



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.168/AV
van 16 juni 2021

avis 69.168/AG
du 16 juin 2021

over

sur

een wetsvoorstel 'tot wijziging van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaalsocialistische regime is gepleegd, wat het gebruik van nazisymbolen betreft' (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1586/001)

une proposition de loi 'modifiant la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, concernant l'utilisation d'insignes nazis' (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1586/001)

Op 2 april 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van Volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen,^(*) een advies te verstrekken over een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaalsocialistische regime is gepleegd, wat het gebruik van nazisymbolen betreft’ (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1586/001).

Het voorstel is door de algemene vergadering onderzocht op 20 mei 2021. De algemene vergadering was samengesteld uit Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State, Marnix VAN DAMME, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET en Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitters, Chantal BAMPS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bert THYS, Bernard BLERO, Wouter PAS, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT en Johan PUT, assessoren, en Gregory DELANNAY, hoofdgriffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Frédéric VANNESTE, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 juni 2021.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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.

Le 2 avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^(**), sur une proposition de loi 'modifiant la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, concernant l'utilisation d'insignes nazis' (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1586/001).

La proposition a été examinée par l'assemblée générale le 20 mai 2021. L'assemblée générale était composée de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État, Marnix VAN DAMME, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET et Wilfried VAN VAERENBERGH, présidents de chambre, Chantal BAMPS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bert THYS, Bernard BLERO, Wouter PAS, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT et Johan PUT, assesseurs, et Gregory DELANNAY, greffier en chef.

Les rapports ont été présentés par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, et Frédéric VANNESTE, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jacques JAUMOTTE.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 16 juin 2021.

*

(**) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

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

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

*

STREKKING

1. Het wetsvoorstel strekt ertoe een artikel 1/1 in te voegen in de wet van 23 maart 1995 ‘tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaalsocialistische regime is gepleegd’. Dat artikel luidt als volgt:

“Art. 1/1. Met dezelfde straffen worden gestraft hij die, om propaganda te voeren of reclame te maken, een uniform, symbool of embleem draagt of laat zien dat kan worden geassocieerd met wat gedragen werd door de leden van een criminele organisatie als bedoeld in artikel 9 van het statuut van het Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg van 8 augustus 1945, of door iemand die schuldig is bevonden aan genocide, oorlogsmisdaden of misdaden tegen de menselijkheid”.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. DE INVOEGING VAN HET VOORGESTELDE DISPOSITIEF IN DE BESTAANDE WETGEVING

2. Zoals in het opschrift ervan is vermeld, had de wet van 23 maart 1995, van bij de aanvang, als uitsluitend doel de strafbaarstelling van een hele reeks gedragingen die verband houden met alleen de “genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaalsocialistische regime is gepleegd”.

3. De wil van de wetgever om die wetgeving exclusief aan dat voorwerp voor te behouden, werd door hem bevestigd tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 5 mei 2019 ‘houdende diverse bepalingen in strafzaken en inzake erediens, en tot wijziging van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie en van het Sociaal Strafwetboek’. De toelichting bij het voorstel, voorafgaand aan de voornoemde wet van 5 mei 2019, bevat daaromtrent een omstandige nadere verantwoording². De strafbepaling is bijgevolg niet ingevoegd in de voornoemde wet van 23 maart 1995, maar wel in de wet van 30 juli 1981 ‘tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’ (art. 20, 5° van de wet):

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

² *Parl.St.* Kamer 2018-19, doc 54-3515/001, 145-147.

“hij die in een van de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, feiten overeenstemmend met een misdaad van genocide, een misdaad tegen de mensheid of een oorlogsmisdaad zoals bedoeld in artikel 136^{quater} van het Strafwetboek, en als dusdanig vastgesteld door een eindbeslissing van een internationaal gerecht, ontkent, schromelijk minimaliseert, poogt te rechtvaardigen of goedkeurt, wetende of verondersteld zijnde te weten dat dit gedrag hetzij een persoon, hetzij een groep, een gemeenschap of leden ervan zou kunnen blootstellen aan discriminatie, haat of geweld wegens een van de beschermde criteria of godsdienst, in de zin van artikel 1, lid 3, van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, en dit, zelfs buiten de in artikel 5 bedoelde domeinen”.

4. Gelet op die contextuele elementen rijst de vraag of het, ter wille van de samenhang en de leesbaarheid en transparantie van de strafwetgeving, is aangewezen, zoals met het wetsvoorstel wordt beoogd, om in de voormelde wet van 23 maart 1995 niet alleen de strafbaarstelling op te nemen van feiten die nog steeds verband houden met de genocide, welke strafbaarstelling tot op heden uitsluitend bij die wet wordt geregeld – te weten het dragen of laten zien van een uniform, symbool of embleem dat kan worden geassocieerd met wat gedragen werd “door de leden van een criminele organisatie als bedoeld in artikel 9 van het statuut van het Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg van 8 augustus 1945” – maar ook van feiten die verband houden met andere gebeurtenissen, te weten het dragen of laten zien van een uniform, symbool of embleem dat kan worden geassocieerd met wat gedragen werd door personen die, meer in het algemeen schuldig zijn bevonden aan “genocide, oorlogsmisdaden of misdaden tegen de menselijkheid”, zonder nadere precisering.

5. Het voorstel moet worden herzien in het licht van de voorgaande opmerking.

II. DE VERENIGBAARHEID MET DE VRIJHEID VAN MENINGSUITING EN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN STRAFZAKEN

6. Het voorliggende voorstel beschouwt het dragen of het tonen van emblemen, uniformen of symbolen als strafbare feiten en is derhalve een inmenging in de vrijheid van meningsuiting zoals die met name wordt gewaarborgd bij de Grondwet, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (A). Dergelijke inmengingen zijn slechts toelaatbaar onder verschillende voorwaarden die de nationale en internationale rechtspraak hebben trachten te verduidelijken (B). Overigens blijkt dat, op grond van wetgeving waarvan de geldigheid met betrekking tot die hogere normen reeds is vastgesteld, sommige van de gedragingen die de stellers van het voorstel beogen, reeds strafrechtelijk kunnen worden vervolgd (C). Het voorliggende voorstel moet dan ook in het licht van het aldus geschetste normatieve kader worden geëvalueerd (D).

A. De relevante grondwettelijke, Europese en internationale teksten

7. Artikel 19 van de Grondwet bepaalt het volgende:

“De vrijheid van erediens, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd.”

Artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, (hierna ook het EVRM genoemd), dat eveneens is gewijd aan de vrijheid van meningsuiting, bepaalt dan weer het volgende:

“1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Dit artikel belet niet dat Staten radio-omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.”

In artikel 17 van datzelfde verdrag wordt voorts het volgende bepaald:

“Geen bepaling van dit Verdrag mag zodanig worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit te ontplooiën of enige daad te verrichten, die ten doel heeft de rechten en vrijheden welke in dit Verdrag zijn erkend, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien”.

Onder een voorbehoud dat in wezen identiek is met het voorbehoud dat in het voornoemde artikel 17 is opgenomen³, is de vrijheid van meningsuiting ook verankerd in artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna ook het BUPO genoemd), dat als volgt luidt:

“1. Een ieder heeft het recht zonder inmenging een mening te koesteren.

2. Een ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting; dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook op te sporen, te ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze.

3. Aan de uitoefening van de in het tweede lid van dit artikel bedoelde rechten zijn bijzondere plichten en verantwoordelijkheden verbonden. Deze kan derhalve aan bepaalde

³ Zie artikel 5 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Zie ook artikel 20, tweede lid, van hetzelfde verdrag.

beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn:

- a) in het belang van de rechten of de goede naam van anderen;
- b) in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.”

8. Het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen en van de straffen, dat bijkomend van toepassing is wanneer de beperking van de vrijheid van meningsuiting, zoals in voorliggend wetsvoorstel, gepaard gaat met een strafrechtelijke sanctie, is verankerd in de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, die als volgt luiden:

“Art. 12. De vrijheid van de persoon is gewaarborgd. Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft. Behalve bij ontdekking op heterdaad kan niemand worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter dat uiterlijk binnen achtenveertig uren te rekenen van de vrijheidsberoving moet worden betekend en enkel tot voorlopige inhechtenisneming kan strekken.

Art. 14. Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet”.

Datzelfde beginsel is neergelegd in artikel 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, die respectievelijk het volgende bepalen:

“Artikel § 7.1. Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin zal een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.

2. Dit artikel staat niet in de weg aan de berechtiging en bestraffing van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde dat het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend;

- Art. 15, 1. Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin, mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Evenmin, mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien, na het begaan van het strafbare feit de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren.

2. Geen enkele bepaling van dit artikel staat in de weg aan het vonnis en de straf van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten, hetwelk ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde, van strafrechtelijke aard was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de volkerengemeenschap worden erkend”.

B. De relevante nationale en Europese rechtspraak

1) Advies 57006/AV van 24 maart 2015

9. De algemene vergadering van de Afdeling Wetgeving heeft in haar advies 57.006/AV, gegeven op 24 maart 2015⁴, de beginselen samengevat op grond waarvan (onder meer) het dragen of het tonen van uniformen, symbolen of emblemen die kenmerkend zijn voor bepaalde groepen – in dit geval jihadistische groepen – strafrechtelijk kon worden verboden.

“II. ALGEMENE OPMERKINGEN OVER DE VERENIGBAARHEID VAN HET VOORSTEL MET DE GRONDRECHTEN

3.1. Het voorstel houdt een beperking in zowel van de vrijheid van godsdienst, als van de vrijheid van meningsuiting. De indieners van het voorstel beogen het dragen van bepaalde uniformen, vlaggen, symbolen, of emblemen immers strafbaar te stellen omwille van het religieus gedachtegoed dat deze geacht worden in te houden. Onder voorbehoud van wat hierna in de punten 3.2.2 e.v. wordt toegelicht, kan de vrijheid om de geloofs- of levensovertuiging te uiten, zoals die door artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: EVRM) en door artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: BUPO) wordt gewaarborgd, ook worden uitgeoefend door het dragen van kledingstukken of accessoires – ongeacht of het lid daartoe verplicht is⁵ – alsook door het tonen van symbolen, vlaggen, tekens of emblemen. Hetzelfde geldt voor de vrijheid van meningsuiting in het algemeen, zoals gewaarborgd door artikel 10 van het EVRM⁶ en door artikel 19 van het BUPO⁷. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden ‘les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé⁸’ overigens beschermd op grond van het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 van het EVRM). Dat geldt in verband met de keuze van het kapsel en van de kledij⁹.

⁴ Advies 57.006/AV van 24 maart 2015 over een wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Strafwetboek wat dragen, tonen of bezitten en verspreiden van uniformen, vlaggen, symbolen of emblemen van jihadistische groepen betreft’ (Parl.St. Kamer 2014-15, nr. 54-0782/001).

⁵ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Zie EHRM 15 januari 2013, Eweida e.a. t. het Verenigd Koninkrijk, §§ 82 en 89.

⁶ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: EHRM 28 oktober 2014, *Gough t. het Verenigd Koninkrijk*, § 149: “The protection of Article 10 extends not only to the substance of the ideas and information expressed but also to the form in which they are conveyed (*Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298). The Court accepts that the right to freedom of expression may include the right for a person to express his ideas through his mode of dress or his conduct (see, respectively, *Stevens v. the United Kingdom*, no. 11674/85, Commission decision of 3 March 1986, DR 46, p. 245, and *Kara v. the United Kingdom*, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported; and *Smith and Grady v. the United Kingdom* (dec.), nos. 33985/96 and 33986/96, 23 February 1999). In *Donaldson v. the United Kingdom* (dec.), no. 56975/09, § 20, 25 January 2011, it found that the applicant’s decision to wear an Easter lily (a symbol to commemorate the Irish republican combatants who died during, or were executed after, the 1916 Easter Rising in Ireland) had to be regarded as a way of expressing his political views (see also *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 29, ECHR 2008). In *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 92, Reports 1998VII, the Court held that protests, which took the form of physically impeding the activities of which the applicants disapproved, constituted expressions of opinion within the meaning of Article 10 (see also *Hashman and Harrup v. the United Kingdom* [GC], no. 25594/94, § 28, ECHR 1999VIII)”.

⁷ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: CCPR, Algemene opmerking 34: “Le paragraphe 2 protège toutes les formes d’expression et les moyens de les diffuser. Il peut s’agir de l’expression orale et écrite et de la langue des signes, et de l’expression non verbale, comme les images et les objets d’art. Les moyens d’expression englobent les livres, les journaux, les tracts, les affiches, les banderoles, les vêtements et les mémoires judiciaires”.

⁸ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: EHRM 1 juli 2014, S.A.S t. Frankrijk, § 107.

⁹ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Ibid.

3.2. In het licht van het bovenstaande geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

(...)

3.2.2. Op grond van artikel 9, lid 2, van het EVRM, respectievelijk artikel 10, tweede lid, van het EVRM kan de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting evenwel worden beperkt, wanneer dit ‘bij wet [is] voorzien’ en ‘[nodig] in een democratische samenleving’ ‘voor de openbare orde, gezondheid of zedelijkheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’ (artikel 9, lid 2, van het EVRM) of ‘in het belang van ’s lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen’ (artikel 10, lid 2, van het EVRM). Wat het recht op eerbiediging van het privéleven betreft, wordt in artikel 8, lid 2, van het EVRM in dezelfde beperkingsregeling voorzien. De vrijheid om uniformen, vlaggen, symbolen, of emblemen te dragen kan dus, onder de hiervoor genoemde voorwaarden, worden beperkt.¹⁰

3.2.2.1. De beperking dient in de eerste plaats ‘bij wet’ te worden voorzien, d.w.z. in een regel die duidelijk is en die redelijkerwijze voorspelbaar is in de toepassing ervan. Aangezien het gaat om een strafwet is ook het legaliteitsbeginsel in strafzaken van toepassing (artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, artikel 7 van het EVRM en artikel 15 van het BUPO), wat impliceert dat ‘het misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet’, zodat ‘de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepalingen, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscollèges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn aansprakelijkheid meebrengen¹¹’. Weliswaar mag de strafwet ‘een zekere flexibiliteit vertonen met het oog op de wijzigende omstandigheden, maar zij moet niettemin worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is¹²’.

Het voorstel voldoet niet aan deze voorwaarden.

3.2.2.1.1. Onduidelijk is immers wat bedoeld wordt met ‘om propaganda te voeren of reclame te maken’: het is niet duidelijk wat als ‘propaganda’ of ‘reclame’ dient te worden beschouwd. Is het louter dragen of tonen van het onderscheidingstekens voldoende of is er meer vereist?

3.2.2.1.2. Vervolgens is het evenmin duidelijk welke uniformen, vlaggen, symbolen of emblemen worden bedoeld. Het voorstel vermeldt ter zake slechts dat het

¹⁰ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld EHRM 1 juli 2014, *S.A.S. t. Frankrijk*, waarin het Hof besluit dat een verbod om in openbare ruimten kledij te dragen die het gezicht verbergt, aanvaardbaar is.

¹¹ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: GwH 16 december 2010, nr. 140/2010, B.4.

¹² Voetnoot 9 van het geciteerde advies: GwH 22 juli 2004, nr. 136/2004, B.6.2. Zie ook GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.33: “Het wettigheidsbeginsel in strafzaken gaat onder meer uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het vereist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, degene die de feiten begaat, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van zijn daden kan zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet een beoordelingsbevoegdheid toekent aan de rechter voor zover zij de bijzondere eisen ter zake van nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid waaraan de strafwetten moeten voldoen, niet miskent.”

moet gaan om uniformen, vlaggen, symbolen of emblemen die geassocieerd kunnen worden 'met wat gedragen of getoond wordt, als kennelijk kenmerkend onderscheidingsteken, door jihadistische groepen, dan wel door leden daarvan, waarvan de naam is opgenomen op een lijst door de minister van Buitenlandse Zaken opgesteld na overleg in de Ministerraad'.

Het is echter niet duidelijk wat onder een 'jihadistische organisatie' moet worden begrepen. Een duidelijke omschrijving ervan in het voorstel zelf is noodzakelijk om te voldoen aan de vereiste dat de beperking 'bij wet' is bepaald (artikelen 9, lid 2, en 10, lid 2, van het EVRM) en aan het legaliteitsbeginsel in strafzaken (artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, artikel 7 van het EVRM en artikel 15 van het BUPO). Zonder duidelijke omschrijving van het begrip 'jihadistische organisatie' in de wet zelf is een dermate verregaande delegatie die betrekking heeft op één van de essentiële elementen van de voorgenomen strafbaarstelling niet aanvaardbaar in het licht van de artikelen 12 en 14 van de Grondwet.

Het Grondwettelijk Hof stelt ter zake immers het volgende¹³:

'B.41.1. Door aan de wetgevende macht de bevoegdheid te verlenen, enerzijds, om te bepalen in welke gevallen en in welke vorm strafvervolgning mogelijk is en, anderzijds, om een wet aan te nemen op grond waarvan een straf kan worden bepaald en toegepast, waarborgen de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet aan elke burger dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld en geen enkele straf zal worden opgelegd dan op grond van regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.

B.41.2. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken gaat niet zover dat het de wetgever ertoe verplicht elk aspect van de strafbaarstelling zelf te regelen. Een delegatie aan de Koning is niet in strijd met dat beginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.'

Indien de wet zelf een duidelijke omschrijving van 'jihadistische organisatie' zou inhouden, zou het mogelijk zijn de bevoegdheid om de lijst vast te stellen van de namen van de organisaties die aan die omschrijving beantwoorden, te delegeren. Op grond van artikel 105 van de Grondwet dient het echter om een delegatie aan de Koning te gaan, en niet om een delegatie aan de minister bevoegd voor buitenlandse zaken.

Zelfs indien de term 'jihadistische organisatie' in de wet zelf zou zijn omschreven en indien de Koning een lijst van dergelijke organisaties zou hebben bepaald, voldoet de strafbaarstelling niet aan het legaliteitsbeginsel. De delictsommschrijving 'wat gedragen of getoond wordt, als kennelijk kenmerkend onderscheidingsteken, door jihadistische groepen' is voor de burgers immers evenmin voldoende duidelijk en voorspelbaar in de toepassing. Terwille van de rechtszekerheid en teneinde het legaliteitsbeginsel na te leven, zou eveneens een precieze lijst van dergelijke tekens dienen te worden vastgelegd.

3.2.2.2. De beperking dient daarenboven een legitiem doel te hebben. In zoverre de beperking als doel heeft gewelddadige groeperingen te bestrijden die ook actief rekruteren in België en met aanslagen dreigen, kan de beperking verantwoord worden 'voor de openbare orde, de gezondheid of (...) de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.

¹³ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Zie GwH, nr. 166/2011, B.41.1 en B.41.2.

3.2.2.3. Ten slotte dient de beperking ‘nodig in een democratische samenleving’ te zijn, wat onder meer impliceert dat er een ‘dwingende sociale behoefte’ bestaat aan de beperking en dat deze evenredig is met het nagestreefde doel. De ontworpen bepaling doelt op algemene en niet-gedifferentieerde wijze op elk onderscheidingsteken van de jihadistische organisaties ‘zelfs indien blijkt dat dit onderscheidingsteken oorspronkelijk een zuiver religieuze betekenis had’. Het voorstel impliceert dat onderscheidingstekens worden verboden om de enkele reden dat ze door de ‘jihadistische organisaties’ of ‘door hun leden’ worden gebruikt, ook al hebben ze oorspronkelijk een religieuze betekenis en worden ze ook nog steeds omwille van die betekenis gebruikt. Een dergelijk niet-gedifferentieerd verbod gaat verder dan wat rechtvaardig is in een democratische samenleving. Uit het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Vajnai t. Hongarije, van 8 juli 2008, dat betrekking had op het dragen van de communistische rode ster, blijkt immers dat symbolen die meerdere betekenissen kunnen hebben, niet zonder meer kunnen worden verboden. Het Hof oordeelde immers:

‘52. La Cour est consciente que les violations massives et notoires des droits de l’homme commises sous le régime communiste ont discrédité l’étoile rouge en tant que symbole. Toutefois, pour elle, cet emblème ne saurait passer pour représenter exclusivement le régime totalitaire communiste, comme le Gouvernement l’admet implicitement (...). A l’évidence, l’étoile rouge demeure aussi le symbole du mouvement ouvrier international, qui lutte pour une société plus juste, ainsi que celui de certains partis politiques légaux actifs dans divers États membres.

53. En outre, la Cour relève que le Gouvernement n’a pas établi que le port de l’étoile rouge revient exclusivement à s’identifier avec des idées totalitaires, d’autant que le requérant a arboré ce symbole à l’occasion d’une manifestation pacifique et légalement organisée à laquelle il participait en sa qualité de vice-président d’un parti politique officiel de gauche n’ayant aucune intention connue de participer à la vie politique hongroise au mépris de l’État de droit. Elle souligne à cet égard que ce n’est qu’en procédant à un examen attentif du contexte dans lequel les propos offensants sont tenus que l’on peut établir une distinction pertinente entre des termes choquants et insultants – qui relèvent de la protection de l’article 10 – et ceux qui ne méritent pas d’être tolérés dans une société démocratique.

54. La Cour conclut de ce qui précède que l’interdiction en cause est trop générale eu égard aux multiples significations que revêt l’étoile rouge. Cette mesure peut toucher des activités et des idées qui font de toute évidence partie de celles protégées par l’article 10 et il n’existe aucun moyen satisfaisant d’opérer une distinction en fonction de chacune desdites significations. Les dispositions pertinentes du droit hongrois ne cherchent d’ailleurs pas à le faire. De surcroît, à supposer même que pareille distinction puisse être établie, les incertitudes qui en résulteraient auraient un effet dissuasif sur l’exercice de la liberté d’expression et conduiraient à l’autocensure.

55. Sur le point de savoir si la mesure en cause avait pour but la défense de l’ordre, la Cour observe que le Gouvernement n’a cité aucun cas où le port en public de l’étoile rouge eût provoqué, voire risqué de provoquer, des troubles en Hongrie. Pour la Cour, parer à un danger purement hypothétique à titre de mesure préventive pour protéger la démocratie ne saurait passer pour répondre à un ‘besoin social impérieux’. De toute manière, outre l’interdiction en cause, le droit hongrois prévoit un certain nombre d’autres mesures visant à la répression des troubles à l’ordre public, même ceux qui sont provoqués par l’exhibition de ce symbole (...).

56. Quant au lien qui existerait entre l'interdiction de l'étoile rouge et l'idéologie totalitaire offensante que ce symbole véhiculerait, la possibilité que soit diffusée cette idéologie, aussi abominable soit-elle, ne peut motiver à elle seule la restriction en question au moyen d'une sanction pénale. Le port, par un responsable d'un parti politique officiel ne nourrissant aucune ambition totalitaire, d'un emblème susceptible de revêtir plusieurs significations dans le contexte de la présente affaire ne saurait être assimilé à une dangereuse propagande. Or l'article 269/B du code pénal hongrois ne requiert pas d'établir que l'exhibition de l'étoile rouge s'analyse en propagande totalitaire. Au contraire, la seule exhibition de ce symbole est en principe assimilée à de la propagande, sauf si elle poursuit un but scientifique, artistique, informatif ou éducatif (...). Pour la Cour, cette absence de nuance confirme le caractère bien trop général de l'interdiction.

57. La Cour est bien sûr consciente que la politique systématique de terreur appliquée pour consolider les régimes communistes dans plusieurs pays, dont la Hongrie, a profondément marqué les Européens. Elle admet que le port d'un tel symbole, omniprésent sous la férule de ces régimes, puisse causer un malaise aux victimes de ceux-ci et à leurs familles, qui peuvent légitimement s'en offusquer. Mais de tels sentiments, aussi compréhensibles soient-ils, ne sauraient à eux seuls circonscrire la liberté d'expression. Les assurances notoires données par la République de Hongrie sur le plan juridique, moral et matériel aux victimes du communisme font que ces craintes ne sauraient être considérées comme rationnelles. Pour la Cour, un régime juridique qui restreint les droits fondamentaux selon ce que lui dictent les sentiments populaires – qu'ils soient raisonnés ou non – ne saurait passer pour répondre aux besoins sociaux impérieux reconnus dans une société démocratique, qui doit demeurer raisonnable dans son jugement. Autrement, n'importe quels éléments perturbateurs pourraient faire échec à la liberté d'expression et d'opinion.

58. Les éléments ci-dessus suffisent à la Cour pour conclure que la condamnation du requérant pour le seul port de l'étoile rouge ne saurait passer pour répondre à un 'besoin social impérieux'. En outre, la mesure par laquelle son comportement a été puni, fût-elle relativement légère, relève de la loi pénale, et pourrait donc avoir des conséquences extrêmement graves. La Cour estime que cette sanction n'était donc pas proportionnée au but légitime visé. Il s'ensuit que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de sa liberté d'expression ne peut se justifier sur le terrain de l'article 10 § 2¹⁴.

3.2.3. Het voorstel is dan ook strijdig zowel met het legaliteitsbeginsel in strafzaken en voldoet bovendien niet aan het wettigheidsvereiste, noch aan het vereiste van 'noodzaak in een democratische samenleving' aan welke vereisten op grond van de artikelen 8 tot 10 van het EVRM voldaan moet zijn opdat beperkingen van het recht op eerbiediging van het privéleven, van de vrijheid van geloof en van de vrijheid van meningsuiting kunnen worden aanvaard".

¹⁴ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: EHRM 8 juli 2008, Vajnai t. Hongarije, §§ 52 e.v. Zie ook EHRM 24 juli 2012, Faber t. Hongarije, § 36: "When the right to freedom of expression is exercised in the context of political speech through the use of symbols, utmost care must be observed in applying any restrictions, especially if the case involves symbols which have multiple meanings. In this connection the Court emphasises that it is only by a careful examination of the context (...), that one can draw a meaningful distinction between shocking and offensive language which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society (...)" especially if the case involves symbols which have multiple meanings. In this connection the Court emphasises that it is only by a careful examination of the context (...), that one can draw a meaningful distinction between shocking and offensive language which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society (...)"

2) Rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met het verbod op het dragen en tonen van nazisymbolen

10. In beslissing *Nix v. Duitsland* van 13 maart 2018¹⁵ heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich uitgesproken over de vraag of een strafrechtelijke veroordeling, uitgesproken met toepassing van artikel 86a van het Duitse strafwetboek¹⁶ tegen een persoon die in een blogpost een foto had gebruikt van Heinrich Himmler die een swastika droeg, verenigbaar was met artikel 10 van het EVRM. Het Hof heeft het volgende gesteld:

“47. In the light of their historical role and experience, States which have experienced the Nazi horrors may be regarded as having a special moral responsibility to distance themselves from the mass atrocities perpetrated by the Nazis (...). The Court considers that the legislature’s choice to criminally sanction the use of Nazi symbols, to ban the use of such symbols from German political life, to maintain political peace (also taking into account the perception of foreign observers), and to prevent the revival of Nazism (...) must be seen against this background.

48. The Court observes that, in accordance with Article 86 § 3 of the Criminal Code, to which Article 86a § 3 of the Criminal Code refers, no criminal liability arises where the use of such symbols is meant to serve civil education, to combat

¹⁵ EHRM 13 maart 2018, verz. 35.285/16, beslissing *Nix v. Duitsland*. De beslissing bestaat enkel in het Engels.

¹⁶ De relevante bepalingen van het Duitse strafwetboek luiden als volgt, in de vertaling van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de beslissing *Nix v. Duitsland*:

Article 86 [Dissemination of propaganda material of unconstitutional organisations]

“(1) Whosoever within Germany disseminates or produces, stocks, imports or exports or makes publicly accessible through data storage media for dissemination within Germany or abroad, propaganda material

1. of a political party which has been declared unconstitutional by the Federal Constitutional Court or a political party or organisation which has been held by a final decision to be a surrogate organisation of such a party;
 2. of an organisation which has been banned by a final decision because it is directed against the constitutional order or against the idea of the comity of nations or which has been held by a final decision to be a surrogate organisation of such a banned organisation;
 3. of a government, organisation or institution outside the Federal Republic of Germany active in pursuing the objectives of one of the parties or organisations indicated in Nos 1 and 2 above; or
 4. the contents of which are intended to further the aims of a former National Socialist organisation;
- shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. ...

(3) Paragraph 1 above shall not apply if the propaganda material or the act [in question] is meant to serve civil education, to [combat] unconstitutional movements, to promote art ..., science, research or teaching, to report on current or historical events, or [to serve] similar purposes.

(4) If the guilt is of a minor nature, the court may order a discharge under this provision.”

Article 86a [Using symbols of unconstitutional organisations]

“(1) Whosoever

1. domestically distributes or publicly uses, in a meeting or in written materials (section 11(3)) disseminated by him, symbols of one of the parties or organisations indicated in Nos 1, 2 and 4 of Article 86 § 1; or
 2. produces, stocks, imports or exports objects which depict or contain such symbols for distribution or use in Germany or abroad in a manner indicated in No 1,
- shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Symbols within the meaning of paragraph 1 above [means] in particular flags, insignia, uniforms and parts thereof, slogans, and forms of greeting. Symbols which are so similar as to be mistaken for those named in the first sentence shall be [deemed to be] equivalent to them.

(3) Article 86 §§ 3 and 4 shall apply *mutatis mutandis*.”

unconstitutional movements, to promote art or science, research or teaching, to report on current or historical events, or serve similar purposes (...). In addition, the domestic courts have restricted the scope of Article 86a of the Criminal Code and exempted uses of the respective symbols which do not contravene the provision's purpose, including where the opposition to the ideology embodied by the symbol used is obvious and clear, not least in order to sufficiently respect the right to freedom of expression in protesting against the revival of Nazi ideas (...). While the critical use of the respective symbols does not suffice to give rise to the possibility of exemption from criminal liability under domestic law, in line with one of the provision's purposes (that of banning the respective symbols from German political life altogether), the Court considers that exemption from criminal liability where opposition to the ideology embodied by the used symbols is "obvious and clear" (...) constitutes an important safeguard for the right to freedom of expression.

49. Turning to the circumstances of the applicant's conviction, the Court observes that the symbol used by the applicant – a picture of Heinrich Himmler in SS uniform with a swastika armband – cannot be considered to have any other meaning than that of Nazi ideology (...). It takes note of the fact that domestic courts have, on another occasion, held that showing a picture of Himmler in SS uniform in itself constituted the use of symbols of unconstitutional organisations within the meaning of Article 86a of the Criminal Code (...).

50. The applicant must have been aware of the pertinent provision and case-law of the domestic courts, not least because he had been convicted of the same offence for having published a picture of Angela Merkel in Nazi uniform with a swastika armband and a painted Hitler-moustache some six weeks before he published the blog post at issue in the present case (...).

51. The Court accepts that the applicant, by displaying the picture of Himmler in SS uniform with a swastika armband in his blog post, did not intend to spread totalitarian propaganda, to incite violence, or to utter hate speech, and that his expression had not resulted in intimidation. It acknowledges that there have been various press reports detailing complaints that children of persons receiving social welfare and children with a migrant background are discriminated against in school and by employment offices (...). The applicant, through his series of six blog posts (...), may have intended to contribute to a debate of public interest.

52. Thus, the question arises whether the domestic courts would have been required to examine the blog post of 23 March 2014, which led to the applicant's conviction, together with his other blog posts concerning the interaction between the employment office and his daughter. The Court observes that the post in question, which was the third on that matter, did not contain any reference or visible link to the applicant's earlier posts (...). It was not immediately understandable for a reader of the post that it was part, or meant to be part, of a series of posts that may have been intended to contribute to a public debate. The domestic courts cannot be faulted for having considered only the specific utterance that was evident to the reader, that is the picture of Himmler in SS uniform with a swastika armband, the quoted statement, and the text written underneath, when assessing the applicant's criminal liability.

53. In the text of the blog post, which was addressed to the staff member of the employment office handling the file of the applicant's daughter, the applicant criticised the fact that various queries he had made to the employment office had remained unanswered and that the authorities were not providing free meals to his daughter and were not paying for her commuting to school (...). Moreover, he criticised the employment office for not knowing the needs of children and thus hindering rather than promoting them. At no point is it mentioned that the applicant's daughter is of foreign

origin and discriminated against and that the applicant was receiving social welfare benefits (...). Nor was there any parallel drawn or explanation given why the request by the staff member of the employment office (...) could be compared to what had happened during the Nazi regime. Not a single phrase of the text referred to racism or discrimination. The Court thus considers that the domestic courts can neither be reproached for finding that there was no connection between the text and the policies which the Nazi symbols stood for, nor for concluding that the applicant had used the picture as an “eye-catching device” (...).

54. The Court notes that this gratuitous use of symbols was exactly what the provision sanctioning the use of symbols of unconstitutional organisations was intended to prevent, as it was meant to pre-empt anyone becoming used to certain symbols by banning them from all means of communication (the so-called “communicative taboo” ...). The case-law of the domestic court is clear in so far as the critical use of Nazi symbols is not sufficient to exempt a person from criminal liability for such use (...). Rather, a clear and obvious opposition to Nazi ideology is required (...). Having regard to the circumstances of the case, the Court sees no reason to depart from the assessment of the domestic courts that the applicant did not clearly and obviously reject Nazi ideology in his blog post (...).

55. While the sentence of 120 day-fines was not negligible, the Court notes that the sentence had been reduced from a prison sentence to a fine in course of the proceedings (...) and that the applicant had been convicted of a similar offence only a few weeks before he published the blog post at issue.

56. Reiterating that the historical experience of Germany is a weighty factor to be taken into account when determining, when it comes to recourse to symbols such as those at issue in the present case, whether there exists a pressing social need for interfering with an applicant’s right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention, the Court finds, in light of all the circumstances of the case, that the domestic authorities adduced relevant and sufficient reasons and did not overstep their margin of appreciation. The interference was therefore proportionate to the legitimate aim pursued and was thus “necessary in a democratic society” (onderstreping door de Raad van State).

11. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs, naar aanleiding van arrest *Rid Novaya Gazeta en Zao Novaya Gazeta v. Rusland* van 11 mei 2021, de strekking van de beslissing *Nix v. Duitsland* gepreciseerd:¹⁷

“103. The Court has previously declared inadmissible a similar complaint in respect of an applicant’s conviction under the German Criminal Code (see *Nix v. Germany* (dec.), no. 35285/16, 13 March 2018). The Court highlighted that in the light of their historical role and experience, States which had experienced Nazi horrors could be regarded as having a special moral responsibility to distance themselves from the mass atrocities perpetrated by the Nazis. The Court considered that the legislature’s choice to criminally punish the use of Nazi symbols, to ban the use of such symbols from German political life, to maintain political peace (also taking into account the perception of foreign observers), and to prevent the revival of Nazism had to be seen against that background (§ 47). Reiterating that the historical experience of Germany was a weighty factor to be taken into account when determining, when it came to having recourse to symbols such as those at issue in that case, whether there existed a pressing social need for interfering with an applicant’s right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention, the Court found, in the light of all the circumstances of the case, that the

¹⁷ EHRM 11 mei 2021, arrest *Rid Novaya Gazeta en Zao Novaya Gazeta v. Rusland* (het arrest bestaat enkel in het Engels).

domestic authorities had adduced relevant and sufficient reasons and had not overstepped their margin of appreciation. The interference had therefore been proportionate to the legitimate aim pursued and had thus been “necessary in a democratic society” (§ 56).

104. Turning to the present case, the Court notes that the Suppression of Extremism Act defined as ‘extremist activity’ acts consisting of the promotion and public display of Nazi attributes or symbols, or attributes or symbols which are similar to Nazi attributes or symbols to the point of becoming indistinguishable.

105. The Court observes that, unlike German law as interpreted by the German courts, Russian law – at least as interpreted and applied at the time – did not appear to leave any room for any lawful use of such symbols even when it was meant, for instance, to report on current events or to combat unconstitutional movements (contrast Nix, cited above, § 48). Nor did the national courts seem to restrict the scope of the application of section 1 of the Suppression of Extremism Act by way of exempting such uses of the relevant symbols that did not contravene the Act’s purpose – such as for instance, where opposition to the ideology embodied by the symbol used was obvious and clear (ibid.) – at least in order to permit sufficient respect for the right to freedom of expression in protesting against the revival of Nazi ideas.

106. However, in the present case the Court is not called upon to assess all the aspects pertaining to what might be classified as a total ban on the public presentation (coupled with promotion) of prohibited symbols or attributes.

107. The Court has already found that the text of the article (including the quoted parts) read together with the interview could not be reasonably perceived as inciting hatred or discord. It is in this context that the photographs have to be assessed too. Unlike in Nix, in the present case it was immediately clear to a reader of the article that the photographs were part of it and, like the article itself, were intended to contribute to a public debate.

108. It is also common ground between the parties that the impugned symbols and attributes were not actually Nazi symbols and attributes but were similar to them to some extent or to the point of becoming indistinguishable. The caution does not contain any factual details relating to the photographs accompanying the impugned article. Nor does that document contain any legal reasoning relating to the assessment of any ‘attributes’ or ‘symbols’ in those photographs. The caution confirmed that the photographs (or perhaps their public presentation within the article) constituted ‘promotion’ of attributes or symbols which were similar to Nazi attributes or symbols to the point of becoming indistinguishable. However, the caution omitted to clarify how the presence of certain symbols in the photographs constituted ‘promotion’ of such symbols or attributes.

109. The Court has taken note of the findings made in the expert report adduced in evidence by the applicant organisations in the domestic proceedings. According to that report, the photographs were published to illustrate the text of the article and sought to draw the attention of the public and law-enforcement authorities to one of the manifestations of RO’s activity which was unlawful in the opinion of the author and to assist in the recognition of RO as a secret Nazi organisation which possessed a definite style characterised by the entire range of associated Nazi emblems. The author’s use of the photographs assisted in justifying his hypothesis regarding the unlawful character of RO’s activity, along with that of the organisations related to it. Without such a justification, the author’s hypotheses would appear to be purely conjecture, and it would be unclear to a reader what the author was talking about and why he considered the activity of these organisations to be unlawful. The gestures and symbols which were shown in those photographs were used in the article to expose them for critical and analytical purposes, which is different to the public demonstration of such gestures and

symbols, and in the overall context of the article they could not be considered to be elements promoting either Nazi symbols or symbols which were confusingly similar to Nazi ones.

110. It suffices for the Court in the present case to note that the domestic courts did not attempt any adequate assessment of the above elements. Thus, the Court is not satisfied that there was a convincing justification for the use of the anti-extremism caution procedure in the present case with reference to the public presentation and promotion of prohibited symbols” (eigen onderstreping Raad van State).

12. Uit deze samenvatting van de Europese rechtspraak vloeit voort dat het verbod op het tonen van symbolen die het nazisme evoceren, niet verenigbaar is met artikel 10 van het Verdrag indien die symbolen klaar en duidelijk niet worden getoond met de bedoeling dat gedachtegoed te verheerlijken en/of tot haat aan te zetten. Dat is onder meer het geval wanneer die symbolen worden getoond in het kader van burgerschapsvorming, met als doel het bestrijden van antidemocratische bewegingen, met artistieke, wetenschappelijke, onderzoeks- of onderwijsdoeleinden, of nog om verslag te doen van actuele of historische gebeurtenissen of met alle soortgelijke doeleinden.

3) Rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

13. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is de strafbaarstelling van een haatdiscours niet verenigbaar met de vrijheid van meningsuiting en het legaliteitsbeginsel in strafzaken, behalve in zoverre aan de betreffende overtreding een bijzonder opzet ten grondslag lag.

14. In verband met de overtredingen bedoeld in artikel 20 van de wet van 30 juli 1981 ‘tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’ (Aanzetten tot discriminatie, segregatie, haat of geweld) is in arrest 40/2009 van 11 maart 2009¹⁸ aldus het volgende gesteld (B.59):

“[Er] dient (...) te worden [van] uitgegaan dat er sprake moet zijn van bijzonder opzet. Wegens de draagwijdte die moet worden gegeven aan de termen aanzetten, discriminatie, segregatie, haat en geweld, mag het niet gaan om een misdrijf waarvan het bestaan zou worden aangenomen vanaf het ogenblik dat de materiële elementen ervan aanwezig zijn. Integendeel, om te kunnen spreken van een misdrijf dient het specifieke morele element dat vervat is in de termen zelf die in de wet worden gehanteerd, te zijn aangetoond.

Door de vereiste dat er sprake moet zijn van een bijzondere wil aan te zetten tot discriminatie, segregatie, haat of geweld, wordt uitgesloten dat, indien geen sprake is van zulk een aanzetten, het verspreiden van pamfletten strafbaar zou kunnen worden gesteld; hetzelfde moet gelden voor grappen, spottende uitlatingen, meningen en elke uiting die, bij gebrek aan het vereiste bijzondere opzet, behoort tot de vrijheid van meningsuiting.”

¹⁸ GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009.

In hetzelfde arrest wordt, ditmaal in verband met de strafbaarstelling van de “verspreiding van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat” (artikel 21 van de voornoemde wet van 30 juli 1981), het volgende gesteld:

“B.70.2. 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.71.1. 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.”

15. Het Grondwettelijk Hof had er in arrest 45/96 van 12 juli 1996¹⁹ ook op gewezen dat de strafbaarstellingen vervat in de wet van 23 maart 1995 ‘tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistisch regime is gepleegd’, slechts kunnen worden beschouwd als verenigbaar met de vrijheid van meningsuiting indien bij die overtredingen sprake is van een specifiek moreel element:

“B.7.10. Of het nu gaat om het ontkennen, het goedkeuren, het pogen te verantwoorden of het schromelijk minimaliseren van de genocide, de door de wet strafbaar gestelde handelingen hebben met elkaar gemeen dat zij nauwelijks kunnen worden geacht te worden gesteld zonder, zij het onrechtstreeks, een misdadige en de democratie vijandig gezinde ideologie in ere te willen herstellen en daarbij een of verschillende categorieën mensen ernstig te willen beledigen.

De wet vermeldt dergelijke bedoelingen niet als een wezenlijk bestanddeel van het misdrijf dat zij invoert, maar uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever daarvan alleen heeft afgezien omdat het uiterst moeilijk is dergelijke bedoelingen te bewijzen – hetgeen blijkt uit diverse ervaringen in België en in het buitenland –, met name omdat dikwijls schijnbaar wetenschappelijke uitdrukkingswijzen worden gehanteerd. De rechter behoudt niettemin een beoordelingsvrijheid (...).

De rechter vermag uit bijzondere omstandigheden de afwezigheid, in concreto, van de voormelde bedoeling af te leiden.”

¹⁹ GwH 12 juli 1996, nr. 45/96.

C. Mogelijkheid tot bestraffing op basis van de bestaande teksten

16. De afdeling Wetgeving stelt vast dat alle of een aantal daden die in artikel 2 van het voorliggende wetsvoorstel worden vermeld, nu al vervolgbaar en strafbaar zijn op grond van een van de hierboven vermelde strafbaarstellingen, waarvan de grondwettelijkheid door het Grondwettelijk Hof is aanvaard, indien de grondwetsconforme interpretatie van dat Hof in acht wordt genomen. Dat geldt aldus, op grond van artikel 20 van de voornoemde wet van 30 juli 1981 en de artikelen 1 tot 3 van de voornoemde wet van 23 maart 1995, voor een persoon die aan en rond zijn woning expliciete nazisymbolen²⁰ aanbrengt of voor een persoon die een Hitlergroet brengt.²¹ Er is geoordeeld dat ook het aanbrengen van een hakenkruis of een Keltisch kruis een misdrijf vormt als bedoeld in artikel 21 van de wet van 30 juli 1981.²²

D. Toepassing van de principes op het voorliggende wetsvoorstel

17. Blijkens de hierboven aangehaalde principes wordt met de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting die voortvloeien uit het voorliggende wetsvoorstel, onmiskenbaar een wettig doel nagestreefd.

Aan de andere kant rijzen verschillende moeilijkheden wat betreft de overeenstemming van die beperkingen met het legaliteitsbeginsel en met het vereiste van evenredigheid.

18. Wat het legaliteitsbeginsel betreft, dient de volgende opmerking gemaakt te worden.

Zoals reeds gezegd, beperkt het toepassingsgebied van het voorstel zich niet tot een uniform, symbool of embleem dat geassocieerd kan worden met wat werd gedragen door de leden van een criminele organisatie als bedoeld in artikel 9 van het statuut van het Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg van 8 augustus 1945. De nieuwe strafbaarstelling is ook van toepassing op een uniform, symbool of embleem dat gedragen werd “door iemand die schuldig is bevonden aan genocide, oorlogsmisdaden of misdaden tegen de menselijkheid.” De draagwijdte van deze laatste bepaling dient in het licht van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel verduidelijkt te worden. Het is immers van belang dat duidelijk aangetoond wordt of de vaststelling van schuld waarvan sprake is zonder onderscheid kan uitgaan van een internationaal gerecht, een Belgisch rechtcollege of eender welke buitenlandse nationale rechter.

²⁰ Corr. Leuven, 14 juli 2020, gepubliceerd op de website van UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_07_14_Corr._Leuven.pdf). Zie ook, in verband met het aanbrengen van hakenkruisen, Corr. Limburg, Afd. Tongeren, 16 maart 2021, gepubliceerd op de website van UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2021_03_16_Rb._Limburg.pdf).

²¹ Corr. Leuven, 14 juli 2020, gepubliceerd op de website van UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_07_14_Corr._Leuven.pdf).

²² Corr Kortrijk, 4 maart 2009, gepubliceerd op de website van UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/20090304_corr_kortrijk.pdf). Zie ook Corr. Antwerpen, 23 oktober 2019, gepubliceerd op de website van UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Correctionele_rechtbank_Mechelen_23_oktober_2019.pdf).

In dat verband moet opgemerkt worden dat de wetgever ervoor gekozen heeft om in artikel 20, 5°, van de wet van 30 juli 1981, zoals ingevoegd bij de voormelde wet van 5 mei 2019, enkel te verwijzen naar de misdaden van genocide, de misdaden tegen de mensheid en de oorlogsmisdaden “als dusdanig vastgesteld door een eindbeslissing van een internationaal gerecht” en dat uit overwegingen van rechtszekerheid en met het oog op de inachtneming van het legaliteitsbeginsel in strafzaken. Gelet op die doelstelling heeft het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 4/2021 van 14 januari 2021 geoordeeld dat het verschil in behandeling dat daaruit voortvloeide in overeenstemming is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie:²³

“B.17.2. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever het gepast heeft geacht gebruik te maken van dat criterium, ‘omdat noch het kaderbesluit noch het aanvullend Protocol bij het Verdrag betreffende de computercriminaliteit enige beperking oplegt met betrekking tot de draagwijdte ratione temporis van het misdrijf negationisme in het nationale recht’ (*Parl. St.*, Kamer, 2018-2019, DOC 54-3515/001, p. 155).

Door de bestreden strafbepaling te beperken tot misdaden ‘als dusdanig vastgesteld door een eindbeslissing van een internationaal gerecht’, heeft de wetgever aldus beoogd in voldoende rechtszekerheid biedende bewoordingen te bepalen ten aanzien van welke misdaden de vermelde negationistische gedragingen strafbaar zijn. De wetgever heeft op die manier het wettigheidsbeginsel in strafzaken in acht willen nemen, dat voortvloeit uit de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet en artikel 7, lid 1, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en dat uitgaat van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is.

B.17.3. Rekening houdend met het feit dat de bestreden bepaling, vermits ze afbreuk doet aan de vrijheid van meningsuiting en een strafwet is, een restrictieve interpretatie behoeft, volgt uit hetgeen voorafgaat dat de door de wetgever gemaakte keuze om gebruik te maken van de in artikel 1, lid 4, van het kaderbesluit 2008/913/JBZ neergelegde mogelijkheid om de strafbaarstelling te beperken aan de hand van het criterium dat de beoogde misdaden ‘als dusdanig [zijn] vastgesteld door een eindbeslissing van een internationaal gerecht’, niet zonder redelijke verantwoording is.

B.18. De bestreden bepaling schendt aldus niet de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.”

Indien de indieners van het voorstel ervoor kiezen niet alleen te verwijzen naar de vaststellingen van schuld door internationale gerechten maar ook naar die op grond van Belgische of buitenlandse beslissingen, dient die keuze bijgevolg verduidelijkt en verantwoord te worden wat betreft de verenigbaarheid ervan met het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

19. Wat betreft de verenigbaarheid met het vereiste van evenredigheid, moeten de volgende opmerkingen gemaakt worden.

²³ GwH 4 januari 2021, nr. 4/2021.

Ten eerste, en in tegenstelling met wat wordt bepaald in alle strafbaarstellingen die hetzelfde doel nastreven, formuleert het voorliggende wetsvoorstel, naar het voorbeeld van de artikelen 20 en 21 van de voornoemde wet van 30 juli 1981 en de huidige artikelen 1 tot 3 van de voornoemde wet van 23 maart 1995, voor het gedrag dat het bestraft expliciet geen enkel vereiste inzake de openbaarmaking, bijvoorbeeld via een verwijzing naar de omstandigheden die in artikel 444 van het Strafwetboek worden vermeld. Daaruit valt af te leiden dat daden kunnen worden bestraft zonder dat ze openbaar worden gemaakt, wat niet strookt met het vereiste van evenredigheid.

Ten tweede en met toepassing van de hierboven aangehaalde beginselen die voortvloeien uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*supra*, punten 10 en 11 en 13 tot 15), moet de bestraffing van de gedragingen bedoeld in het voorliggende wetsvoorstel klaar en duidelijk uitgesloten worden, wanneer deze passen in het kader van een pedagogische, burgerlijke, culturele, artistieke, wetenschappelijke of nog – de opsomming is niet exhaustief – journalistieke handeling waaruit blijkt dat de persoon in kwestie niet specifiek de bedoeling heeft een genocide, een misdaad tegen de mensheid of een oorlogsmisdaad te verheerlijken en/of op te roepen tot haat. Het moet duidelijk zijn dat voor het misdrijf een “bijzonder opzet” of nog een specifieke bedoeling vereist zijn, bij gebreke waarvan de bestraffing van een discours volgens het Grondwettelijk Hof (*supra*, punten 13 tot 15) niet verenigbaar is met de vrijheid van meningsuiting.

20. Het besluit is dan ook dat het wetsvoorstel aan een grondig heronderzoek onderworpen moet worden en herzien moet worden in het licht van de voorgaande opmerkingen.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition¹, 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.

*

PORTÉE

1. La proposition de loi tend à insérer un article 1^{er}/1 dans la loi du 23 mars 1995 'tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale'. Cet article dispose comme suit :

« Art. 1^{er}/1. Est puni des mêmes peines quiconque porte ou exhibe, à des fins de propagande ou de publicité, un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant ceux portés soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945, soit par une personne reconnue coupable de génocide, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité ».

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. L'INSERTION DU DISPOSITIF PROPOSÉ DANS LA LÉGISLATION EXISTANTE

2. Comme l'indique son intitulé, la loi du 23 mars 1995 a, depuis l'origine, eu comme objet exclusif la répression pénale de toute une série de comportements en lien avec le seul « génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale ».

3. La volonté du législateur de conserver à cette législation cette exclusivité d'objet a été confirmée par celui-ci lors des travaux préparatoires de la loi du 5 mai 2019 'portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social'. Les développements de la proposition qui se trouvent à l'origine de la loi précitée du 5 mai 2019 comportent d'amples justifications à ce sujet². C'est dès lors, non pas dans la loi précitée du 23 mars 1995, mais bien dans la loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie' qu'a été inséré le dispositif pénal visant à réprimer (art. 20, 5° de la loi) :

« Quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve des faits correspondant à un

¹ S'agissant d'une proposition de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² *Doc. Parl.* Chambre, 2018-2019, Doc 54-3515/001, pp. 145-147.

crime de génocide, à un crime contre l'humanité ou à un crime de guerre tel que visé à l'article 136^{quater} du Code pénal, établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale, sachant ou devant savoir que ce comportement risque d'exposer soit une personne, soit un groupe, une communauté ou leurs membres, à la discrimination, à la haine ou à la violence, en raison de l'un des critères protégés ou de la religion, au sens de l'article 1^{er}, § 3, de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, et ce, même en dehors des domaines visés à l'article 5 ».

4. Eu égard à ces éléments de contexte, la question se pose de savoir si, dans un souci de cohérence et aux fins de lisibilité et de transparence de la législation pénale, il est indiqué, comme la proposition de loi envisage de le faire, d'introduire dans la loi précitée du 23 mars 1995, non seulement l'incrimination de faits qui sont toujours bel et bien en lien avec le génocide jusqu'à présent exclusivement visé par cette loi – à savoir le port ou l'exhibition d'un uniforme, d'un insigne ou d'un emblème rappelant ceux portés « par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 » – mais aussi, de faits qui présentent un lien avec d'autres événements, à savoir le port ou l'exhibition d'un uniforme, d'un insigne ou d'un emblème rappelant ceux portés par des personnes plus généralement reconnues coupables « de génocide, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité », sans plus ample précision.

5. La proposition sera réexaminée à la lumière de l'observation qui précède.

II. LA COMPATIBILITÉ AVEC LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ EN MATIÈRE PÉNALE

6. La proposition à l'examen érige en infraction pénale le port ou l'exhibition d'emblèmes, d'uniformes ou de symboles, et est par là-même constitutive d'ingérences dans la liberté d'expression, telle que garantie, notamment, par la Constitution, la Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (A). Pareilles ingérences ne sont admissibles que moyennant diverses conditions que la jurisprudence interne et internationale se sont employées à préciser (B). Il apparaît au demeurant que, sur base de législations dont la validité avec ces normes supérieures a déjà été établie, certains des comportements que les auteurs de la proposition ont en vue, peuvent d'ores et déjà s'exposer à des poursuites pénales (C). C'est à l'aune du cadre normatif ainsi tracé que doit être évaluée la proposition à l'examen (D).

A. Les textes constitutionnels, européens et internationaux pertinents

7. L'article 19 de la Constitution dispose que :

« La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

Consacré lui aussi à la liberté d'expression, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après aussi la CEDH) dispose pour sa part que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

La même Convention prévoit encore, dans son article 17, que :

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

Sous une réserve substantiellement identique à celle figurant dans l'article 17 précité³, la liberté d'expression est encore consacrée par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après aussi le PIDCP), selon lequel :

« 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;

b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

8. Le principe de la légalité des incriminations et des peines, applicable de manière supplémentaire lorsque la restriction de la liberté d'expression est assortie, comme dans la proposition de loi à l'examen, de sanction pénale, est consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution, aux termes desquels :

³ Voir l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir également l'article 20, alinéa 2, du même Pacte.

« Art. 12. La liberté individuelle est garantie. Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit. Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu d'une ordonnance motivée du juge qui doit être signifiée au plus tard dans les quarante-huit heures de la privation de liberté et ne peut emporter qu'une mise en détention préventive » ;

« Art. 14. Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

Ce même principe est consacré par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme et par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lesquels disposent respectivement que :

« Art. 7.1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ;

– « Art. 15.1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

B. La jurisprudence nationale et européenne pertinente

1) L'avis 57.006/AG donné le 24 mars 2015

9. Dans son avis n° 57.006/AG donné le 24 mars 2015⁴, l'assemblée générale de la section de législation a synthétisé comme suit les principes en application desquels (notamment) le port ou l'exhibition d'uniformes, d'insignes ou d'emblèmes caractéristiques de certains groupes – il s'agissait en l'occurrence de groupes djihadistes – pouvait être pénalement interdit :

« II. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA COMPATIBILITÉ DE LA PROPOSITION AVEC LES DROITS FONDAMENTAUX

3.1. La proposition prévoit une restriction, tant de la liberté de religion, que de la liberté d'expression. Les auteurs de la proposition visent en effet à incriminer le port de certains uniformes, drapeaux, insignes ou emblèmes en raison des opinions religieuses

⁴ Avis CE 57.006/AG donné le 24 mars 2015 sur une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne le port, l'exhibition ou la possession et la diffusion d'uniformes, de drapeaux, d'insignes ou d'emblèmes de groupes djihadistes' (*Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-0782/001).

que ceux-ci sont censés exprimer. Sous réserve de ce qui sera précisé ci-après (n° 3.2.2 et suiv.), la liberté d'expression convictionnelle, telle que garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après : CEDH) et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après : PIDCP), peut trouver à s'exercer au travers du port de vêtements ou d'accessoires – peu importe que ce port soit 'obligatoire' ou non pour l'adhérent⁵ – ainsi que par l'exhibition de symboles, drapeaux, signes ou emblèmes. Il en va de même pour la liberté d'expression en général, telle que garantie par l'article 10 de la CEDH⁶ et l'article 19 du PIDCP⁷. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, sont par ailleurs protégés au titre du droit au respect de la vie privée (article 8 de la CEDH), 'les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé'⁸. Il en va ainsi s'agissant du choix de la coiffure et du choix des vêtements⁹.

3.2. À la lumière de ce qui précède, la proposition appelle les observations suivantes.

(...)

3.2.2. En vertu des articles 9, paragraphe 2, et 10, paragraphe 2, respectivement, de la CEDH, l'exercice de la liberté de religion et de la liberté d'expression, peut toutefois être restreint lorsque les restrictions '[sont] prévues par la loi' et constituent 'des mesures nécessaires, dans une société démocratique' 'à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui' (article 9, paragraphe 2, de la CEDH) ou 'à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire' (article 10, paragraphe 2, de la CEDH). Le même régime de limitation est prévu, pour ce qui concerne le droit au respect de la vie privée, par l'article 8,

⁵ Note de bas de page n° 2 de l'avis cité : Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, §§ 82 et 89.

⁶ Note de bas de page n° 3 de l'avis cité : Cour eur. D.H., arrêt *Gough c. Royaume-Uni* du 28 octobre 2014, § 149 : "The protection of Article 10 extends not only to the substance of the ideas and information expressed but also to the form in which they are conveyed (*Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298). The Court accepts that the right to freedom of expression may include the right for a person to express his ideas through his mode of dress or his conduct (see, respectively, *Stevens v. the United Kingdom*, no. 11674/85, Commission decision of 3 March 1986, DR 46, p. 245, and *Kara v. the United Kingdom*, no. 36528/97, Commission decision of 22 October 1998, unreported; and *Smith and Grady v. the United Kingdom* (dec.), nos. 33985/96 and 33986/96, 23 February 1999). In *Donaldson v. the United Kingdom* (dec.), no. 56975/09, § 20, 25 January 2011, it found that the applicant's decision to wear an Easter lily (a symbol to commemorate the Irish republican combatants who died during, or were executed after, the 1916 Easter Rising in Ireland) had to be regarded as a way of expressing his political views (see also *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 29, ECHR 2008). In *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 92, Reports 1998-VII, the Court held that protests, which took the form of physically impeding the activities of which the applicants disapproved, constituted expressions of opinion within the meaning of Article 10 (see also *Hashman and Harrup v. the United Kingdom* [GC], no. 25594/94, § 28, ECHR 1999-VIII)".

⁷ Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : CCP, Observation générale 34: « Le paragraphe 2 protège toutes les formes d'expression et les moyens de les diffuser. Il peut s'agir de l'expression orale et écrite et de la langue des signes, et de l'expression non verbale, comme les images et les objets d'art. Les moyens d'expression englobent les livres, les journaux, les tracts, les affiches, les banderoles, les vêtements et les mémoires judiciaires ».

⁸ Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France* du 1^{er} juillet 2014, § 107.

⁹ Note de bas de page n° 6 de l'avis cité : Ibid.

paragraphe 2, de la CEDH. La liberté de porter des uniformes, drapeaux, insignes ou emblèmes peut donc faire l'objet de restrictions dans les conditions citées ci-dessus ¹⁰.

3.2.2.1. La limitation doit tout d'abord être 'prévue par la loi', c'est-à-dire dans une règle claire et dont l'application est raisonnablement prévisible. S'agissant d'une loi pénale, le principe de légalité en matière pénale est également applicable (article 12, alinéa 2, de la Constitution, article 7 de la CEDH et article 15 du PIDCP), ce qui implique que 'l'infraction doit être clairement définie par la loi', de sorte que 'le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité' ¹¹. La loi pénale peut certes présenter 'une certaine souplesse afin de tenir compte de l'évolution des circonstances, mais elle doit néanmoins être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable' ¹².

La proposition ne satisfait pas à ces conditions.

3.2.2.1.1. La portée des termes 'à des fins de propagande ou de publicité' manque en effet de précision : on n'aperçoit pas ce qu'il y a lieu de considérer comme 'propagande' ou 'publicité'. Le simple fait de porter ou d'exhiber des signes distinctifs est-il suffisant ou existe-t-il d'autres exigences ?

3.2.2.1.2. De plus, on n'aperçoit pas non plus quels uniformes, drapeaux, insignes ou emblèmes sont visés. À cet égard, la proposition se borne à mentionner qu'il doit s'agir d'uniformes, de drapeaux, d'insignes ou d'emblèmes rappelant 'ceux portés ou exhibés, en tant que signe distinctif manifestement caractéristique, par des groupes djihadistes ou par leurs membres, dont la dénomination figure sur une liste établie par le ministre des Affaires étrangères après délibération en Conseil des ministres'.

On ne distingue toutefois pas ce qu'il faut entendre par 'organisation djihadiste'. Il est nécessaire d'inscrire une définition précise de cette notion dans la proposition même, et ce afin de satisfaire à l'exigence de prévoir la limitation 'par la loi' (articles 9, paragraphe 2, et 10, paragraphe 2, de la CEDH) et de respecter le principe de légalité en matière pénale (article 12, alinéa 2, de la Constitution, article 7 de la CEDH et article 15 du PIDCP). Faute de définition précise de la notion d' 'organisation djihadiste' dans la loi même, une délégation d'une telle ampleur, portant sur l'un des éléments essentiels de l'incrimination envisagée, n'est pas admissible au regard des articles 12 et 14 de la Constitution.

À cet égard, la Cour constitutionnelle considère en effet ce qui suit ¹³ :

¹⁰ *Note de bas de page n° 7 de l'avis cité* : Voy., p. ex., Cour eur. D.H., arrêt S.A.S. c. France du 1^{er} juillet 2014, où la Cour conclut à l'admissibilité d'une interdiction de porter une tenue dissimulant le visage dans l'espace public.

¹¹ *Note de bas de page n° 8 de l'avis cité* : C.C., 16 décembre 2010, n° 140/2010, B.4.

¹² *Note de bas de page n° 9 de l'avis cité* : C.C., 22 juillet 2004, n° 136/2004, B.6.2. Voir également C.C., 6 octobre 2004, n° 157/2004, B. 33 : « Le principe de légalité en matière pénale procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui commet les faits puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ses actes et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation. Le principe de légalité en matière pénale n'empêche toutefois pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge, pour autant qu'elle ne méconnaisse pas les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale ».

¹³ *Note de bas de page n° 10 de l'avis cité* : Voy. C.C., n° 166/2011, B.41.1 et B. 41.2.

‘B.41.1. En attribuant au pouvoir législatif la compétence, d’une part, de déterminer dans quels cas et dans quelle forme des poursuites pénales sont possibles, et, d’autre part, d’adopter une loi en vertu de laquelle une peine peut être établie et appliquée, les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution garantissent à tout citoyen qu’aucun comportement ne sera punissable et qu’aucune peine ne sera infligée que sur la base de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

B.41.2. Le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu’à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l’incrimination. Une délégation au Roi n’est pas contraire à ce principe, pour autant que l’habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l’exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur’.

Si une définition précise de la notion d’‘organisation djihadiste’ était inscrite dans le texte de la loi, il serait possible de déléguer la compétence de fixer la liste des noms des organisations répondant à cette définition. L’article 105 de la Constitution impose cependant de déléguer ce pouvoir au Roi, et non pas au ministre qui a les Affaires étrangères dans ses attributions.

Même si le terme ‘organisation djihadiste’ était défini dans le texte de la loi et même si le Roi avait établi une liste de ces organisations, l’incrimination ne satisferait pas encore au principe de légalité. Pour les citoyens, la qualification du délit ‘portés ou exhibés, en tant que signe distinctif manifestement caractéristique, par des groupes djihadistes’ n’est en effet pas non plus suffisamment précise et prévisible dans son application. Tant la sécurité juridique que le respect du principe de légalité requièrent d’établir également une liste précise de tels signes.

3.2.2.2. La limitation doit en outre poursuivre un objectif légitime. Dans la mesure où elle vise à lutter contre des groupes violents qui, en outre, recrutent activement en Belgique et menacent de commettre des attentats, la limitation peut être justifiée par ‘la protection de l’ordre, de la santé (...) publiques ou (...) des droits et libertés d’autrui’.

3.2.2.3. Enfin, la limitation doit être ‘nécessaire, dans une société démocratique’, ce qui implique notamment qu’elle doit répondre à un ‘besoin social impérieux’ et être proportionnée au but poursuivi. La disposition en projet vise, de manière générale et indifférenciée, tout signe distinctif des groupes djihadistes, ‘même s’il s’avère que ce signe distinctif avait à l’origine une signification purement religieuse’. La proposition implique l’interdiction de signes distinctifs du seul fait qu’ils sont utilisés par des ‘organisations djihadistes’ ou ‘par leurs membres’, même s’ils avaient à l’origine une signification religieuse et sont toujours utilisés en raison de cette signification. Une telle interdiction indifférenciée va au-delà de ce qui peut être justifié dans une société démocratique. Il ressort en effet de l’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme du 8 juillet 2008, dans l’affaire Vajnai c. Hongrie, qui concernait le port de l’étoile rouge communiste, que des symboles susceptibles de revêtir plusieurs significations ne peuvent pas être purement et simplement interdits. La Cour a en effet jugé :

‘52. La Cour est consciente que les violations massives et notoires des droits de l’homme commises sous le régime communiste ont discrédité l’étoile rouge en tant que symbole. Toutefois, pour elle, cet emblème ne saurait passer pour représenter exclusivement le régime totalitaire communiste, comme le Gouvernement l’admet implicitement (...). À l’évidence, l’étoile rouge demeure aussi le symbole du mouvement ouvrier international, qui lutte pour une société plus juste, ainsi que celui de certains partis politiques légaux actifs dans divers États membres.

53. En outre, la Cour relève que le Gouvernement n'a pas établi que le port de l'étoile rouge revient exclusivement à s'identifier avec des idées totalitaires, d'autant que le requérant a arboré ce symbole à l'occasion d'une manifestation pacifique et légalement organisée à laquelle il participait en sa qualité de vice-président d'un parti politique officiel de gauche n'ayant aucune intention connue de participer à la vie politique hongroise au mépris de l'État de droit. Elle souligne à cet égard que ce n'est qu'en procédant à un examen attentif du contexte dans lequel les propos offensants sont tenus que l'on peut établir une distinction pertinente entre des termes choquants et insultants – qui relèvent de la protection de l'article 10 – et ceux qui ne méritent pas d'être tolérés dans une société démocratique.

54. La Cour conclut de ce qui précède que l'interdiction en cause est trop générale eu égard aux multiples significations que revêt l'étoile rouge. Cette mesure peut toucher des activités et des idées qui font de toute évidence partie de celles protégées par l'article 10 et il n'existe aucun moyen satisfaisant d'opérer une distinction en fonction de chacune desdites significations. Les dispositions pertinentes du droit hongrois ne cherchent d'ailleurs pas à le faire. De surcroît, à supposer même que pareille distinction puisse être établie, les incertitudes qui en résulteraient auraient un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression et conduiraient à l'autocensure.

55. Sur le point de savoir si la mesure en cause avait pour but la défense de l'ordre, la Cour observe que le Gouvernement n'a cité aucun cas où le port en public de l'étoile rouge eût provoqué, voire risqué de provoquer, des troubles en Hongrie. Pour la Cour, parer à un danger purement hypothétique à titre de mesure préventive pour protéger la démocratie ne saurait passer pour répondre à un 'besoin social impérieux'. De toute manière, outre l'interdiction en cause, le droit hongrois prévoit un certain nombre d'autres mesures visant à la répression des troubles à l'ordre public, même ceux qui sont provoqués par l'exhibition de ce symbole (...).

56. Quant au lien qui existerait entre l'interdiction de l'étoile rouge et l'idéologie totalitaire offensante que ce symbole véhiculerait, la possibilité que soit diffusée cette idéologie, aussi abominable soit-elle, ne peut motiver à elle seule la restriction en question au moyen d'une sanction pénale. Le port, par un responsable d'un parti politique officiel ne nourrissant aucune ambition totalitaire, d'un emblème susceptible de revêtir plusieurs significations dans le contexte de la présente affaire ne saurait être assimilé à une dangereuse propagande. Or l'article 269/B du code pénal hongrois ne requiert pas d'établir que l'exhibition de l'étoile rouge s'analyse en propagande totalitaire. Au contraire, la seule exhibition de ce symbole est en principe assimilée à de la propagande, sauf si elle poursuit un but scientifique, artistique, informatif ou éducatif (...). Pour la 57.006/AG/AV avis du Conseil d'État/advies Raad van State 9/16 Cour, cette absence de nuance confirme le caractère bien trop général de l'interdiction.

57. La Cour est bien sûr consciente que la politique systématique de terreur appliquée pour consolider les régimes communistes dans plusieurs pays, dont la Hongrie, a profondément marqué les Européens. Elle admet que le port d'un tel symbole, omniprésent sous la férule de ces régimes, puisse causer un malaise aux victimes de ceux-ci et à leurs familles, qui peuvent légitimement s'en offusquer. Mais de tels sentiments, aussi compréhensibles soient-ils, ne sauraient à eux seuls circonscrire la liberté d'expression. Les assurances notoires données par la République de Hongrie sur le plan juridique, moral et matériel aux victimes du communisme font que ces craintes ne sauraient être considérées comme rationnelles. Pour la Cour, un régime juridique qui restreint les droits

fondamentaux selon ce que lui dictent les sentiments populaires – qu'ils soient raisonnés ou non – ne saurait passer pour répondre aux besoins sociaux impérieux reconnus dans une société démocratique, qui doit demeurer raisonnable dans son jugement. Autrement, n'importe quels éléments perturbateurs pourraient faire échec à la liberté d'expression et d'opinion.

58. Les éléments ci-dessus suffisent à la Cour pour conclure que la condamnation du requérant pour le seul port de l'étoile rouge ne saurait passer pour répondre à un 'besoin social impérieux'. En outre, la mesure par laquelle son comportement a été puni, fût-elle relativement légère, relève de la loi pénale, et pourrait donc avoir des conséquences extrêmement graves. La Cour estime que cette sanction n'était donc pas proportionnée au but légitime visé. Il s'ensuit que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de sa liberté d'expression ne peut se justifier sur le terrain de l'article 10 § 2¹⁴.

3.2.3. La proposition se heurte dès lors au principe de légalité en matière pénale, et ne satisfait par ailleurs pas aux conditions de légalité et de 'nécessité dans une société démocratique' auxquelles les articles 8 à 10 de la CEDH subordonnent l'admissibilité des restrictions au droit au respect de la vie privée, à la liberté de religion et à la liberté d'expression ».

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'interdiction du port ou de l'exhibition de symboles du Nazisme

10. Dans une décision *Nix c. Allemagne* du 13 mars 2018¹⁵, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée de la manière suivante sur la compatibilité avec l'article 10 de la CEDH d'une condamnation pénale, prononcée en application de l'article 86a du Code pénal allemand¹⁶, à l'encontre d'une personne qui avait utilisé une photo de Heinrich Himmler portant une svastika dans un post sur un blog :

¹⁴ Note de bas de page n°11 de l'avis cité: Cour eur. D.H., arrêt *Vajnai c. Hongrie* du 8 juillet 2008, §§ 52 et suiv. Voy. ég. Cour eur. D.H., arrêt *Faber c. Hongrie* du 24 juillet 2012, § 36 : « When the right to freedom of expression is exercised in the context of political speech through the use of symbols, utmost care must be observed in applying any restrictions, especially if the case involves symbols which have multiple meanings. In this connection the Court emphasises that it is only by a careful examination of the context (...), that one can draw a meaningful distinction between shocking and offensive language which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society (...) ».

¹⁵ Cour eur. D.H., req. N° 35.285/16, décision *Nix c. Allemagne* du 13 mars 2018. La décision n'existe qu'en anglais.

¹⁶ Les dispositions pertinentes du Code pénal allemand sont libellées comme suit (la traduction en anglais est celle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans la décision *Nix c. Allemagne*) :

Article 86 [Dissemination of propaganda material of unconstitutional organisations]

“(1) Whosoever within Germany disseminates or produces, stocks, imports or exports or makes publicly accessible through data storage media for dissemination within Germany or abroad, propaganda material

1. of a political party which has been declared unconstitutional by the Federal Constitutional Court or a political party or organisation which has been held by a final decision to be a surrogate organisation of such a party;
2. of an organisation which has been banned by a final decision because it is directed against the constitutional order or against the idea of the comity of nations or which has been held by a final decision to be a surrogate organisation of such a banned organisation;
3. of a government, organisation or institution outside the Federal Republic of Germany active in pursuing the objectives of one of the parties or organisations indicated in Nos 1 and 2 above; or
4. the contents of which are intended to further the aims of a former National Socialist organisation;

« 47. In the light of their historical role and experience, States which have experienced the Nazi horrors may be regarded as having a special moral responsibility to distance themselves from the mass atrocities perpetrated by the Nazis (...). The Court considers that the legislature's choice to criminally sanction the use of Nazi symbols, to ban the use of such symbols from German political life, to maintain political peace (also taking into account the perception of foreign observers), and to prevent the revival of Nazism (...) must be seen against this background.

48. The Court observes that, in accordance with Article 86 § 3 of the Criminal Code, to which Article 86a § 3 of the Criminal Code refers, no criminal liability arises where the use of such symbols is meant to serve civil education, to combat unconstitutional movements, to promote art or science, research or teaching, to report on current or historical events, or serve similar purposes (...). In addition, the domestic courts have restricted the scope of Article 86a of the Criminal Code and exempted uses of the respective symbols which do not contravene the provision's purpose, including where the opposition to the ideology embodied by the symbol used is obvious and clear, not least in order to sufficiently respect the right to freedom of expression in protesting against the revival of Nazi ideas (...). While the critical use of the respective symbols does not suffice to give rise to the possibility of exemption from criminal liability under domestic law, in line with one of the provision's purposes (that of banning the respective symbols from German political life altogether), the Court considers that exemption from criminal liability where opposition to the ideology embodied by the used symbols is "obvious and clear" (...) constitutes an important safeguard for the right to freedom of expression.

49. Turning to the circumstances of the applicant's conviction, the Court observes that the symbol used by the applicant – a picture of Heinrich Himmler in SS uniform with a swastika armband – cannot be considered to have any other meaning than that of Nazi ideology (...). It takes note of the fact that domestic courts have, on another occasion, held that showing a picture of Himmler in SS uniform in itself constituted the use of symbols of unconstitutional organisations within the meaning of Article 86a of the Criminal Code (...).

50. The applicant must have been aware of the pertinent provision and case-law of the domestic courts, not least because he had been convicted of the same offence for having published a picture of Angela Merkel in Nazi uniform with a swastika armband

shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. ...

(3) Paragraph 1 above shall not apply if the propaganda material or the act [in question] is meant to serve civil education, to [combat] unconstitutional movements, to promote art ..., science, research or teaching, to report on current or historical events, or [to serve] similar purposes.

(4) If the guilt is of a minor nature, the court may order a discharge under this provision."

Article 86a [Using symbols of unconstitutional organisations]

"(1) Whosoever

1. domestically distributes or publicly uses, in a meeting or in written materials (section 11(3)) disseminated by him, symbols of one of the parties or organisations indicated in Nos 1, 2 and 4 of Article 86 § 1; or

2. produces, stocks, imports or exports objects which depict or contain such symbols for distribution or use in Germany or abroad in a manner indicated in No 1,
shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Symbols within the meaning of paragraph 1 above [means] in particular flags, insignia, uniforms and parts thereof, slogans, and forms of greeting. Symbols which are so similar as to be mistaken for those named in the first sentence shall be [deemed to be] equivalent to them.

(3) Article 86 §§ 3 and 4 shall apply *mutatis mutandis*."

and a painted Hitler-moustache some six weeks before he published the blog post at issue in the present case (...).

51. The Court accepts that the applicant, by displaying the picture of Himmler in SS uniform with a swastika armband in his blog post, did not intend to spread totalitarian propaganda, to incite violence, or to utter hate speech, and that his expression had not resulted in intimidation. It acknowledges that there have been various press reports detailing complaints that children of persons receiving social welfare and children with a migrant background are discriminated against in school and by employment offices (....). The applicant, through his series of six blog posts (...), may have intended to contribute to a debate of public interest.

52. Thus, the question arises whether the domestic courts would have been required to examine the blog post of 23 March 2014, which led to the applicant's conviction, together with his other blog posts concerning the interaction between the employment office and his daughter. The Court observes that the post in question, which was the third on that matter, did not contain any reference or visible link to the applicant's earlier posts (...). It was not immediately understandable for a reader of the post that it was part, or meant to be part, of a series of posts that may have been intended to contribute to a public debate. The domestic courts cannot be faulted for having considered only the specific utterance that was evident to the reader, that is the picture of Himmler in SS uniform with a swastika armband, the quoted statement, and the text written underneath, when assessing the applicant's criminal liability.

53. In the text of the blog post, which was addressed to the staff member of the employment office handling the file of the applicant's daughter, the applicant criticised the fact that various queries he had made to the employment office had remained unanswered and that the authorities were not providing free meals to his daughter and were not paying for her commuting to school (...). Moreover, he criticised the employment office for not knowing the needs of children and thus hindering rather than promoting them. At no point is it mentioned that the applicant's daughter is of foreign origin and discriminated against and that the applicant was receiving social welfare benefits (...). Nor was there any parallel drawn or explanation given why the request by the staff member of the employment office (...) could be compared to what had happened during the Nazi regime. Not a single phrase of the text referred to racism or discrimination. The Court thus considers that the domestic courts can neither be reproached for finding that there was no connection between the text and the policies which the Nazi symbols stood for, nor for concluding that the applicant had used the picture as an "eye-catching device" (...).

54. The Court notes that this gratuitous use of symbols was exactly what the provision sanctioning the use of symbols of unconstitutional organisations was intended to prevent, as it was meant to pre-empt anyone becoming used to certain symbols by banning them from all means of communication (the so-called "communicative taboo" ...). The case-law of the domestic court is clear in so far as the critical use of Nazi symbols is not sufficient to exempt a person from criminal liability for such use (...). Rather, a clear and obvious opposition to Nazi ideology is required (...). Having regard to the circumstances of the case, the Court sees no reason to depart from the assessment of the domestic courts that the applicant did not clearly and obviously reject Nazi ideology in his blog post (...).

55. While the sentence of 120 day-fines was not negligible, the Court notes that the sentence had been reduced from a prison sentence to a fine in course of the proceedings (...) and that the applicant had been convicted of a similar offence only a few weeks before he published the blog post at issue.

56. Reiterating that the historical experience of Germany is a weighty factor to be taken into account when determining, when it comes to recourse to symbols such as those at issue in the present case, whether there exists a pressing social need for interfering with an applicant's right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention, the Court finds, in light of all the circumstances of the case, that the domestic authorities adduced relevant and sufficient reasons and did not overstep their margin of appreciation. The interference was therefore proportionate to the legitimate aim pursued and was thus "necessary in a democratic society" » (le Conseil d'État souligne).

11. La Cour européenne des droits de l'Homme a récemment précisé la portée de la décision *Nix c. Allemagne* à l'occasion d'un arrêt *Rid Novaya Gazeta and Zao Novaya Gazeta v. Russia* du 11 mai 2021¹⁷ :

« 103. The Court has previously declared inadmissible a similar complaint in respect of an applicant's conviction under the German Criminal Code (see *Nix v. Germany* (dec.), no. 35285/16, 13 March 2018). The Court highlighted that in the light of their historical role and experience, States which had experienced Nazi horrors could be regarded as having a special moral responsibility to distance themselves from the mass atrocities perpetrated by the Nazis. The Court considered that the legislature's choice to criminally punish the use of Nazi symbols, to ban the use of such symbols from German political life, to maintain political peace (also taking into account the perception of foreign observers), and to prevent the revival of Nazism had to be seen against that background (§ 47). Reiterating that the historical experience of Germany was a weighty factor to be taken into account when determining, when it came to having recourse to symbols such as those at issue in that case, whether there existed a pressing social need for interfering with an applicant's right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention, the Court found, in the light of all the circumstances of the case, that the domestic authorities had adduced relevant and sufficient reasons and had not overstepped their margin of appreciation. The interference had therefore been proportionate to the legitimate aim pursued and had thus been "necessary in a democratic society" (§ 56).

104. Turning to the present case, the Court notes that the Suppression of Extremism Act defined as "extremist activity" acts consisting of the promotion and public display of Nazi attributes or symbols, or attributes or symbols which are similar to Nazi attributes or symbols to the point of becoming indistinguishable.

105. The Court observes that, unlike German law as interpreted by the German courts, Russian law – at least as interpreted and applied at the time – did not appear to leave any room for any lawful use of such symbols even when it was meant, for instance, to report on current events or to combat unconstitutional movements (contrast *Nix*, cited above, § 48). Nor did the national courts seem to restrict the scope of the application of section 1 of the Suppression of Extremism Act by way of exempting such uses of the relevant symbols that did not contravene the Act's purpose – such as for instance, where opposition to the ideology embodied by the symbol used was obvious and clear (ibid.) – at least in order to permit sufficient respect for the right to freedom of expression in protesting against the revival of Nazi ideas.

106. However, in the present case the Court is not called upon to assess all the aspects pertaining to what might be classified as a total ban on the public presentation (coupled with promotion) of prohibited symbols or attributes.

¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Rid Novaya Gazeta and Zao Novaya Gazeta v. Russia* du 11 mai 2021 (l'arrêt n'existe qu'en anglais).

107. The Court has already found that the text of the article (including the quoted parts) read together with the interview could not be reasonably perceived as inciting hatred or discord. It is in this context that the photographs have to be assessed too. Unlike in Nix, in the present case it was immediately clear to a reader of the article that the photographs were part of it and, like the article itself, were intended to contribute to a public debate.

108. It is also common ground between the parties that the impugned symbols and attributes were not actually Nazi symbols and attributes but were similar to them to some extent or to the point of becoming indistinguishable. The caution does not contain any factual details relating to the photographs accompanying the impugned article. Nor does that document contain any legal reasoning relating to the assessment of any “attributes” or “symbols” in those photographs. The caution confirmed that the photographs (or perhaps their public presentation within the article) constituted “promotion” of attributes or symbols which were similar to Nazi attributes or symbols to the point of becoming indistinguishable. However, the caution omitted to clarify how the presence of certain symbols in the photographs constituted “promotion” of such symbols or attributes.

109. The Court has taken note of the findings made in the expert report adduced in evidence by the applicant organisations in the domestic proceedings. According to that report, the photographs were published to illustrate the text of the article and sought to draw the attention of the public and law-enforcement authorities to one of the manifestations of RO’s activity which was unlawful in the opinion of the author and to assist in the recognition of RO as a secret Nazi organisation which possessed a definite style characterised by the entire range of associated Nazi emblems. The author’s use of the photographs assisted in justifying his hypothesis regarding the unlawful character of RO’s activity, along with that of the organisations related to it. Without such a justification, the author’s hypotheses would appear to be purely conjecture, and it would be unclear to a reader what the author was talking about and why he considered the activity of these organisations to be unlawful. The gestures and symbols which were shown in those photographs were used in the article to expose them for critical and analytical purposes, which is different to the public demonstration of such gestures and symbols, and in the overall context of the article they could not be considered to be elements promoting either Nazi symbols or symbols which were confusingly similar to Nazi ones.

110. It suffices for the Court in the present case to note that the domestic courts did not attempt any adequate assessment of the above elements. Thus, the Court is not satisfied that there was a convincing justification for the use of the anti-extremism caution procedure in the present case with reference to the public presentation and promotion of prohibited symbols » (le Conseil d’État souligne).

12. Il ressort de la jurisprudence européenne ainsi résumée que l’interdiction de l’exhibition de symboles évoquant le nazisme ne sera pas compatible avec l’article 10 de la Convention lorsqu’il est clair et évident que cette exhibition n’a pas pour finalité de faire l’apologie de cette idéologie et/ou d’inciter à la haine. Tel est notamment le cas lorsqu’elle a lieu dans le cadre de la promotion de l’éducation civique, aux fins de combattre des mouvements antidémocratiques, dans une finalité artistique, scientifique, de recherche ou d’enseignement, ou, encore, en vue de rendre compte d’événements d’actualité ou historiques ou à toutes fins comparables.

3) La jurisprudence de la Cour constitutionnelle

13. Il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que celle-ci n'admet la compatibilité de l'incrimination d'un discours de haine avec la liberté d'expression et le principe de la légalité en matière pénale, que pour autant que l'infraction concernée repose sur un élément intentionnel particulier.

14. Ainsi, et s'agissant des infractions visées à l'article 20 de la loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie' (*Incitation à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence*), l'arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009¹⁸ énonce que (B.59) :

« Cette infraction doit (...) être considérée comme requérant l'existence d'un dol spécial. En raison de la portée qu'il convient de donner aux termes d'incitation, de discrimination, de ségrégation, de haine et de violence, il ne peut s'agir d'une infraction dont l'existence serait présumée dès lors que ses éléments matériels sont réunis. Au contraire, l'infraction exige que soit établi l'élément moral spécifique qu'impliquent les termes mêmes utilisés par la loi.

L'exigence d'une volonté particulière d'inciter à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence exclut que puissent être incriminés, en l'absence d'une telle incitation, les pamphlets; et il doit en être de même des plaisanteries, des caricatures, des opinions et de toute expression qui, faute du dol spécial requis, relève de la liberté d'expression ».

Le même arrêt, s'agissant cette fois-ci de l'incrimination de la « diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale » (article 21 de la loi précitée du 30 juillet 1981), énonce que :

« B.70.2. Il découle de la circonstance qu'un dol spécial est requis pour cette infraction que l'existence de celle-ci 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 de personnes 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.

B.71.1. 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 ».

15. Dans son arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996¹⁹, la Cour constitutionnelle avait également souligné que la compatibilité avec la liberté d'expression des incriminations contenues

¹⁸ C.C., 11 mars 2009, n° 40/2009.

¹⁹ C.C., 12 juillet 1996, n° 45/96.

dans la loi du 23 mars 1995 ‘tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l’approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale’, ne pouvait se concevoir sans que la commission de celles-ci soit accompagnée d’un élément moral spécifique :

« B.7.10. Qu’il s’agisse de nier le génocide, de l’approuver, de chercher à le justifier ou de le minimiser grossièrement, les agissements érigés en infraction par la loi présentent ce trait commun qu’il n’est guère concevable de les adopter sans vouloir, ne fût-ce qu’indirectement, réhabiliter une idéologie criminelle et hostile à la démocratie et sans vouloir, par la même occasion, offenser gravement une ou plusieurs catégories d’êtres humains.

La loi ne mentionne pas de telles volontés comme un élément constitutif du délit qu’elle institue, mais il apparaît des travaux préparatoires que si le législateur y a renoncé, c’est en considération de l’extrême difficulté de preuve – révélée par diverses expériences en Belgique et à l’étranger – résultant notamment du recours fréquent à des modes d’expression d’apparence scientifique. Le juge conserve toutefois un pouvoir d’appréciation (...).

Le juge peut déduire de circonstances particulières l’absence, *in concreto*, de la volonté indiquée plus haut ».

C. La possibilité d’une répression sur base des textes existants

16. La section de législation constate que tout ou partie des actes visés par la proposition de loi à l’examen sont d’ores et déjà susceptibles d’être poursuivis et punis sur base de l’une des incriminations, visées ci-avant, dont la Cour constitutionnelle a admis la constitutionnalité, et ce, dans le respect des réserves d’interprétation conforme formulées par cette Cour. Ainsi en va-t-il, sur base de l’article 20 de la loi précitée du 30 juillet 1981 et des articles 1 à 3 de la loi du 23 mars 1995 précitée, du comportement consistant à décorer l’extérieur de sa maison avec des symboles explicites du nazisme²⁰, ou à effectuer un salut hitlérien²¹. L’apposition d’une croix gammée et d’une croix celtique a également été jugée constitutive du délit visé à l’article 21 de la loi du 30 juillet 1981²².

D. Application des principes à la proposition de loi à l’examen

17. Il ressort des principes ci-avant rappelés que les limitations à la liberté d’expression qu’implique la proposition à l’examen poursuivent un but qui est indubitablement légitime.

²⁰ Corr. Leuven, 14 juillet 2020, publié sur le site de UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_07_14_Corr_Leuven.pdf). Voir ég., à propos de l’apposition de croix gammées, Corr. Limburg, Afd. Tongeren, 16 mars 2021, publié sur le site de UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2021_03_16_Rb_Limburg.pdf).

²¹ Corr. Leuven, 14 juillet 2020, publié sur le site de UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_07_14_Corr_Leuven.pdf).

²² Corr Kortrijk, 4 mars 2009, publié sur le site de UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/20090304_corr_kortrijk.pdf). Voir ég. Corr. Anvers, 23 octobre 2019, publié sur le site de UNIA (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Correctionele_rechtbank_Mechelen_23_oktober_2019.pdf).

En revanche, leur conformité avec le principe de la légalité et l'exigence de proportionnalité soulève diverses difficultés.

18. S'agissant du principe de légalité, il y a lieu de faire l'observation suivante.

Comme souligné ci-dessus, le champ d'application de la proposition ne se limite pas à un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant ceux portés par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945. La nouvelle incrimination est également applicable à un uniforme, un insigne ou un symbole rappelant ceux "portés par une personne reconnue coupable de génocide, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. La portée de cette disposition doit être clarifiée au regard du principe de la légalité des incriminations et des peines. Il importe en effet qu'il soit clairement établi si le constat de culpabilité dont il est question peut indifféremment émaner d'une juridiction internationale, d'une juridiction belge ou d'une quelconque juridiction nationale étrangère.

Il échet de rappeler, à cet égard, que le législateur, dans l'article 20, 5°, de la loi du 30 juillet 1981, tel qu'inséré par la loi précitée du 5 mai 2019, a fait le choix de n'y viser que les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre "établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale", et ce, pour des considérations de sécurité juridique et de respect dû au principe de la légalité en matière criminelle. Eu égard à cet objectif, la distinction de traitement qui en résultait a été jugée conforme au principe d'égalité et de non-discrimination par la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 4/2021 du 14 janvier 2021²³ :

« B.17.2. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a jugé opportun de recourir à ce critère, 'étant donné que ni la décision-cadre, ni le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, n'imposent de limitation quant à la portée *ratione temporis* de l'infraction de négationnisme à insérer en droit interne' (*Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, DOC 54-3515/001, p. 155).

En limitant la disposition pénale attaquée aux crimes 'établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale', le législateur a ainsi voulu préciser dans des termes offrant une sécurité juridique suffisante les crimes pour lesquels les comportements négationnistes cités sont punissables. Le législateur a donc voulu respecter le principe de légalité en matière pénale qui découle des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution et de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et qui procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est punissable ou non.

B.17.3. Compte tenu du fait que la disposition attaquée, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression et en ce qu'elle est une loi pénale, appelle une interprétation restrictive, il ressort de ce qui précède que le choix opéré par le législateur de faire usage de la faculté offerte par l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/913/JAI de limiter l'incrimination sur la base du critère selon lequel les crimes visés doivent avoir été 'établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale', n'est pas sans justification raisonnable.

²³ C.C., 4 janvier 2021, n° 4/2021.

B.18. La disposition attaquée ne viole dès lors pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Par conséquent, il convient que, si les auteurs de la proposition font le choix de viser les constats de culpabilité effectués, non seulement par des juridictions internationales, mais également par des décisions belges ou étrangères, ce choix soit explicité et justifié quant à sa compatibilité avec le principe de la légalité en matière criminelle.

19. S'agissant de la compatibilité avec l'exigence de proportionnalité, il y a lieu de faire les observations suivantes.

Premièrement, et par contraste avec ce que prévoient l'ensemble des incriminations qui tendent vers le même objectif, à l'instar des articles 20 et 21 de la loi précitée du 30 juillet 1981 et 1^{er} à 3 actuels de la loi précitée du 23 mars 1995, la proposition de loi à l'examen ne formule explicitement aucune exigence de publicité pour les comportements qu'elle réprime, par exemple par renvoi aux circonstances visées à l'article 444 du Code pénal. Il s'en déduit que des actes pourraient être réprimés alors qu'ils ne reçoivent aucune publicité, ce qui n'est pas conforme à l'exigence de proportionnalité.

Deuxièmement, et par application des principes ci-avant rappelés issus des jurisprudences de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'Homme (*supra*, n^{os} 10 et 11 et 13 à 15), il y a lieu d'exclure sans ambiguïté la répression des comportements visés par la proposition de loi à l'examen lorsque ceux-ci s'inscrivent dans une démarche pédagogique, civique, culturelle, artistique, scientifique, ou, encore (sans exhaustivité), journalistique, démarche de laquelle il ressort que la personne concernée n'a pas l'intention spécifique de se livrer à une apologie d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre et/ou d'inciter à la haine. Il doit être clair que l'infraction requiert le « dol spécial » ou, encore, l'intention spécifique sans lesquels, selon la Cour constitutionnelle (*supra*, n^{os} 13 à 15), la répression d'un discours n'est pas compatible avec la liberté d'expression.

20. En conclusion, la proposition de loi doit être fondamentalement réexaminée et revue à la lumière des observations qui précèdent.

LE GREFFIER EN CHEF – DE HOOFDGRIFFIER

LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT –
DE VOORZITTER VAN DE RAAD VAN STATE

Gregory DELANNAY

Jacques JAUMOTTE