatingen, opschriften of geschriften waaruit de rechter kan afleiden, na te hebben vastgesteld dat het misdrijf is bewezen, dat een van de drijfveren van de dader haat, misprijzen of vijandigheid, ingegeven door een van de in de wet opgesomde gronden, was.”

²⁰ Zie eveneens GwH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.65 tot B.69.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet voor het voorgestelde, afwijkende mechanisme van strafverzwaring geen rechtvaardiging. Ingeval de indieners van het voorstel dat toch wensen te behouden, komt het hen toe dat omstandig te motiveren, onder de mogelijke latere controle daarvan door het Grondwettelijk Hof²¹.

8. Amendement nr. 2 voorziet enkel in een gedifferentieerde verhoging van de minimumstraf (verdubbeling in geval van correctionele straffen, verhoging met twee jaar in de andere gevallen).

Opnieuw met het oog op de gelijke behandeling (zie de geciteerde artikelen 377bis, 405quater, 438bis, 514bis en 532bis van het Strafwetboek) en de proportionaliteit van de straf, geniet een dergelijke gedifferentieerde benadering de voorkeur boven de eenvoudige verdubbeling van alle minimumstraffen, ook in situaties waarin deze al zeer hoog liggen en de 'vork' tussen minimum en maximumstraf beperkt is (bv. 15 tot 20 jaar in artikel 510 van het Strafwetboek).

Amendement nr. 1

1. Zoals wordt aangegeven in de verantwoording van amendement nr. 1, beoogt het de ongrondwettigheid vervat in artikel 2 van het voorstel recht te zetten.

Het voorgestelde artikel 27, 3° en 4°, van de wet van 10 mei 2007, zoals het wordt geamendeerd, zou zijn geredigeerd naar het voorbeeld van artikel 21 van de wet van 30 juli 1981 'tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden', luidend als volgt:

“Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft, hij die in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, verspreidt”.

2. Een zodanig strafbaar feit is alleen bestaanbaar met de vrijheid van meningsuiting indien daaraan een voorbehoud van interpretatie wordt verbonden zoals het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 17/2009²² van 12 februari 2009 heeft gesteld met betrekking tot artikel 21 van de voornoemde wet van 30 juli 1981:

“B.74.3. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling werd onderstreept dat die bepaling dient te worden geïnterpreteerd en toegepast overeenkomstig artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 40), zoals ook de afdeling wetgeving van de Raad van State had geadviseerd (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/001, pp. 105-106).

²¹ Zie in die zin advies 51.805/3, op 18 september 2012 verstrekt over een voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot het voornoemde wetsontwerp 'tot wijziging van artikel 405quater van het Strafwetboek en artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden', dat door de Senaat is aangenomen op 21 december 2012 en dat thans ter bekrachtiging aan de Koning is voorgelegd (zie punt 5.1 hierboven).

²² Het Grondwettelijk Hof heeft dit voorbehoud herhaald in arrest nr. 40/2009 van 11 maart 2009, B.69 e.v.

In de parlementaire voorbereiding werd het volgende benadrukt:

‘Bovendien moet de nadruk worden gelegd op het moreel aspect van de strafbaarstelling waarvan de materiële elementen aldus worden omschreven. Zoals de minister reeds heeft aangegeven, gaat het om een bijzonder bedrog [lees: bijzonder opzet]. Het verweten gedrag zal alleen strafrechtelijk strafbaar zijn als de aanklager bewijst dat de verspreiding van de betrokken ideeën tot doel heeft de haat ten aanzien van een groep van mensen aan te wakkeren en de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid te rechtvaardigen. Die vereiste zal de strafrechter de mogelijkheid bieden het onderscheid te maken tussen eensdeels het objectief wetenschappelijk onderzoek en anderdeels het 'pseudowetenschappelijk' discours over de rassuperioriteit, waarvan het precies de doelstelling is de haat ten aanzien van een groep van mensen aan te wakkeren en de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid te rechtvaardigen’ (*Parl.St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 63; zie ook Senaat, 2006-2007, nr. 3-2362/3, p. 32).

B.74.4. Uit die toelichting blijkt dat de wetgever het in de bestreden bepaling vervatte misdrijf heeft opgevat als een misdrijf dat een bijzonder opzet vereist: er is slechts sprake van een misdrijf als bewezen is dat ‘de verspreiding van de betrokken ideeën tot doel heeft de haat ten aanzien van een groep van mensen aan te wakkeren en de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid te rechtvaardigen.’

Uit de gebruikte term ‘verspreiden’ volgt dat er slechts sprake is van dat misdrijf wanneer aan de desbetreffende denkbeelden algemene bekendheid werd gegeven. De gangbare betekenis van die term is immers ‘alom bekendmaken’. Aangezien de bestreden bepaling het ‘verspreiden’ niet koppelt aan het gebruik van een bepaald odium, is de wijze waarop aan de desbetreffende denkbeelden algemene bekendheid werd gegeven, niet bepalend om uit te maken of er al dan niet sprake is van het misdrijf. Wel bepalend is dat het ‘verspreiden’ dient te gebeuren in een van de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden.

B.74.5. Uit de omstandigheid dat voor het misdrijf een bijzonder opzet is vereist, volgt dat het bestaan van dat misdrijf niet kan worden aangenomen vanaf het ogenblik dat enkel de materiële elementen ervan aanwezig zijn. Opdat sprake kan zijn van een misdrijf, dient een specifiek moreel element te worden aangetoond. Dat specifieke morele element, dat is vervat in de woorden ‘verspreiden’, ‘rassenhaat’ en ‘rassuperioriteit’, betreft meer bepaald de wil om denkbeelden te verspreiden met het oog op het aanwakkeren van haat ten aanzien van een groep van mensen of met het oog op de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid.

De uitingen moeten derhalve een minachtende of haatdragende strekking hebben, hetgeen uitingen van wetenschap en kunst buiten het verbod plaatst, en zij moeten de fundamentele minderwaardigheid van een groep uitdrukken.

B.74.6. Onder voorbehoud van die interpretatie, doet de bestreden bepaling niet op discriminerende wijze afbreuk aan de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd bij artikel 19 van de Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens”.

3. Wat de inachtneming van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie betreft, dient eraan herinnerd te worden dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 40/2009 het volgende heeft geoordeeld:

“B.73. In het tweede middel in de zaak nr. 4355 voert de verzoekende partij eveneens aan dat het bestreden artikel 21 niet bestaanbaar is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, doordat die bepaling een niet te verantwoorden verschil in behandeling in het leven zou roepen tussen personen die het slachtoffer zijn van discriminatoire uitlatingen, naargelang die uitlatingen zijn gebaseerd, enerzijds, op nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, dan wel, anderzijds, op een andere discriminatiegrond.

B.74.1. Zoals in herinnering is gebracht in B.63, behoort het in beginsel tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om vast te stellen welk gedrag een strafrechtelijke sanctie verdient, zij het dat de door hem gemaakte keuzes op dat vlak redelijkerwijze moeten worden verantwoord. Die beoordelingsbevoegdheid van de wetgever is evenwel aan beperkingen onderworpen wanneer België zich internationaalrechtelijk ertoe heeft verbonden een bepaald gedrag strafbaar te stellen.

B.74.2. Volgens artikel 4 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie nemen de verdragspartijen de verplichting op zich ‘strafbaar bij de wet te verklaren het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat’.

Met de bestreden bepaling komt de Belgische wetgever tegemoet aan die internationaalrechtelijke verplichting, die het door de verzoekende partijen bekritiseerde verschil in behandeling redelijkerwijze kan verantwoorden.

Uit het onderzoek van het vijfde middel in de zaak nr. 4312 en het eerste middel in de zaak nr. 4355 is bovendien gebleken dat de bestraffing van de verspreiding van bepaalde denkbeelden is onderworpen aan strenge voorwaarden, precies om de beperking van de uitoefening van de vrijheden, waarvan de schending werd aangevoerd, terug te brengen tot datgene wat strikt noodzakelijk wordt geacht in een democratische samenleving. In dat perspectief kan de eerbiediging van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie niet ertoe leiden dat de uitoefening van die vrijheden tevens zou moeten worden beperkt met betrekking tot denkbeelden die zijn gegrond op een superioriteit van of haat tegen dragers van andere menselijke kenmerken of overtuigingen.

Door de bestraffing van de verspreiding van denkbeelden te beperken tot de denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, die een ernstige bedreiging vormen voor de democratische samenleving, heeft de wetgever een maatregel genomen die redelijk is verantwoord.

B.75. Het tweede middel in de zaak nr. 4355 is niet gegrond.”

De opmerkingen 2.2 en 2.3, hierboven gemaakt onder artikel 3 van het voorliggende voorstel, gelden *mutatis mutandis* eveneens voor amendement nr. 1.

LE GREFFIER EN CHEF – DE HOOFDGRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT - DE EERSTE
VOORZITTER

Danièle LANGBEEN

Robert ANDERSEN