

La détestable liberté d'expression de Fouad Belkacem devant les Hautes juridictions – Deux constructions jurisprudentielles pour la lui refuser

(obs. sous Cour eur. dr. h., décision *Belkacem c. Belgique*, 27 juin 2017 et sous Cass. (b.), 29 octobre 2013)

PAR

Louis TRIAILLE*

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Résumé

Cette contribution commente deux décisions rendues contre le précheur salafiste Fouad Belkacem. Celui-ci contestait sa condamnation en Belgique pour incitation à la haine et à la discrimination, que lui avaient value des vidéos de propagande agressives postées sur YouTube. La première de ces décisions a permis à la Cour de cassation belge de préciser les limites du régime procédural de la liberté de presse en Belgique (art. 150 de la Constitution belge) – pour en exclure les vidéos de Fouad Belkacem. La seconde a vu la Cour européenne des droits de l'homme confirmer, par décision d'irrecevabilité, que les discours de haine se voyaient soustraits de la protection de la liberté d'expression par l'effet direct de l'interdiction de l'abus de droit (art. 17 de la Convention) – pour exclure pareillement de son contrôle les propos de Fouad Belkacem. Le présent commentaire fait le point sur les deux constructions jurisprudentielles utilisées dans ces décisions. Il en critique les impasses pratiques et conceptuelles, et leur propose des alternatives.

* L'auteur de ces lignes remercie vivement Sébastien Van Drooghenbroeck pour sa relecture attentive et ses nombreuses suggestions, ainsi que Jogchum Vrielink et Corentin Barthélemy.

Abstract

This contribution comments two decisions pronounced against the salafist preacher Fouad Belkacem. Belkacem had been convicted in Belgium for incitement to hatred after the posting of aggressive propaganda on Youtube. Twice he challenged his condemnation invoking his fundamental rights (respectively the freedom of the press protected by article 150 of the Belgian Constitution and the freedom of speech granted by article 10 of the European Convention of Human Rights); twice his claims were rejected by the High Jurisdictions. In the first decision commented below, the Belgian Court of cassation based its ruling on its restrictive interpretation of the Belgian constitutional notion of «press», which excludes video contents. In the second decision, the European Court of Human Rights discarded Belkacem's claims under article 10 of the Convention at the admissibility stage, specifying that article 17 (prohibition of the abuse of rights) excluded all hate speech from the scope of the Convention. This paper analyses both judicial doctrines used against Fouad Belkacem. It criticizes their conceptual and practical deadlocks and suggests alternative interpretations.

Introduction

Entre février 2012 et juin 2013, Fouad Belkacem, porte-parole du mouvement salafiste *Sharia4Belgium*, répondait devant les juridictions belges des accusations de harcèlement pour motif discriminatoire et d'incitation à la haine et à la violence dont il était l'objet¹. Ces inculpations avaient résulté de la diffusion sur Youtube d'une série de vidéos dans lesquelles il s'exprimait, sur fond de kalachnikov et sabre croisés, sur divers «sujets d'actualité». Il y commentait notamment : le cancer fatal d'une politicienne flamande, qualifiant la maladie incurable de punition divine ; la politique étrangère du ministre de la Défense en fonction, appelant Allah à lui «briser le dos» et à «faire de sa femme une veuve»; et enfin les rapports généraux entre les musulmans de Belgique et les «incroyants», usant de diverses formules aussi éloquentes que «le temps de la paix et du dialogue est terminé», «aujourd'hui il faut parler

¹ Corr. Anvers, 4 mai 2012, n° AN56.99.324-10 et Anvers, 6 juin 2013, n° AN56.99.324-10, tous deux disponibles sur le site d'UNIA (www.diversite.be).

de Jihad, aujourd'hui il faut parler de charia» ou encore «nous allons à la confrontation, la Belgique est prévenue»².

Fouad Belkacem fut condamné par les juridictions de fond à un an et demi de prison et à une amende de 550 euros³. Il contesta cette décision à deux reprises: en cassation à Bruxelles⁴ puis devant la Cour européenne des droits de l'homme⁵. À chacun des deux stades, il invoquera ses droits fondamentaux (respectivement le régime constitutionnel des délits de presse et le régime conventionnel de la liberté d'expression); à chacun des deux stades, il en sera pour ses frais, au motif que son discours sortait du champ de protection des droits invoqués.

Sur le fond, l'issue de ces deux décisions n'est pas ici contestée. Selon la loi pénale belge en vigueur, Fouad Belkacem pouvait être condamné pour ses propos, et le respect le plus strict de ses droits fondamentaux ne s'opposait pas, selon nous, à une telle condamnation.

La motivation qui a accompagné ce feu vert des Hautes juridictions, par contre, est sujette à discussion. En usant toutes deux de constructions jurisprudentielles contestées – dont l'atout principal semble être précisément d'aboutir au constat d'*inapplicabilité pure et simple* des libertés invoquées (respectivement le privilège du jury en matière de presse et la liberté d'expression) –, les instances belge et européenne fragilisent leurs décisions respectives.

Les mobiles de la Cour de cassation belge semblent essentiellement pragmatiques: pour appliquer la loi pénale relative au discours de haine, elle a dû restreindre le privilège de juridiction consacré à l'article 150 de la Constitution, qui immunise *de facto* les délits de presse de poursuites pénales (I).

Les mobiles de la Cour européenne des droits de l'homme sont, quant à eux, plus confus: dépourvue de tout intérêt pragmatique, sa décision de placer son examen sous l'article 17 de la Convention plutôt que sous son article 10 ne peut se comprendre que dans une optique de réprobation symbolique, voire une posture militante que la Cour a adoptée en la matière (II).

Le résultat n'est pas dramatique, certes; il ne change même pas l'issue du litige sur le fond. Mais il conduit, par un raisonnement juridique contestable (et déjà maintes fois contesté), à contracter le champ d'application de libertés

² *Ibid.*

³ Anvers, 6 juin 2013, n° AN56.99.324-10, disponible sur le site d'UNIA (www.diversite.be).

⁴ Cass., 29 octobre 2013, n° P.13.1270.N, *Pas.*, 2013, p. 2091.

⁵ Cour eur. dr. h., décision *Belkacem c. Belgique*, 27 juin 2017.

fondamentales, plutôt que d'en appliquer les mécanismes de limitation/exception consacrés.

I. Le pragmatisme de la Cour de cassation belge dans l'application de l'article 150 de la Constitution

Une spécificité évidente des propos de Fouad Belkacem d'un point de vue juridique tenait à leur support : des vidéos postées sur Internet. Défi général pour le droit de la lutte contre la discrimination, la diversité sans cesse croissante de vecteurs de diffusion est également à l'origine de controverses bien connues en droit belge de la presse, pour des raisons qui pourront surprendre les lecteurs français.

A. La protection constitutionnelle des délits de presse en Belgique

Si la question du *support* des propos violents tenus par Fouad Belkacem présente un intérêt particulier en droit belge, c'est en raison d'un vieux privilège de juridiction que la Constitution y réserve au jury d'assises. En vertu de l'article 150 du texte fondateur belge, les Cours d'assises sont en règle seules compétentes pour connaître des délits de presse, à l'exclusion des tribunaux correctionnels.

Dans sa forme actuelle, ladite disposition constitutionnelle dispose en effet : « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie. »⁶ Énonçant le principe, le début de la disposition est issu en droite ligne de la Constitution de 1831, l'exception visant les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie n'y ayant été insérée qu'à la faveur d'une révision de 1999.

Destiné par le Constituant à garantir l'indépendance de la presse par rapport au pouvoir politique⁷, le privilège de juridiction dont bénéficient ainsi les

⁶ Art. 150 de la Constitution belge.

⁷ Fr. JONGEN et C. DONY, « Liberté de la presse », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 861 ; J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Anthemis, Limal, 2014, p. 24 ; B. DELBECKE, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrijven in België*, Academia Press, Gand, 2012, pp. 78 à 80.

délits de presse est surtout connu des juristes et de la presse belges pour ses effets *a priori* non désirés : l'impunité pénale (quasi⁸) totale qu'il a value auxdits délits.

« Le risque de publicité, la durée du procès, son coût, l'absence de possibilités de recours »⁹ : c'est en ces termes que les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1999 résumaient les raisons, maintes fois soulignées par la doctrine¹⁰, de l'absence de poursuites que le privilège de juridiction avait eue pour conséquence. Cet état de fait a depuis longtemps transformé, en droit belge, la question de la qualification d'une expression comme délit de *presse*, en un terrain de litiges privilégié : sous la question de la qualification se joue toujours celle de la compétence juridictionnelle, et donc à chaque fois, *de facto*, la probabilité d'une poursuite pénale effective de l'expression visée.

C'est pareil privilège – et, il faut le dire, pareille impunité, pour de semblables raisons – qu'entendaient faire jouer les avocats de Fouad Belkacem en saisissant la Cour de cassation, pour y contester la compétence des tribunaux de droit commun qui l'avaient condamné¹¹. Si sa vidéo se voyait octroyer l'enviable qualification de « délit de presse », ce constat aboutissait vraisemblablement à l'abandon des poursuites contre lui.

Les espoirs des avocats de Fouad Belkacem étaient d'autant plus vifs, au moment de soulever ce moyen en appel¹², puis en cassation¹³, que la Cour de cassation, statuant par arrêts de mars 2012, venait à ce moment de suivre les appels de la doctrine majoritaire, et d'étendre la notion de « presse » aux conte-

⁸ À ce sujet, voy. Fr. JONGEN, « Un délit de presse devant la Cour d'assises », note sous Mons (ch. mises acc.), 14 février 1994, *J.L.M.B.*, p. 506.

⁹ Développements introductifs de la Proposition de révision de l'article 150 de la Constitution du 20 janvier 1998, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 49-1936/001, p. 3.

¹⁰ Pour deux relevés commentés de ces raisons parmi beaucoup d'autres, voy. Fr. JONGEN et A. STROWEL, *Droits des médias et de la communication*, Larcier, Bruxelles, 2017, p. 734 ; A. SCHAUS, « Le délit de presse raciste », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 737 et s. Pour une réfutation de ces mêmes raisons, à contre-courant de la doctrine majoritaire, voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 26 à 33.

¹¹ Cass., 29 octobre 2013, n° P.13.1270.N/2, préc., premier moyen.

¹² Anvers, 6 juin 2013, n° AN56.99.324-10, disponible sur le site d'UNIA (www.diversiteit.be).

¹³ Cass., 29 octobre 2013, n° P.13.1270.N/2, préc., premier moyen.

nus numériques¹⁴; il s'agissait en l'espèce de propos tenus sur un blog¹⁵. Dans le contexte de cette révolution technologique, les attentes de Fouad Belkacem et sa défense pouvaient donc paraître fondées.

B. *La notion de presse et son interprétation* « restrictivement élargie »¹⁶

Contrairement à ses attentes, le 29 octobre 2013, Fouad Belkacem s'est vu éconduire par la Haute juridiction belge, au motif que ses propos étaient tenus, sur internet certes, mais par voie *exclusivement audiovisuelle*¹⁷, et ne pouvaient dès lors constituer un délit de presse.

Ce jugeant, la Cour de cassation se montrait résolue à concilier ses récentes concessions à l'ère numérique avec l'exigence d'un *écrit* qu'elle a toujours fait valoir en la matière¹⁸, et qui l'a conduite, depuis 1981, à exclure la radio et la télévision de la notion constitutionnelle de « presse ». Cette composante « écrite » de la notion belge de presse, largement critiquée par la doctrine¹⁹ et régulièrement contredite par les juridictions de fond²⁰, était donc maintenue par l'arrêt du 29 octobre 2013 – l'écrit fût-il, depuis lors, numérique. Cette nouvelle décision n'a pas tardé à faire pleuvoir une nouvelle salve de critiques²¹,

¹⁴ Cass., 6 mars 2012, n° P.11.1374.N, *R.W.*, 2012, p. 144; *N. C.*, 2012, p. 223, concl. du premier avocat général DE SWAEF. Pour un exposé doctrinal et jurisprudentiel de cette évolution, voy. Q. VAN ENIS, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur Internet – le temps du délit de presse 2.0 est-il (enfin) arrivé? », note sous Cass. (2^e ch.), 6 mars 2012, *J.T.*, p. 505; Fr. JONGEN et C. DONY, « Liberté de la presse », *op. cit.*, p. 850.

¹⁵ Voy. la décision contestée: Gand (4^e ch.), 14 juin 2011, *A. & M.*, 2012, liv. 2-3, p. 251.

¹⁶ L'expression est reprise à Jogchum Vrielink dans son équivalent néerlandais « restrictieftef verruimde interpretatie » (J. VRIELINK, « Internet: spreken is zilver, schrijven is goud? Drukpers-misdrijf (art. 150 Gw.), de audiovisuele media en de zaak *Belkacem* », note sous Cass., 29 octobre 2013, n° P.13.1270.N, *T. Strafr.*, 2014/2, p. 146).

¹⁷ Cass., 29 octobre 2013, n° P.13.1270.N, préc., premier moyen.

¹⁸ Pour un relevé, voy. Fr. JONGEN et C. DONY, « Liberté de la presse », *op. cit.*, pp. 847-848.

¹⁹ Pour un relevé de ces critiques, Fr. JONGEN et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 716; J. VRIELINK, *op. cit.*, pp. 147-148.

²⁰ Parmi beaucoup d'autres, Mons (3^e ch.), 14 mai 2008, *J.T.*, 2009, p. 47, obs. Q. VAN ENIS; Bruxelles, 29 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, p. 806. Pour un relevé de cette jurisprudence de fond, voy. Fr. JONGEN et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 716; p. 849; J. VRIELINK, *op. cit.*, p. 147.

²¹ Voy. entre autres J. VRIELINK, *op. cit.*, pp. 143 à 149; Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement: un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne? », obs. sous Cass., 29 octobre 2013, *J.T.*, 2014, pp. 393 à 397; D. VOORHOOF et K. LEMMENS, « De veroordeling van Belkacem kreeg veel instemming, →

la distinction ainsi transposée à internet entre médias écrits et médias audiovisuels étant régulièrement jugée intenable, tant d'un point de vue principal²² que pratique²³.

Il faut toutefois le reconnaître malgré ses nombreux détracteurs : cet attachement de la Haute juridiction à une notion restrictive de presse a le mérite d'exclure un large spectre de médias de l'impunité de fait de l'article 150 (comme les vidéos litigieuses de Fouad Belkacem). Quitte à prêter à la Cour de cassation une sensibilité quelque peu activiste, on peut s'aventurer jusqu'à penser qu'il s'agit là d'une des raisons de la ténacité de sa lecture restrictive.

Toujours est-il que, pour pragmatique qu'elle soit, la protection des communautés offensées contre l'impunité de leurs auteurs ainsi offerte par la Cour de cassation est fragile. Elle est problématique tant par la lecture de la Constitution qu'elle suppose, abondamment critiquée par la doctrine, que par les limites extrêmement serrées de ses hypothèses d'application et les difficultés pratiques qu'elles soulèvent²⁴, et par ses potentiels retours de flammes sur

←

maar zijn de principes van de rechtstaat wel gerespecteerd?», *Knack*, 26 juin 2013, pp. 51 à 53; J. ENGLEBERT, «La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire : lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit», *A. & M.*, 2016, pp. 37 à 70. Voy. aussi, à propos des jugements de fond, D. VOORHOOF, «Strafbare uitingen op Internet, de kwalificatie persmisdrijf en het misdrijf belaging», *A. & M.*, 2012, pp. 484 et 485.

²² Voy. en particulier J. VRIELINK, *op. cit.*, pp. 143 à 149; J. ENGLEBERT, «La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire : lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit», *ibid.*, p. 54; D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 484. *A contrario*, Fr. JONGEN et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 90-91. Dans le cas précis de Fouad Belkacem, Quentin Van Enis («Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne?», *op. cit.*, pp. 393 à 397) a en outre finement souligné la contradiction interne de la double réponse apportée par la Cour de cassation : d'un côté, elle réitérait son refus de reconnaître aux médias audiovisuels la qualification de presse, dont la motivation traditionnelle (réaffirmée par son avocat général à l'occasion de l'arrêt précité du 6 mars 2012) tient à leur *supposée impermanence* par rapport aux médias écrits; d'un autre côté, elle validait la qualification de harcèlement pour la mise en ligne *d'une seule vidéo*, au motif que cette vidéo *pouvait être consultée de multiples fois et de manière permanente par les internautes*.

²³ Cette interprétation «restrictivement élargie» pose d'importants problèmes pratiques que n'ont pas tardé à identifier D. VOORHOOF et K. LEMMENS (*op. cit.*, pp. 52-53), notamment concernant les commentaires, hyperliens, sous-titres, retranscriptions, livres audio, etc. Voy. aussi Fr. JONGEN et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 91.

²⁴ Dès qu'il existe un écrit, l'article 150 est amené à produire ses pleins effets.

l'étendue de la liberté de la presse²⁵, voire sur la responsabilité civile de cette dernière²⁶.

Il n'est en outre pas exclu que la Cour de cassation, comme elle a finalement accepté qu'internet puisse être le vecteur de délits de presse (devancée par une doctrine et une jurisprudence de fond majoritaires), en vienne à élargir cette notion à certains supports audiovisuels, auquel cas la question de l'applicabilité de l'exception aux vidéos propagandistes diffusées sur internet (y compris de l'islamisme radical) se reposera. Il en va au demeurant ainsi, aujourd'hui déjà, pour les transcriptions, légendes, commentaires et autres sous-titres²⁷.

Prenant acte de cette fragilité, l'on doit se poser la question suivante: la Cour de cassation ne disposait-elle pas d'une autre voie, moins artificielle et plus solide, pour éviter que Fouad Belkacem ne passe entre les mailles de la législation anti-*hate speech*? À vrai dire, un tel chemin existe peut-être. Il repose, plutôt que sur une interprétation figée de la volonté du Constituant de 1830, sur une interprétation évolutive de celle du Constituant de 1999.

C. *L'exception de racisme et sa potentielle interprétation évolutive*

On y a déjà fait allusion: le Constituant belge, prenant conscience de l'impunité qu'impliquait le privilège de juridiction des délits de presse, était partiellement parti en croisade contre elle – sous la poussée conjointe, il est vrai, du droit international et des excès du Vlaams Blok²⁸, parti flamand d'extrême droite. Dès sa révision de la Constitution du 7 mai 1999, le régime privilégié institué par l'article 150 avait perdu son caractère universel. Y avait en effet été introduite une exception, permettant désormais le renvoi devant les tribunaux

²⁵ C'est en effet sous une même notion de presse que sont constitutionnellement définis la liberté de la presse consacrée à l'article 25 et les délits de presse visés à l'article 150, de sorte qu'un rétrécissement de l'une de ces notions entraîne inmanquablement une contraction de l'autre, de l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence.

²⁶ Fr. JONGEN, «Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias)», in *Mélanges offerts à Michel Hannotiau*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 54.

²⁷ D. VOORHOOF et K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 52-53.

²⁸ Les développements introductifs de la Proposition de révision de l'article 150 de la Constitution du 20 janvier 1998, précités (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 49-1936/001, p. 3) sont plus qu'éloquents sur ces deux points.

de droit commun des « délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie »²⁹.

Une telle contraction du champ d'application de l'article 150 avait été rendue nécessaire par le constat d'ineffectivité totale de la législation pénale antiracisme³⁰, précisément imputable au privilège institué par cet article³¹. Ce constat plaçait la Belgique en état de manquement à ses obligations internationales relatives à la lutte contre les discours racistes et xénophobes³², ce qui n'avait pas échappé aux instances chargées de les faire respecter³³. C'est pour mettre fin à cette situation que le Constituant a résolu, en 1999, d'exclure du privilège de juridiction les catégories de discours de haine *qu'il était tenu de punir au regard du droit international*.

La question qu'auraient pu poser les revendications de Fouad Belkacem, si elles ne s'étaient pas échouées sur le mur de la notion de presse, est évidente : l'exception prévue pour les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie est-elle applicable aux *fondamentalismes religieux*? À ce jour, aucune réponse certaine ne peut encore être donnée ; risquons-nous cependant aux quelques réflexions suivantes.

Certes, la loi qui a fondé l'incrimination de Fouad Belkacem ne fait assurément pas partie des hypothèses légales qui ont historiquement motivé la révision de l'article 150 de la Constitution. Et pour cause : elle est datée du 10 mai 2007³⁴ et ne pouvait donc, par la force des choses, être envisagée par le Constituant de 1999.

²⁹ Art. 150 de la Constitution belge tel que modifié par la révision de la Constitution du 7 mai 1999, *M.B.*, 29 mai 1999.

³⁰ Développements introductifs, préc., n° 49-1936/001, p. 2. En particulier étaient visées les lois du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (*M.B.*, 8 août 1980) et, plus indirectement, 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 (*M.B.*, 30 mars 1995).

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² *Ibid.*, p. 4. Voy. aussi le rapport de la commission de révision relatif au même article, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 49-1936/002, pp. 4 et 5.

³³ Voy., entre autres, Rapport périodique au Comité sur l'élimination de la discrimination raciale présenté par la Belgique le 22 mars 1996, CERD/C/260/Add.2; Rapport du même Comité, Assemblée générale, 52^e session, Supplément n° 18 (A/52/18), 28 septembre 1997.

³⁴ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

Il n'en reste pas moins que les termes de « racisme » et « xénophobie » apparaissant dans cet article 150 n'y sont pas définis. Une possibilité d'interprétation est donc ouverte.

Peut-on donc voir dans les diatribes de Fouad Belkacem et consorts l'expression d'un « racisme » au sens de l'article 150, par analogie à ce que la Cour de cassation a pu considérer des écrits négationnistes³⁵, ou de telles expressions véhiculent-elles un type tout autre de discrimination, que cet article ne pourrait soustraire aux assises *de constitutione lata*? La question est d'importance – et augure malheureusement de l'être à l'avenir – et on eût pu espérer la voir tranchée explicitement par la Cour sur la saisine du porte-parole de *Sharia4Belgium*.

L'application supplémentaire en l'espèce, plutôt que de l'exception de racisme, de la notion restrictive de presse présagerait-elle un refus implicite d'étendre la première aux discours religieux fondamentalistes?

À proprement parler, on ne peut rien conclure en ce sens, l'(in)applicabilité de la règle précédant évidemment celle de l'exception. Dans une hypothèse différente, reconnaître aux incriminations d'espèce le bénéfice de l'exception aurait équivalu pour la Cour à supposer l'applicabilité du privilège de juridiction à des propos filmés en l'absence d'écrit, à rebours de sa propre jurisprudence (rappelée quelques mois à peine auparavant). Pour critiquable qu'elle soit, la position suivie par la Cour dans son arrêt du 29 octobre 2013 a donc au moins le mérite de la logique.

Le silence de la Cour n'a pas empêché un commentateur de cet arrêt de préciser comme une évidence que l'exception visant les délits de presse inspirés par le racisme n'était pas applicable en l'espèce³⁶ – sans motiver ce constat, il est vrai. Ce silence est donc équivoque, et on peut lui souhaiter un terme prochain.

Dans l'incertitude qui continue de régner sur l'étendue de l'exception portant sur les « délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie », et plus précisément sur l'applicabilité de cette exception au *hate speech* religieux, il faut en tout cas rappeler les considérations suivantes.

Premièrement, l'absence de définition constitutionnelle des notions de racisme et de xénophobie offre aujourd'hui – raison précise pour laquelle elle

³⁵ Cass., 13 septembre 2005, n° P.05.0705.N: « Attendu que l'article 150 de la Constitution [...] ne renvoie pas à une législation spéciale; Que le tribunal correctionnel est également compétent pour les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie qui ne font pas l'objet de poursuites répressives en application de la loi du 30 juillet 1981 [...] »

³⁶ Q. VAN ENIS, « Entre interprétation... », *op. cit.*, p. 393, note 6.

était critiquée par certains³⁷ – entière liberté d'interprétation aux juridictions suprêmes.

Ensuite, entendre circonscrire ces notions constitutionnelles de racisme et de xénophobie par référence à leurs jumelles législatives, inscrites dans la loi du 30 juillet 1981 qui les érige en infraction pénale³⁸, est une inconstitutionnalité flagrante. Telle posture conduirait en effet à inverser la hiérarchie des normes, en prétendant imposer à la norme constitutionnelle le prescrit de la norme législative. Cette erreur potentielle a, du reste, déjà été identifiée par le Constituant³⁹ et écartée par la Cour de cassation elle-même⁴⁰. Il faut donc tenir pour nul tout argument éventuellement tiré de l'exclusion de la religion hors des critères retenus par la législation de 1981 – exclusion par ailleurs explicite dans les travaux préparatoires⁴¹ et appliquée par la jurisprudence de fond⁴².

De même, nul besoin pour le juge belge de confiner l'article 150 de la Constitution dans une typologie trop stricte des critères « raciaux » par rapport aux autres critères, directement dérivée de ces choix légistiques (et parfois encore observée, par UNIA notamment). Ceci est d'autant plus vrai que l'ajout de la notion polysémique de *xénophobie* à celle de racisme, pour usuel qu'il soit en la matière, ne peut qu'augmenter – et non restreindre – les hypothèses visées par cette disposition, et qu'il doit être donné effet utile à cet ajout.

Par contre, la même exigence que celle qui a poussé, non seulement le législateur à adopter les différentes lois antidiscrimination en 1981 et en 2007, *mais aussi* le Constituant à réviser l'article 150 de la Constitution en 1999, peut aujourd'hui guider l'interprétation de cette seconde disposition. Cette commune exigence, c'est le souci *d'outiller le droit interne pour honorer les obligations internationales de la Belgique en matière de lutte contre la discrimination*. L'ancrage constitutionnel ainsi conféré à ces obligations (par la modification de l'article 150) a toutes les raisons d'en suivre les propres évolutions concep-

³⁷ Rapport de la commission de révision de l'article 150 de la Constitution, préc., n° 49-1936/002, p. 16.

³⁸ Loi précitée du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

³⁹ Développements introductifs, préc., n° 49-1936/001, pp. 3-4.

⁴⁰ Cass., 13 septembre 2005, n° P.05.0705.N, préc. (voy. extrait reproduit *supra*, note 35).

⁴¹ Rapport au nom de la Commission de la justice sur la proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1980-1981, n° 0214/009, p. 22.

⁴² Voy. notamment Corr. Charleroi (11^e ch.), 26 septembre 2008, disponible sur le site d'UNIA (www.diversite.be).

tuelles, *a fortiori* en l'absence persistante de toute définition constitutionnelle ou jurisprudentielle.

Ainsi, pour combler le blanc laissé par le Constituant, c'est dans le droit international que l'on peut puiser ses couleurs – sans que cela induise d'excéder, bien sûr, la latitude que les termes choisis consentent au juge national. Le suggèrent de concert une interprétation téléologique de la volonté constituante de 1999 *et* le souci d'une interprétation conforme des droits national et international régissant la lutte contre la discrimination, dans le respect cette fois de la hiérarchie des normes et de l'autonomie d'interprétation qu'elle confère à la Constitution.

Ceci ayant été admis, on peut commencer par relever la fongibilité parfaite des inspirations raciales, religieuses et ethniques qui caractérise la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discours de haine⁴³ ainsi que les dispositifs institués par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁴, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁵ et la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴⁶. Nonobstant la division notable, en 2000, du régime communautaire de lutte contre la discrimination en deux directives distinctes⁴⁷, on peut encore souligner une compé-

⁴³ Dans sa jurisprudence, la Cour n'a jamais fait de distinction explicite entre les différents types de haine communautaire, *a fortiori* entre le racisme d'inspiration scientifique et l'appel à la discrimination pour des motifs religieux. Elle applique une approche et des critères exactement similaires à une attaque dirigée à l'encontre d'une prétendue race (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35; décision *W.P. e.a. c. Pologne*, 2 septembre 2004; Comm. eur. dr. h., décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979; décision *Kühnen c. Allemagne*, 12 mai 1988), des représentants d'une même religion (Cour eur. dr. h., décision *Norwood c. Royaume-Uni*, 16 novembre 2004; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, § 149) ou d'un groupe ethnique déterminé (Cour eur. dr. h., décision *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007; Comm. eur. dr. h., *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, préc., p. 189; Cour eur. dr. h., Gde Ch., *S.A.S. c. France*, préc., § 149). Dans la décision commentée, *Belkacem c. Belgique*, la Cour confirme cette approche unifiée en citant de manière apparemment interchangeable des décisions et arrêts concernant ces trois types de discrimination.

⁴⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 20.

⁴⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 21.

⁴⁶ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 2 et 7.

⁴⁷ Il s'agit de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O.C.E.*, n° L 180 du 19 juillet 2000) et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.C.E.*, n° L 303 du 2 décembre 2000). La religion est protégée par cette seconde directive, ce qui a contribué à fonder les choix du législateur belge (voy. projet de loi tendant

→

tence de l'Union aujourd'hui unifiée en matière de lutte contre la discrimination⁴⁸, dont l'activation promet d'exiger des transpositions nationales efficaces.

Si l'on refusait de voir là des arguments suffisants pour inclure dans les notions constitutionnelles de racisme/xénophobie toutes les discriminations fondées sur des motifs religieux ou culturels, on pourrait en tout cas, avec Koen Lemmens et Sébastien Van Drooghenbroeck⁴⁹, vouloir attirer l'attention de la Cour de cassation belge sur la position nuancée de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne sur la lutte contre *certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie*⁵⁰. Après avoir repris la religion dans les critères de distinction potentiellement racistes ou xénophobes, le législateur européen précise que cette référence «est censée couvrir *au moins* le comportement qui constitue un prétexte pour mener des actions contre un groupe défini par référence à [l'un des autres critères]»⁵¹.

Le prétexte religieux utilisé comme vecteur d'un «racisme déguisé» offre ainsi, faute d'un élargissement plus franc, une voie intermédiaire féconde pour traiter, à l'aune du cadre légal antiraciste, de discours prosélytes exacerbés (religieux ou laïcs)⁵². Ladite décision-cadre exigeant en la matière des États membres des sanctions pénales «effectives, proportionnées et dissuasives»⁵³, la Cour de cassation a tout intérêt à prolonger la volonté du Constituant de

←

à lutter contre certaines formes de discriminations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/001, pp. 11-12). La xénophobie n'est, par contre, reprise dans le dispositif d'aucune de ces directives.

⁴⁸ Art. 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁴⁹ K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination: un *corpus iuris* en quête de cohérence», in *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, die Keure, Bruges, 2010, pp. 123 à 125.

⁵⁰ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *J.O. U.E.*, n° L 328 du 6 décembre 2008, p. 55.

⁵¹ Décision-cadre 2008/913/JAI, préc., art. 1.2. Nous soulignons l'ouverture laissée ainsi par le législateur européen. Ces critères sont la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique (art. 1.1).

⁵² Si est plus souvent visée sous cette thématique, dans le langage courant, la mutation des racismes anti-maghrébins en débats de laïcité, il ne nous paraît pas artificiel de la transposer à certaines expressions actuelles de l'islamisme radical, dont le niveau très faible de religiosité effective des prêcheurs, creux comblé par un communautarisme exacerbé, est souvent pointé du doigt par les sciences humaines.

⁵³ Décision-cadre 2008/913/JAI, préc., art. 3.

1999 et placer la Belgique durablement en accord avec ses obligations internationales⁵⁴.

D'un point de vue purement interne, enfin, l'on doit souligner qu'exclure le critère religieux des causes de racisme obligerait la Cour de cassation à préciser la distinction qu'elle ferait entre le négationnisme – dont elle a déjà inclus l'incrimination dans l'exception de l'article 150⁵⁵ – et les attaques générales adressées aux représentants d'une religion quelconque. Or, cette distinction ne va pas sans difficultés, y compris dans un objectif hélas toujours actuel de lutte contre l'antisémitisme⁵⁶.

II. Le militantisme «*anti-hate speech*» de la Cour européenne des droits de l'homme dans ses usages de l'article 17 de la Convention

Fort (déçu) de l'épuisement de son dernier recours interne, Fouad Belkacem s'est donc tourné vers le prétoire international, espérant meilleur sort pour sa liberté d'expression à Strasbourg qu'à Bruxelles. À tort, lui a confirmé la Cour européenne des droits de l'homme, statuant par décision du 27 juin 2017.

Plutôt que le *support* des propos de Fouad Belkacem, c'est la *virulence de leur contenu haineux* qui s'est vue lestée de conséquences en droit conventionnel. En l'espèce, cette virulence a pu justifier la mise en œuvre du célèbre «*effet guillotine*»⁵⁷ de l'article 17 de la Convention, et rembarquer les prétentions de Fouad Belkacem avant même leur examen au fond.

⁵⁴ Ceci est d'autant plus actuel que, comme l'avait fait le CERD (Comité sur l'élimination de la discrimination raciale) à l'époque (voy. *supra*, note 33), l'ECRI (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance) a invité la Belgique à se livrer à une «évaluation de l'application et de l'efficacité des lois de 2007, [...], et en particulier des dispositions interdisant le discours de haine» (cinquième rapport concernant la Belgique du 4 décembre 2013, CRI(2014)/1, § 57).

⁵⁵ Cass., 13 septembre 2005, n° P.05.0705.N, préc. (*supra*, note 35).

⁵⁶ La Cour de cassation pourrait, il est vrai, s'appuyer sur le lien clair entre le négationnisme et l'idéologie nazie – laquelle a entendu faire de la communauté juive une «race» scientifiquement définie (voy. à ce sujet, F. RINGELHEIM, «Le négationnisme contre la loi», obs. sous Cour arb., arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996, *cette Revue*, 1997, p. 131), ce que ne font pas toutes les discriminations religieuses – par analogie à l'interprétation du négationnisme comme indissociable du projet politique nazi par les organes strasbourgeois (voy. *infra*, II, A.). En plus de faire dépendre le prescrit constitutionnel de l'inventivité des idéologies racistes – ce qu'on peut vouloir éviter – une telle lecture risquerait, à notre sens, un effet contre-productif par rapport à l'objectif poursuivi.

⁵⁷ Cette expression empruntée à Jean-François Flauss («L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme», *R.U.D.H.*, 1992, p. 464) est aujourd'hui utilisée par une grande partie de la doctrine.

Pour rappel, l'article 17 dispose que: «aucune de (ses) dispositions *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* (y) reconnus [...]» (nous soulignons).

Dans les propres mots de la Cour, «la question déterminante sur le terrain de l'article 17 est de savoir si les propos du requérant *avaient pour but d'attiser la haine ou la violence*»⁵⁸ (§ 31). Jugeant que c'était apparemment le cas des vidéos de Fouad Belkacem – qui cherchaient selon elle «à faire haïr, à discriminer et à être violent à l'égard de toutes les personnes qui ne sont pas de confession musulmane», la Cour constate qu'«une attaque aussi générale et véhémente est en *contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention*» (§ 33 *in fine* – nous soulignons) et est «*contraire [...] à l'esprit de la Convention*» (§ 36 – nous soulignons), ce qui l'autorise enfin à dire pour droit qu'«en conséquence, en vertu de l'article 17 de la Convention, le requérant *ne peut bénéficier de la protection de l'article 10*» (§ 37 – nous soulignons).

Ces différentes formules de la Cour dans la décision *Belkacem c. Belgique*, et les conséquences juridiques radicales qu'elle tire de ses propres constats, sont les témoins d'une méthodologie aujourd'hui bien rodée. Celle-ci est le résultat d'une longue évolution jurisprudentielle, qui a modifié tant les hypothèses d'application que les effets juridiques de l'article 17 de la Convention.

A. *L'article 17 de la Convention et la liberté d'expression*

L'article 17 – désigné par son intitulé comme «interdiction de l'abus de droit» – a été introduit dans la Convention dans un but historique assez évident: éviter l'usage politique des droits y consacrés par des programmes totalitaires projetant de les abolir. Cet objectif d'éviter le «suicide démocratique» des libertés fondamentales ressort tant des travaux préparatoires de la Convention⁵⁹, que de ses versions allemande et russe notamment⁶⁰, d'une

⁵⁸ Nous soulignons. La Cour reprend cette expression presque mot pour mot de son récent arrêt *Perinçek* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, §§ 114 et 115).

⁵⁹ Rapport de session de l'Assemblée consultative, 19 août 1949, *T.P.*, I, pp. 38-154, pp. 110 et 118.

⁶⁰ Là où les versions française, anglaise, espagnole et italienne utilisent le terme équivoque car peu juridique de «destruction» des droits et libertés, le terme allemand de «*abzuschaffen*» et le terme russe de «*упразднение*» renvoient plus nettement à une notion juridique d'abolition.

doctrine majoritaire⁶¹, d'une analyse de droit international comparé⁶², et de rappels ponctuels de ses-organes de protection⁶³; il s'inscrit dans le courant doctrinal de la «démocratie combative», lequel plaide pour une démocratie capable de se défendre contre ses abuseurs⁶⁴.

L'article 17 repose donc originellement sur une hypothèse «verticale» et «pragmatique»: celle-ci oppose certains groupements de citoyens aux institutions démocratiques, et refuse de fournir aux premiers les outils pour accéder aux secondes, dont ils entendent abuser. La célèbre jurisprudence *Lawless c. Irlande*⁶⁵, qui limitait les effets de l'article 17 aux droits nécessaires à l'exercice démocratique⁶⁶, confirme remarquablement ce *ratio* originel.

Il est évident que la décision rendue contre Fouad Belkacem est relativement décentrée par rapport à ce raisonnement premier. Elle l'est d'abord en raison de la *situation* à laquelle la Cour applique l'article 17: la diffusion de vidéos dans un cadre purement «civil» (sur de banals réseaux de diffusion), contenant des tirades relativement décousues et d'intention floue (bien que haineuse et visiblement vindicative), apparemment détachées de tout programme concret (et donc, *a fortiori*, de la prétention d'abolir certaines libertés par voie politique)⁶⁷. Elle l'est ensuite en raison du *critère principal d'applicabilité* de l'ar-

⁶¹ Voy. parmi beaucoup d'autres W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 611-612; B. RAINEY, E. WICKS et C. OVEY, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 123; S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?», *cette Revue*, 2001, p. 541. Voy. aussi, particulièrement insistants sur ce point, A. SPIELMANN, «La Convention européenne et l'abus de droit», in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 682, et Fr. TULKENS, «La liberté d'expression et le discours de haine», *Rev. dr. ULg*, 2015/3, p. 484.

⁶² Pour cet exercice, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?», in H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et Fr. Tulkens (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 159.

⁶³ Voy. Comm. eur. dr. h., décision *Parti communiste (KPD) c. Allemagne*, 20 juillet 1957, p. 222 et les rappels de la Cour, parmi beaucoup d'autres, dans l'arrêt *Paksas c. Lettonie* (Gde Ch., 6 janvier 2011, § 87) et dans les décisions *W.P. e.a. c. Pologne*, préc.; *Norwood c. Royaume-Uni*, préc.; et *Hizb Ut-Tahrir c. Allemagne* (Cour eur. dr. h., 12 juin 2012, § 72).

⁶⁴ J. VELAERS, «Quelques réflexions sur la démocratie combative en droit public belge», in H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et Fr. Tulkens (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté*, op. cit., p. 321.

⁶⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Lawless c. Irlande n° 3*, 1^{er} juillet 1961, série A, n° 3, p. 45; Comm. eur. dr. h., rapport *Lawless c. Irlande*, 19 décembre 1959, p. 180.

⁶⁶ Le rapport de la Commission citait en effet les droits à la liberté d'opinion, à la liberté de presse, à la liberté de réunion ou d'association (rapport *Lawless c. Irlande*, préc., p. 180).

⁶⁷ Ce point sera nuancé *infra*. Aucun lien entre ces propos et une formation politique n'est en tout cas mis en exergue par la Cour dans sa motivation.

ticle 17 : l'intention d'*attiser la haine* à l'égard d'un groupe déterminé. Elle l'est enfin par le *registre* dans lequel s'inscrit la motivation de la Cour : une sémantique idéologique, qui remplace par les notions de « valeurs » et d'« esprit » de la Convention celle de « destruction/abolition des droits y consacrés ».

Il faut revenir sur la naissance de cette construction jurisprudentielle pour comprendre l'émergence (et l'essentialisation progressive) de la question de l'intention haineuse des propos dans le contrôle placé sous l'article 17. Il est intéressant de noter que le négationnisme, en tant qu'il est indissociable de l'idéologie nazie, a formé le pont entre la lecture « politique » première de l'article 17, et son extension ultérieure aux discours de haine de tous acabits.

C'est l'ancienne Commission qui a initié cette évolution, en considérant dans sa décision *Kühnen c. Allemagne* que l'article 17 s'opposait à un usage des libertés conventionnelles aux fins de restaurer *l'idéologie politique* national-socialiste, car ces activités seraient dès lors « contraires au texte et à l'esprit de la Convention »⁶⁸. À ce stade, cette référence était un argument surabondant, s'ajoutant au constat de *nécessité dans une société démocratique* (application *indirecte*, liée à une limitation étudiée sous un autre article de la Convention) de mesures prises à l'encontre de projets *politiques* totalitaires (application *restrictive*, cantonnée dans son hypothèse politique originelle).

La jurisprudence ultérieure a doublement extrait cette formule-satellite de son orbite.

La contradiction à « l'esprit de la Convention » est d'abord devenue *critère principal d'applicabilité de l'article 17* (détaché du projet politique d'abolition des libertés sous-tendu – application *extensive*) dans une série d'affaires liées au négationnisme étudiées par l'ancienne Commission⁶⁹, puis s'est dotée d'*effets juridiques indépendants* (détachés des articles 10 et 11 – application *directe*, déjà usitée mais dans d'autres contextes⁷⁰) dans le même type d'affaires étudiées par la Cour⁷¹.

⁶⁸ Comm. eur. dr. h., *Kühnen c. Allemagne*, préc.

⁶⁹ Voy. les multiples exemples jurisprudentiels mentionnés par H. CANNIE et D. VOORHOOF, « The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, vol. 29/1, pp. 59-60.

⁷⁰ Voy. notamment décision *Parti communiste (KPD) c. Allemagne*, préc., p. 222.

⁷¹ Voy. H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, pp. 59-60 et jurisprudence de la Cour citée.

Le lien – à l'origine clair, dans cette jurisprudence précise également⁷² – entre discours négationniste et projet politique liberticide s'est peu à peu distendu, et l'article 17 a commencé à être mobilisé par les organes conventionnels à l'encontre de tout discours de haine, considéré *en soi* comme «contraire aux valeurs qui sous-tendent la Convention»⁷³, et dès lors passible de déchéance plus ou moins radicale des droits conventionnels⁷⁴. Cette dernière modalité d'application, aboutissement de cet étiolement progressif du lien entre discours de haine et programme politique anticonventionnel, a fini par inscrire les activités susceptibles de déchéance conventionnelle dans une horizontalité parfaite.

C'est dans la filiation de cette application *directe, extensive* et *horizontale* de l'article 17 que s'inscrit la décision *Belkacem c. Belgique*.

Celle-ci – on l'a vu – en ratifie remarquablement les enseignements: l'intention haineuse ou violente des propos – dès lors du moins qu'elle s'analyse comme une «attaque générale et véhémence»⁷⁵ (§ 33) – épuise aujourd'hui la question de l'applicabilité de l'article 17, et justifie une contraction du champ d'application de l'article 10 de la Convention. L'exclusion des propos ainsi tenus est justifiée par leur contradiction à l'esprit de la Convention, ou aux valeurs qui la sous-tendent.

⁷² *Ibid.*, pp. 59 et 80 et références citées; M. OETHEIMER, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *cette Revue*, 2001, p. 68.

⁷³ Dans de nombreux cas, la Cour a maintenu la précision que cette contradiction aux valeurs qui sous-tendent la Convention «contribuerait à détruire les droits et libertés y consacrés», dans une version allégée de ses décisions originaires *Glimmerveen and Hagenbeek c. Pays-Bas* et *Kühnen c. Allemagne*, préc. (voy. Cour eur. dr. h., décisions *Garaudy c. France*, 24 juin 2003; *Witzsch c. Allemagne* (n° 2), 13 décembre 2005; *M'Bala M'Bala c. France*, 20 octobre 2015). Ce rattachement formel de la contradiction aux valeurs par rapport à la destruction des droits est abandonné dans la décision commentée.

⁷⁴ Les affaires *Lehideux et Isorni c. France* (Gde Ch., arrêt du 23 septembre 1998) et *Witzsch c. Allemagne* (n° 1) (décision du 20 avril 1999) ont encore fait l'objet d'une application «indirecte» de l'article 17 – la seconde par l'effet de l'exclusion réservée aux requêtes manifestement infondées. Toutes les autres affaires citées par la Cour dans le § 34 de la décision commentée ont mené à une application directe (suggérée par la Cour une première fois dans son arrêt précité *Jersild c. Danemark*, § 35, puis appliquée de manière régulière).

⁷⁵ Cette expression tend à se généraliser dans les récentes décisions de la Cour prises en vertu de l'article 17, notamment ses décisions *Pavel Ivanov c. Russie* et *Norwood c. Royaume-Uni* précitées, toutes deux des hypothèses d'application de l'article 17 similaires à la décision commentée.

B. Progrès et impasses du recours direct et horizontal à l'article 17

Dès ses débuts, la jurisprudence de la Cour fondée sur l'article 17 a subi le contrôle sévère de la doctrine. Des motifs récurrents de critiques se sont peu à peu dégagés.

Un de ces motifs est le caractère incertain, voire aléatoire, de ces applications⁷⁶. Incertitude quant aux conditions d'application, incertitude quant aux effets, inconstance des organes conventionnels: le juge Spielman a ainsi pu écrire de l'article 17 qu'il érigeait un régime juridique «à géométrie variable»⁷⁷, tandis que le juge Silvis a récemment rappelé que la Cour «a dans sa panoplie plus d'un outil, dont elle peut se servir si besoin est dans tel ou tel cas d'espèce»⁷⁸. Moins conciliante, une certaine doctrine a été jusqu'à souhaiter que cette dernière arrête définitivement d'y avoir recours⁷⁹, à tout le moins comme cause d'irrecevabilité⁸⁰.

Concernant ce premier motif de critiques, il faut reconnaître, avec Mario Oetheimer⁸¹, les progrès de la Cour pour rendre plus cohérents ses usages de l'article 17, au moins en ce qui concerne son application aux discours de haine.

Selon Oetheimer, alors que l'article 17 ne s'applique que dans les cas de racisme, xénophobie et négationnisme les plus extrêmes – c'est-à-dire où il est clair que les propos sont totalement dépourvus d'intérêt polémique ou informationnel – et donne lieu en ce cas à l'irrecevabilité de la requête pour incompatibilité *ratione materiae* avec la Convention sur la base des articles 17 et 35, § 3, de la Convention⁸², tout doute quant à un possible intérêt du discours liti-

⁷⁶ R. DE GOUTTES, «À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme», in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 258; A. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 683; W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 611; H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 77; S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?», *op. cit.*, pp. 180 à 190 et sources renseignées.

⁷⁷ A. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 682.

⁷⁸ Opinion dissidente additionnelle du juge Silvis, à laquelle se sont ralliés les juges Casadevall, Berro et Küris, à l'arrêt précité *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015.

⁷⁹ D. VOORHOOF, «“Hate speech”, radicalisering en het recht op expressievrijheid. Waarom artikel 17 EVRM (misbruikclausule) geen revival verdient», *A. & M.*, 2016, pp. 9 à 11. *Contra*: S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?», *op. cit.*, pp. 196-197.

⁸⁰ H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 83; J.A. FROWEIN, «How to save democracy from itself?», *The H. Gilman International Colloquium on democracy*, (26), *Israel Yearbook on Human Rights*, 1996, p. 36.

⁸¹ M. OETHEIMER, *op. cit.*, pp. 64 à 80.

⁸² *Ibid.*, pp. 66 à 70.

gieux pour le débat public place l'examen de la Cour sous l'égide de l'article 10, donnant lieu selon le cas à un constat au fond de violation ou de non-violation, ou à une décision d'irrecevabilité opposée aux requêtes manifestement non fondées⁸³.

La décision ici commentée n'infirme pas cette hypothèse d'Oetheimer. Au contraire, l'essentialisation particulièrement évidente du critère de l'intention haineuse (explicitement allié à un certain seuil de gravité et de généralité), pourrait bien constituer un pas de plus dans ce (salutaire) mouvement d'harmonisation jurisprudentielle⁸⁴.

Pour louable que soit ce progrès, il n'épuisera pas pour autant les préoccupations de la doctrine, ni ne résoudra toutes les impasses qui ençoignent la jurisprudence relative à l'article 17. Nous en aborderons trois.

1. Les « ambiguïtés résiduelles » des lectures horizontales de l'article 17

Si le recours à une conception *horizontale* de la destruction des droits et libertés (entre particuliers), éventuellement couplée à une condition d'intensité-généralité, a aujourd'hui acquis un ancrage ferme dans la jurisprudence strasbourgeoise, il n'en laisse pas moins persister une ambivalence dans le chef de certains éléments de *verticalité* (entre particuliers et État) présentés par les situations examinées.

Ainsi, si le cas de Fouad Belkacem semble si *apolitique*, c'est parce que la Cour le lit comme tel, cantonnant volontairement son examen dans les questions de haine et de violence. Une autre lecture, plus en accord avec l'économie originelle de l'article 17, aurait pu être faite du même cas. Divers « éléments politiques », alors qu'on aurait autrefois pu les penser décisifs pour l'applicabilité de l'article 17 (ou pour l'examen de proportionnalité à l'aune de l'article 10), sont paradoxalement laissés sans conséquence claire par la Cour dans son examen des « discours de haine ».

Il peut ainsi passer pour surprenant, dans la décision commentée, de ne voir mentionnée nulle part la circonstance que l'organisation *Sharia4Belgium*, dont Fouad Belkacem était le *leader*, avait de claires ambitions politiques, incompa-

⁸³ *Ibid.*, pp. 70 à 80.

⁸⁴ Cette conjecture concorde par ailleurs avec le constat que la Cour a été plus retenue dans ses usages de l'article 17 ces dernières années (D. VOORHOOF, *op. cit.*, pp. 14-15; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? », *op. cit.*, pp. 562 à 566) et que la plupart des affaires ont justement été rendues relativement à des discours de haine.

tibles avec la démocratie et supposant l'abolition de plusieurs droits conventionnels⁸⁵. Pas plus la Cour ne prend-elle appui sur les ambitions réelles de prise de pouvoir des groupes dont Fouad Belkacem relaie l'éloge dans les vidéos litigieuses⁸⁶.

Le phénomène n'est pas nouveau, ni réservé aux groupements fondamentalistes : ainsi trouve-t-on, dans deux décisions d'irrecevabilité auxquelles la décision commentée fait référence (§ 32), que le requérant était candidat ou responsable politique, sans que la Cour n'indique *si et en quoi* elle prend ces éléments en considération dans son raisonnement relatif à l'article 17⁸⁷.

De retour dans la décision *Belkacem c. Belgique*, pareille négligence des paramètres politiques sous l'article 17 se retrouve également dans la référence aux prêches de Fouad Belkacem en faveur de la *charia* (au cœur du projet de son réseau *Sharia4Belgium*). S'appuyant sur ses arrêts *Refah Partisi* et *Gündüz c. Turquie*, la Cour réitère à ce sujet un raisonnement connu : d'une part, une défense de la *charia qui appelle à la violence pour l'instaurer* peut être considérée comme « discours de haine », comme c'est le cas des propos Fouad Belkacem ; d'autre part, les États peuvent « prendre des mesures » à l'égard de « mouvements politiques basés sur un fondamentalisme religieux » (§ 34).

Si cette réflexion en deux temps par la Cour ne manque pas de finesse et fait l'économie salubre d'une stigmatisation de la *charia* en des termes absolus, elle fait subir à l'article 17 et ses composantes politiques une gymnastique qui frôle le contorsionnisme⁸⁸. Appliquée rigoureusement, cette réflexion repose,

⁸⁵ Une mention nominale de *Sharia4Belgium* est faite (§ 3), sans aucune explication.

⁸⁶ Tout au plus est-il fait état, dans les circonstances de l'espèce, à la propagande de Fouad Belkacem en faveur du groupement islamiste « Salafiyya jihadiyya », appelant à la prise de pouvoir armée dans les pays supposés islamiques (§ 7).

⁸⁷ Dans *Norwood c. Royaume-Uni* (préc.), le requérant était un responsable régional du parti d'extrême droite British National Party. Ce fait y est uniquement cité dans les circonstances de l'espèce. Dans *M'Bala M'Bala c. France* (préc.), par contre, la Cour commence par insister longuement sur la circonstance que le requérant (un humoriste bien connu) s'est porté candidat à plusieurs élections et côtoie des milieux politiques d'extrême droite (§ 37), mais conclut sans indiquer en quoi les éléments politiques soulevés influent sur son raisonnement (§§ 39 à 41). À la place, elle insiste sur le préambule et les valeurs de justice et de paix qui y sont proclamées (§ 39) ainsi que sur l'esprit de la Convention (§ 41), dans des termes fort similaires à ceux de la décision commentée. Dans *W.P. e.a. c. Pologne* enfin (précitée, également citée par la Cour dans la décision commentée), l'association litigieuse poursuit le but affiché d'influer sur les pratiques de l'administration via l'affiliation de fonctionnaires.

⁸⁸ Hannes Cannie et Dirk Voorhoof soulignent et déplorent l'incohérence de cette analyse en deux temps avec l'approche générale des doctrines antidémocratiques à l'aune de l'article 17 (*op. cit.*, p. 76).

en vertu des arrêts auxquels elle renvoie, sur un *distinguo* paradoxal : la seule refonte pacifique de la charia en un programme politique (conduisant le cas échéant à l'abolition de certains droits et libertés conventionnels par voie démocratique) peut faire l'objet de « mesures » par les États, mais ces mesures devront être traitées comme des limitations classiques aux droits conventionnels (art. 10 et 11, § 2) comme l'a notamment été la dissolution du parti *Refah* en Turquie⁸⁹ ; à l'opposé, l'appel à un usage de la *violence* pour instaurer la charia conférerait à cet appel (fondu ou non dans un programme politique) la qualification de discours de haine, et serait ainsi l'élément déterminant pour faire basculer l'analyse sous l'empire de l'abus de droit (art. 17)⁹⁰.

Nonobstant les incertitudes que laisse subsister la motivation de la Cour⁹¹, la focale résolument pointée sur le critère de la violence pour étudier les projets d'instauration de la charia à l'aune de l'article 17 (plutôt que sur ses rapports ambigus aux droits et libertés conventionnels), de même que pour analyser le contenu du discours et le niveau de protection des droits conventionnels de Fouad Belkacem, est typique de l'évolution commentée. Elle s'inscrit dans la continuité d'une lecture disjoignant le projet institutionnel d'abolition des droits conventionnels vis-à-vis des différentes figures du discours de haine, et conférant à ces dernières un statut autonome sous l'article 17. Ce statut autonome, fondé sur l'« esprit de la Convention » et les « valeurs qui la sous-tendent » et suffisant pour déclencher l'effet guillotine de l'article 17, semble même y avoir acquis un *caractère prioritaire* par rapport aux anciennes préoccupations « institutionnelles » de l'article 17.

Celles-ci sont généralement omises, ou vouées à de simples mentions ambiguës et laissées sans conséquences claires, témoins d'un ancien paradigme aujourd'hui remplacé.

⁸⁹ La Cour renvoie expressément à cet arrêt dans la décision commentée : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) e.a. c. Turquie*, 13 février 2003. Voy. aussi Cour eur. dr. h., décision *Kalifaatstaat c. Allemagne*, 11 décembre 2006.

⁹⁰ La Cour retourne ainsi le constat de son arrêt *Gündüz c. Turquie* (4 décembre 2003, § 51). Son raisonnement dans ce second arrêt confirme par ailleurs son analyse dans le premier, en référant au contexte de *réelles possibilités d'élection* du parti de la prospérité (comme élément de son examen de proportionnalité, et non comme critère d'activation de l'article 17). Comp. Cour eur. dr. h., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, 14 mars 2013.

⁹¹ Il reste difficile de tirer des conclusions fermes sur ces points, l'imbrication de la référence à la charia dans le raisonnement de la décision *Belkacem c. Belgique* étant tout sauf évidente, faite sous la forme d'un rappel de la jurisprudence, en des termes généraux et sans conclusion claire quant à leur incidence en l'espèce.

2. La proportionnalité des mesures étatiques

Une seconde objection est souvent tirée contre l'effet guillotine de l'article 17 de l'absence totale de test de proportionnalité qui caractérise sa mise en œuvre⁹². Il est vrai qu'en dépit d'une prise de position isolée de l'ancienne Commission⁹³, aucune exigence de proportionnalité n'a jamais été couplée à la déchéance pure et simple des droits conventionnels. Hormis les cas cités où l'examen de l'article 17 est lié à l'analyse du fond⁹⁴, le verdict d'irrecevabilité tombe théoriquement avant même qu'il ne soit question de proportionnalité.

La question est d'importance lorsqu'on considère, avec Hannes Cannie et Dirk Voorhoof, que la sévérité de la sanction (dont la durée de l'emprisonnement) est régulièrement le seul argument faisant basculer la Cour vers un constat de violation lorsqu'elle examine des discours «borderline» à l'aune des articles 10 et 11⁹⁵.

D'un point de vue réaliste, on peut certes répondre à ces préoccupations que – précisément en vertu du caractère protéiforme des applications de cet article –, le choix quasi discrétionnaire de la Cour d'opter pour un constat d'irrecevabilité résultera vraisemblablement *toujours* d'un examen implicite *prima facie* des mesures étatiques critiquées, comprenant l'évaluation de leur proportionnalité. Cet examen lui permettra de décider de la disposition conventionnelle sous laquelle placer son contrôle et, le cas échéant, d'approfondir son analyse de la proportionnalité sous l'article 10 ou de s'en tenir à l'article 17.

Toujours est-il cependant que cette absence formelle de contrôle de proportionnalité pose d'importants problèmes de motivation, et néglige une opportunité d'adresser aux États un rappel bienvenu des limites imposées par les droits fondamentaux et des raisonnements qu'ils appellent, dont ne les exonèrent certainement pas les craintes d'exacerbation du terrorisme.

Dans la décision commentée, cette question se trouve encore compliquée par la référence – inédite en ces termes et par ailleurs bienvenue – faite à la recommandation n° 97/20 du Comité des ministres sur «le discours de haine»⁹⁶

⁹² Voy. parmi beaucoup d'autres H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 70; S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, «Activism at the admissibility stage: a threat to the subsidiary role of the European Court of Human Rights?», in *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Intersentia, Anvers, 2013, p. 673.

⁹³ Comm. eur. dr. h., *De Becker c. Belgique*, rapport du 8 janvier 1960, B.2., p. 137.

⁹⁴ Voy. *supra*, II, A. et notamment les décisions citées *supra*, note 74.

⁹⁵ Voy. H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, pp. 70 et 71 et les multiples cas référencés.

⁹⁶ Recommandation n° 97/20 du Comité des ministres sur «le discours de haine», adoptée le 30 octobre 1997.

et à la décision-cadre 2008/913/JAI de l'Union européenne précitée sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal⁹⁷. En l'occurrence, la Cour «relève que la législation belge litigieuse telle qu'appliquée en l'espèce semble être conforme» aux instruments précités (§ 35)⁹⁸, considérant apparemment cette conformité comme un argument supplémentaire en faveur de l'application de l'article 17. Si cette allusion est techniquement problématique, c'est précisément parce que chacun de ces deux instruments repose sur des exigences essentielles de proportionnalité des mesures vis-à-vis du but visé⁹⁹.

Faut-il voir dans cette référence fugace un signe supplémentaire que la Cour se livre effectivement à un examen *prima facie* de la proportionnalité? Ou estimer que l'apparence de conformité n'englobe pas un tel examen, devenant dès lors à ce point superficielle qu'on peut douter qu'elle ait la moindre consistance? En l'état, rien ne permet de trancher dans l'un ou l'autre sens.

3. La relativité idéologique des usages de l'article 17

On a souligné le rôle qu'a joué le négationnisme dans l'évolution des utilisations de l'article 17 de la Convention, avant son basculement vers une déchéance générale des discours de haine. Il n'a pas échappé à la doctrine que, sous l'ample qualification d'«incompatibilité avec les valeurs de justice et de paix qui sous-tendent la Convention», cette déchéance est ainsi longtemps restée cantonnée à la négation du génocide national-socialiste allemand¹⁰⁰. Jusqu'au sein de la Cour, on a récemment déploré ce cloisonnement¹⁰¹.

Dans un tel contexte, on peut en tout cas souligner – et se féliciter – que la Cour avait cessé, dès sa décision *Norwood*¹⁰², de limiter à ces cas de figure précis le bénéfice d'une figure juridique privilégiée, et qu'elle confirme à présent, avec

⁹⁷ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *J.O.U.E.*, n° L 328 du 6 décembre 2008, p. 55.

⁹⁸ Ce libellé doit être lu en combinaison avec les paragraphes 10, 20, 23 et 25 de la décision.

⁹⁹ Voy. principe 5 de la Recommandation n° 97/20, préc.; art. 3 de la décision-cadre 2008/913/JAI, préc.

¹⁰⁰ H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹⁰¹ Voy. l'opinion dissidente additionnelle du juge Silvis, à laquelle se sont ralliés les juges Casadevall, Berro et Küris, à l'arrêt précité *Perinçek c. Suisse*.

¹⁰² Cour eur. dr. h., *Norwood c. Royaume-Uni*, préc.

la décision *Belkacem c. Belgique*, qu'elle traite à l'identique l'islamophobie¹⁰³ et l'islamisme radical¹⁰⁴.

La Cour met d'ailleurs en exergue cette diversification dans la décision *Belkacem c. Belgique*, lorsqu'elle dresse, à des fins apparemment pédagogiques, une liste des différentes situations dans lesquelles elle avait fait jouer l'«effet guillotine» de l'article 17 (§ 32). La *black list* des «intolérables intolérants», auxquels la Convention refuse sa protection, s'allonge donc, et gagne peu à peu en généralité. Qu'en penser?

D'un côté, il est vrai que la jurisprudence de la Cour relative aux discours de haine sort renforcée de toute diversification de ses applications thématiques; par ce biais, en effet, les éventuelles accusations de parti pris idéologique perdent en consistance.

D'un autre côté, cependant, même la plus extrême diversification n'épuisera pas les trop vagues énoncés des «valeurs qui sous-tendent la Convention» auxquelles il est conféré une portée normative si radicale, au prix d'une relative insécurité juridique. Tant qu'elle en usera, la Cour risquera de prêter le flanc, en optant pour telle ou telle base légale, à de funestes suspicions de gradation des génocides¹⁰⁵, de «discrimination des discriminations»¹⁰⁶, ou de traitements différentiels des États du Conseil de l'Europe, voire d'une inversion progressive des rapports règle-exception de la liberté d'expression, au profit d'un discours «*mainstream liberal*»¹⁰⁷ positivement défini plutôt que négativement délimité.

Même d'un point de vue purement conceptuel, le postulat d'universalité de la Convention ne pourra à notre sens toujours que *souffrir*, et non se renforcer, de telles exclusions thématiques – risquant d'offrir à ses détracteurs les plus tenaces, souvent friands de luttes binaires et de grands complots, un témoin tout trouvé de cette marginalisation qu'ils prétendent dénoncer.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Outre la décision commentée, voy. *Hizb ut-Tahrir e.a. c. Allemagne*, préc., et *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, préc.

¹⁰⁵ Voy. négation du génocide arménien dans l'arrêt précité *Perinçek c. Suisse* et opinion dissidente précitée du juge Silvis, jointe par les juges Casadevall, Berro et Küris.

¹⁰⁶ Voy. discours homophobe dans l'arrêt *Vejdeland c. Suède* (Cour eur. dr. h., 9 février 2012) et opinion concordante du juge Yudkivska jointe par le juge Villiger.

¹⁰⁷ I. HARE, «Extreme speech under international and regional human rights standards», in I. Hare et J. Weinstein (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 79.

C. *L'(in)utilité du recours à l'article 17 et son remplacement par les clauses limitatives*

On pardonne volontiers à la Cour ses écarts par rapport à l'orthodoxie interprétative, à chaque fois qu'ils apportent un gain substantiel dans la protection des droits fondamentaux. On pourrait sans doute se montrer plus conciliant concernant les décisions d'irrecevabilité fondées sur une lecture extensive de l'article 17 de la Convention, si elles étaient porteuses d'une quelconque plus-value pour le système conventionnel.

D'un point de vue strictement juridique, leur trouver semblable plus-value est une tâche malaisée¹⁰⁸, voire impossible. En effet, toutes les applications de cette construction doctrinale auraient apparemment pu céder la place à un contrôle des limitations classique, aboutissant au même résultat substantiel¹⁰⁹. La fonction qu'assigne la Cour à cet usage extensif de l'article 17 semble appartenir à un autre registre, purement symbolique.

1. Le double emploi de l'article 17 et des clauses de limitation dans les cas «lisses»

La thèse du double emploi, déjà avancée lors des travaux préparatoires de la Convention¹¹⁰ et maintes fois réitérée depuis lors, est simple: nul besoin de refuser à un requérant tout exercice de ses droits conventionnels au nom d'une disposition autonome, dès lors que les seconds paragraphes de certaines dispositions de la Convention permettent déjà aux États de limiter valablement les droits qu'elles consacrent, proportionnellement à des objectifs largement définis¹¹¹.

Ce constat n'a certainement pas empêché les organes strasbourgeois de développer leur lecture de l'article 17, et de répartir ainsi sur un *double régime*

¹⁰⁸ D'aucuns s'y sont essayés malgré les constats de double emploi rapportés ci-après. Voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?», *op. cit.*, p. 179 et références citées.

¹⁰⁹ En ce sens également, A. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 685.

¹¹⁰ Rapport présenté par P.H. Teitgen le 5 septembre 1949, Doc. A 290, T.P., pp. 192-213, p. 201.

¹¹¹ La jurisprudence déjà citée *Lawless c. Irlande* (1^{er} juillet 1961; Comm. eur. dr. h., rapport *Lawless c. Irlande*, préc., n° 332/57) a fait un pas de plus dans cette voie, en circonscrivant les libertés qui pouvaient faire l'objet de la déchéance – précisément celles qui sont également susceptibles de limitation. Pour un commentaire, S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?», *op. cit.*, p. 547.

le traitement des discours de haine à l'aune de la Convention¹¹², avec les difficultés d'articulation qu'on lui connaît¹¹³ : celui de la déchéance de la liberté d'expression des propagateurs de haine, d'une part, celui de leur limitation classique, d'autre part (notamment au nom des droits d'autrui¹¹⁴ ou de l'ordre public et la sécurité nationale¹¹⁵).

Un cas dans lequel ces deux régimes prouveraient une réelle complémentarité positive – c'est-à-dire dans lequel un constat de déchéance aurait produit un effet matériellement différent que ce à quoi aurait abouti un test classique de limitation – reste cependant à trouver.

La décision *Belkacem c. Belgique*, parmi d'autres, donne un argument supplémentaire en faveur de cette thèse du double emploi, la Cour y rappelant que l'article 17 ne s'applique qu'aux cas «les plus extrêmes». Plus que jamais, il semble que tous ces cas exclus par application de l'article 17 l'auraient apparemment *a fortiori* été par application de l'article 10.

2. Le contournement de l'article 17 dans les cas «complexes»

À vrai dire, cette faveur donnée par la Cour aux situations «les plus extrêmes» (par hypothèse les plus évidentes d'un point de vue juridique), ainsi qu'aux critères horizontaux que sont la haine et la violence, est compréhensible. C'est que ceux-ci offrent le luxe de neutraliser certaines tensions inhérentes aux hypothèses d'application de l'article 17, qui rendent son usage particulièrement délicat, voire embarrassant, dans des cas plus complexes.

D'un strict point de vue juridique d'abord, toute application de l'article 17 de la Convention s'inscrit forcément à l'intersection de lignes jurispruden-

¹¹² Pour une comparaison de ces deux régimes appliquée au discours de haine, voy. notamment Fr. TULKENS, *op. cit.*, pp. 478 à 495; M. OETHEIMER, *op. cit.*, pp. 64 à 80; Fr. KRENC, «La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore?», *cette Revue*, 2016, pp. 326 à 335; H. CANNIE et D. VOORHOOF, *op. cit.*, pp. 64 à 72; R. DE GOUTTES, *op. cit.*, pp. 251 à 265.

¹¹³ Voy. *supra*, II, A.

¹¹⁴ Voy. par exemple, concernant le négationnisme, Comm. eur. dr. h., décision *X. c. Allemagne*, 16 juillet 1982; décision *T. c. Belgique*, 14 juillet 1983. Concernant l'apologie de la violence, Cour eur. dr. h., arrêt *Sener c. Turquie*, 18 juillet 2000; arrêt *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000. Concernant le racisme, Cour eur. dr. h., arrêt *Féret c. Belgique*, 17 juillet 2009; arrêt *Soulas e.a. c. France*, 10 juillet 2008.

¹¹⁵ Voy. par exemple, concernant le racisme, arrêt précité *Féret c. Belgique*. Concernant l'apologie du terrorisme, Comm. eur. dr. h., décision *Kern c. Allemagne*, 29 mai 2007; Cour eur. dr. h., arrêt *Leroy c. France*, 2 octobre 2008. Concernant la charia et la violence pour l'imposer, décision précitée *Kalifaatstaat c. Allemagne*.

tielles opposées. D'un côté, l'hypothèse d'application de l'article 17 inclut forcément un élément politique de destruction collective des droits (un pouvoir causal liberticide, lui-même défini de manière plus ou moins verticale ou horizontale¹¹⁶); d'un autre côté, les articles 10 et 11 protègent, de jurisprudence constante, les discours et associations à *dimension politique* avec une intensité accrue¹¹⁷, elle-même renforcée par plusieurs variables¹¹⁸. La radicalité de la déchéance déduite de l'article 17 doit donc se combiner avec le niveau de protection élevé dont jouissent par hypothèse ses situations destinataires.

D'un point de vue casuistique ensuite, cette tension est également palpable : l'article 17 fournit un cadre conceptuel tout à fait insuffisant pour traiter de relations préoccupantes entre pouvoir central et opposition politique, auxquelles il est pourtant par hypothèse susceptible de s'appliquer. Ceci explique que, en même temps que des cas de discours de haine de plus en plus « civils » ou « apolitiques » entraient dans le champ d'application de l'article 17, les cas les plus « politiques » ou « institutionnels » étaient de moins en moins étudiés à l'aune de cet article, la Cour préférant pour ces cas une étude minutieuse des ingérences à l'aune des articles 10 et 11 de la Convention exclusivement¹¹⁹.

3. L'effet « pléonasme » de l'article 17 et son usage symbolique

Les tendances jurisprudentielles appliquant l'article 17 convergent donc pour lui ôter toute utilité juridique, aucun de ses effets n'étant hors de portée de la mise en œuvre d'autres dispositifs de limitation de droits et libertés.

À cette inutilité en droit, on doit, à notre estime, faire correspondre une fonction aujourd'hui *exclusivement symbolique*. Les usages à présent installés de l'article 17, dont la décision prononcée à l'égard de Fouad Belkacem est un

¹¹⁶ Voy. *supra*, II, A. et B. (1).

¹¹⁷ Voy. M. OETHEIMER, *op. cit.*, p. 64. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Sürek c. Turquie* (n° 1), 8 juillet 1999, §§ 58 à 61 ; arrêt *Erbakan c. Turquie*, 6 juillet 2006, §§ 62 à 70.

¹¹⁸ Ce renforcement de la liberté d'expression vaut pour les journalistes s'exprimant sur un sujet polémique, mais aussi – plus récemment – pour toutes les personnes qui endossent un rôle ponctuel similaire (Cour eur. dr. h., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, § 95).

¹¹⁹ On doit ici citer plusieurs cas de dissolution de partis impliquant la Turquie, à l'occasion desquels la Cour a systématiquement rejeté les prétentions de l'État sous l'article 17 et étudié le cas à la lumière des articles 10 et 11 de la Convention, concluant à leur violation. Parmi d'autres, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie e.a. c. Turquie*, 30 janvier 1998 ; Gde Ch., *Parti socialiste e.a. c. Turquie*, 25 mai 1998 ; Gde Ch., *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*, 8 décembre 1999. Voy. également arrêt et décision précités *Refah Partisi c. Turquie* et *Kalifaatstaat c. Turquie* ; plus récent, Cour eur. dr. h., arrêt *Vajnai c. Hongrie*, 9 juillet 2013 ; décision *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas*, 10 juillet 2012.

exemple parfait, font de son application formelle par la Cour une *sanction en soi*.

Dans sa version allégée, il sera cité à titre surabondant dans un constat de non-violation¹²⁰. Dans sa version radicale (le bien nommé «effet guillotine»), il prendra la forme d'un infamant refus de prétoire adressé aux «ennemis de la Convention». L'affaiblissement du contradictoire, la simplification de la procédure et l'appauvrissement de la motivation qui le caractérisent¹²¹ *s'ajoutent* au rejet des griefs sous la Convention qui aurait normalement été décidé. Ils ne *modifient pas* sur le fond le résultat de l'examen de conventionnalité, mais en amplifient symboliquement les conclusions, et en diminuent à dessein certaines exigences formelles. De «rempart contre les totalitarismes» supposé, l'article 17 est ainsi peu à peu devenu le siège d'un «militantisme doux» de la Cour, s'exprimant en son nom contre la haine.

*

* *

On a voulu montrer ici que la décision *Belkacem c. Belgique* s'inscrivait dans un mouvement bien installé de rabattage progressif de la clause de déchéance de l'article 17 à la question des discours de haine et d'abandon corrélatif de ce fondement juridique pour examiner des situations institutionnelles complexes. On a vu que cette décision témoignait également de la priorité donnée à cette doctrine du discours de haine sur celle des enjeux institutionnels lorsque la situation se trouve dans une zone grise entre les deux¹²². Hors l'appel à la haine clairement identifié, on a encore constaté que l'approche classique des clauses

¹²⁰ Outre les nombreuses utilisations de l'article 17 par la Commission à titre interprétatif, de telles décisions continuent d'être prononcées sans y référer pour des cas pourtant pertinents (voy., parmi beaucoup d'autres, décision précitée *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas*; voy. également Cour eur. dr. h., décision *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001 et son commentaire critique par S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *op. cit.*, pp. 668 à 670).

¹²¹ Ces constats caractérisent toute décision d'irrecevabilité – et certainement la décision commentée. Selon H. CANNIE et D. VOORHOOF (*op. cit.*, pp. 68 à 70), ces effets sont globalement amplifiés dans le cas des décisions fondées sur l'article 17. *A contrario*, voy. l'opinion dissidente additionnelle du juge Silvis, à laquelle se sont ralliés les juges Casadevall, Berro et Küris, à l'arrêt précité *Perinçek c. Suisse*.

¹²² Voy. *supra* et notamment, outre la décision commentée *Belkacem c. Belgique*, les décisions précitées *Hizb Ut-Tahrir c. Allemagne* et *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* (moyennant quelques nuances) ainsi que tous les développements ci-dessus concernant la charia. Voy. également les décisions précitées *Norwood c. Royaume-Uni*, *M'Bala M'Bala c. France* et *W.P. e.a. c. Pologne* et commentaires (*supra*, note 87).

limitatives était de plus en plus privilégiée¹²³. Il semble s'agir là de la ligne jurisprudentielle prudente que la Cour a globalement adoptée concernant les prétentions politiques des fondamentalismes (dont l'Islam radical¹²⁴).

Dans tous les cas, a-t-on ajouté, la mise en œuvre de l'article 17 n'a pas d'influence – et encore moins de nécessité – dans l'issue de fond de l'examen conventionnel, mais fait plutôt office de réprimande symbolique adressée aux «ennemis des valeurs de la Convention» qui ont tenté de l'utiliser pour soutenir leurs prises de position haineuses.

Cet emploi continue de soulever différentes questions. Est-ce là un ton qui convient à la Cour? L'approche est-elle pertinente dans le contexte des haines communautaires? Enfin, les avantages qui en résulteraient – à considérer qu'il y en ait – l'emportent-ils sur les éventuels inconvénients corrélatifs? Une réponse négative à l'une de ces questions devrait suffire à justifier un abandon plus ou moins étendu des références à l'article 17, au bénéfice des raisonnements classiques institués par les clauses limitatives.

On peut déjà répondre, à propos du cas particulier de l'«effet guillotine» (l'application directe et exclusive de l'article 17 comme cause d'irrecevabilité, telle que celle qui a valu à Fouad Belkacem le rejet de ses griefs), qu'on doute sérieusement qu'un tel mécanisme mérite de conserver sa place dans les décisions de la Cour – au moins en ce qui concerne les discours de haine.

On comprend la préoccupation de la Cour, et le message fort qu'elle veut adresser aux idéologues haineux qui la sollicitent, ainsi qu'aux communautés qu'ils offensent. On doute simplement de l'efficacité de ce message, et de la pertinence de son emballage juridique. On regrette aussi et surtout les sérieux problèmes conceptuels qu'il continue de poser, les carences récurrentes de motivation dont il s'accompagne, le flou durable qu'il laisse quant à l'étendue de l'examen de la Cour et à la marge de manœuvre laissée aux États. Ces différentes caractéristiques le font desservir, à notre estime, certes modérément mais sans justification solide, l'aura de rigueur dont la Cour a su entourer ses décisions, et l'harmonie de sa jurisprudence relative aux limitations de la liberté d'expression.

¹²³ Pour un exemple récent, voy. la décision précitée *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas*.

¹²⁴ Voy. en particulier les décisions précitées *Hizb Ut-Tahrir c. Allemagne* et *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*. Comp. arrêt précité *Refah Partisi c. Turquie*.

Conclusion

La loi pénale fait usage, par rapport aux discours de haine, d'une symbolique puissante. Nombreuses sont les voix qui se sont élevées pour mettre en cause l'efficacité de cette logique rassurante¹²⁵, laquelle pourrait bien créer plus de martyrs qu'elle ne dissuaderait d'adeptes¹²⁶. Si un changement d'orientation doit advenir, c'est évidemment des législateurs (nationaux et européen) qu'il devra émaner. En attendant, cependant, on peut exiger des juridictions une *précaution*, une *rigueur* et une *sobriété* redoublées.

Une jurisprudence inattaquable, à l'abri de tout soupçon quant à une lecture «à la carte» des garanties fondamentales: voilà ce qu'on peut au moins vouloir opposer à ceux qui se prétendent victimes d'un «système» qu'ils appellent à détester¹²⁷. Aussi toute apparence de traitement spécial (des idéologies haineuses *ou* des populations visées) semble-t-elle devoir être évitée, *a fortiori* si elle n'est pas juridiquement indispensable.

C'est cette préoccupation que l'on souhaiterait voir prise en compte, tant par la Cour de cassation belge dans ses applications futures des exceptions à l'article 150 de la Constitution (que l'on espère plus nombreuses, une fois la notion de presse étendue aux contenus audiovisuels) que par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses applications futures de l'article 17 de la Convention (que l'on espère rarissimes, une fois leur *ratio legis* rétablie).

¹²⁵ Voy. notamment, R. DE GOUTTES, *op. cit.*, p. 264; Fr. TULKENS, *op. cit.*, p. 496; A. SCHAUS, «Le délit de presse raciste», *op. cit.*, p. 753; Fr. KRENC, *op. cit.*, p. 345; J. ENGLEBERT, «La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire: lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit», *op. cit.*, p. 54.

¹²⁶ Voy. à ce sujet le travail massif de J. VRIELINK, *Van Haat Gesproken. Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Anvers, Maklu, 2010, et les références citées p. 466.

¹²⁷ J. VRIELINK, *ibid.*, pp. 486 à 489.