

**Recommandation de
l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (n° 2020/R/001)
concernant le renforcement du cadre législatif et de la politique de poursuite
en matière de discours de haine sexistes et transphobes.**



**INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES**

I. Introduction

L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après : l'Institut) a été créé par la loi du 16 décembre 2002 et a entre autres pour mission de veiller au respect de la législation visant ou favorisant l'égalité de genre et à lutter contre toute forme de discrimination ou d'inégalité fondée sur le sexe et les critères protégés qui y sont assimilés.

En ces qualités, l'Institut est compétent pour formuler des recommandations à l'attention du gouvernement et du parlement en vue d'améliorer la législation et la réglementation.

II. Contexte

a- **Le discours de haine comme restriction de la liberté d'expression**

La liberté d'expression constitue l'une des valeurs de la démocratie et l'un des droits fondamentaux dans notre société démocratique occidentale. Cette liberté est définie dans différents Traités européens et internationaux. Ainsi, l'article 10 (1) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dispose ce qui suit :

« 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 sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

Le droit à la liberté d'expression n'est cependant pas illimité ni absolu. Ainsi, l'article 10 (2) de la CEDH stipule que l'exercice du droit à la liberté d'expression implique également des obligations et des responsabilités. Les États membres peuvent limiter la liberté sur le plan légal ou la soumettre à des conditions lorsque cela s'avère nécessaire au respect des valeurs démocratiques de la société et lorsque cette restriction vise un objectif légitime. Une limitation similaire du droit à la liberté d'expression a été ancrée dans le Pacte international relatif aux droits civiques et politiques¹.

La Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale² a rendu punissables la diffusion d'idées basées sur une supériorité ou une haine raciale et l'incitation à la discrimination ou à la violence à l'égard de personnes d'une couleur de peau, d'une race ou d'une origine ethnique déterminée. Les « opinions punissables » témoignant d'un tel motif ont été considérées comme des restrictions légitimes de la liberté d'expression nécessaires au sein d'une société démocratique. La pénalisation de ces comportements a par la suite également été ancrée dans la 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.

b- **Quels sont les groupes protégés contre les discours de haine ?**

Bien que l'attention dans les instruments juridiques contraignants évoqués soit surtout portée sur la lutte contre les opinions ou comportements incitant à la haine, la discrimination ou la violence fondée sur la race et à la xénophobie, plusieurs recommandations adoptées ces dernières années au niveau européen démontrent que la lutte contre le discours de haine ne s'arrête pas là.

La recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre recommande

¹ Article 17 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civiques et politiques (M.B. 06-071983).

² Article 4 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale (M.B. 11-12-1975).

aux États membres de prendre des mesures appropriées pour combattre toutes les formes de **discours de haine à l'égard des personnes** lesbiennes, gays, bisexuelles et **transgenres** (point B).

Dans l'affaire Vejdeland e.a. contre la Suède (1813/07), la Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'une discrimination basée sur l'orientation sexuelle devrait être prise aussi sérieusement qu'une discrimination basée sur la « race », l'origine ou la couleur de peau et que la limitation de la liberté d'expression prévue à l'article 10 (2) s'appliquait également aux situations impliquant une incitation à la haine ou à la discrimination de personnes hétérosexuelles. La même argumentation pourrait s'appliquer pour la discrimination fondée sur le sexe, le genre, l'identité de genre ou l'expression de genre.

La Commission Européenne contre le Racisme et l'Intolérance (ECRI) a publié en 2015 une Recommandation de politique générale n° 15 sur la lutte contre le discours de haine³, dans laquelle le discours de haine est défini comme :

*« le fait de prôner, de promouvoir ou d'encourager sous quelque forme que ce soit, le dénigrement, la haine ou la diffamation d'une personne ou d'un groupe de personnes ainsi que le harcèlement, l'injure, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation ou la menace envers une personne ou un groupe de personnes et la justification de tous les types précédents d'expression au motif de la race, de la couleur, de l'origine familiale, nationale ou ethnique, de l'âge, du handicap, de la langue, de la religion ou des convictions, **du sexe, du genre, de l'identité de genre**, de l'orientation sexuelle, d'autres caractéristiques personnelles ou de statut. »*

Dans cette recommandation, l'ECRI incite les États membres à **intervenir de manière appropriée et efficace, le cas échéant en droit pénal**, contre le recours public au discours de haine lorsque celui-ci a pour but d'inciter à la violence, l'intimidation ou la discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé, ou lorsque l'on peut s'attendre à ce qu'il ait cet effet.

Le 27 mars 2019, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation CM/Rec(2019)1 sur la prévention et la lutte contre le sexisme.⁴ Dans cette recommandation, le Conseil souligne que les femmes sont affectées principalement et de manière disproportionnée par les discours de haine sexistes et à connotation sexuelle. Les attaques souvent anonymes et en ligne nuisent non seulement à la dignité des femmes mais elles peuvent également les empêcher d'exprimer leur avis ou de participer à des discussions dans des espaces publics ou en ligne. Le Conseil recommande dès lors aux États membres de **lutter contre le discours de haine sexiste de la même manière que contre le discours de haine raciste**, d'adopter une législation **punissant les formes graves de discours de haine sexiste** et permettant d'infliger des **sanctions proportionnelles**.

³ Recommandation de Politique générale n°15 sur la lutte contre le discours de haine, p. 3, <https://rm.coe.int/recommandation-de-politique-generale-n-15-de-l-ecri-sur-la-lutte-contr/16808b5b03>

⁴ https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168093b269.

III. Analyse

a- **Situation légale en Belgique**

En Belgique, il n'y a pas de pénalisation généralisée du « discours de haine ». La rhétorique haineuse peut toutefois être sanctionnée sur la base des lois antidiscrimination et de la Loi Sexisme.

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (**Loi Genre**) interdit toute discrimination basée sur le sexe et assimile une distinction directe fondée sur la grossesse, la maternité, l'identité de genre, l'expression de genre et le changement de sexe à une distinction directe fondée sur le sexe (art. 4, art. 19).

Elle pénalise par ailleurs toute forme d'incitation à la haine, la violence, la discrimination et la ségrégation d'un individu ou d'un groupe de personnes en public sur la base de leur sexe (art. 27). Le discours de haine sexiste peut être punissable en application de cette disposition. Dans la mesure où l'article 27 de la Loi Genre sanctionne également des comportements en dehors du contexte de la discrimination (ou d'une distinction directe fondée sur le sexe), on ignore si les critères assimilés de l'article 4 sont effectivement applicables en ce qui concerne cette pénalisation. **En d'autres termes, on ignore si la Loi Genre pénalise également le discours de haine fondé sur la grossesse, la maternité, l'identité de genre, l'expression de genre et le changement de sexe.**

La loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public (**Loi Sexisme**) pénalise le sexisme. Pour qu'un comportement ou un geste déterminé puisse être considéré comme une forme de sexisme punissable, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies : (1) le comportement ou le geste doit être posé dans un lieu public, (2) le comportement ou le geste doit être adressé à une ou plusieurs personne(s) concrète(s) et identifiable(s), (3) l'auteur du comportement ou du geste doit avoir l'intention d'exprimer son mépris à l'égard d'une personne en raison de son sexe, de considérer une personne comme inférieure en raison de son sexe ou de réduire une personne à sa dimension sexuelle et (4) le comportement ou le geste de la personne doit entraîner une atteinte grave à la dignité de la personne concernée.

Si ces conditions sont remplies, un discours de haine sexiste peut également être sanctionné en droit pénal par le Loi Sexisme. On ignore si le sexisme punissable couvre également les comportements par lesquels une personne est considérée comme inférieure ou méprisée sur la base de son identité ou de son expression de genre. **On ignore donc toujours si un discours de haine transphobe peut être sanctionné sur la base de la Loi Sexisme.**

b- **Opinions punissables « écrites »⁵**

Malgré un souhait explicite aux niveaux européen et international de lutter contre les discours de haine et bien que la Belgique ait adopté une législation visant à pénaliser les formes les plus graves de discours de haine, on peut presque parler d'impunité dans la pratique lorsque le discours de haine se présente sous forme écrite.

Cette impunité remonte à 1831. Au moment de l'indépendance de la Belgique et de l'établissement de la Constitution belge, la préoccupation concernant la liberté de presse et la liberté d'expression occupait une place centrale. Il a été décidé de protéger cette liberté de la presse dans la Constitution et de relever le seuil pour les poursuites en intégrant les **délits de presse** dans le champ de compétences du jury populaire (et donc de la cour d'assises), tout comme la criminalité lourde et des délits politiques. De

⁵ DELBECKE, B., *Waarom drukpersmisdrijven niet meer voor de jury komen*. Nieuw Juridisch Weekblad; 2010; Vol. 9; pp. 807 – 807; VOORHOOF, D., *Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers'*. Juristenkrant 2012, afl. 246, 4.; VERMASSEN, J., *Assisen: rechtspraak in opspraak*. Orde van de dag 2004, afl. 25, 35-45.

cette manière, les acteurs médiatiques étaient mieux protégés contre les poursuites basées sur les opinions qu'ils pouvaient exprimer.

Il n'existe pas de définition légale du délit de presse. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour de Cassation^{6,7} qu'il doit s'agir :

- d'un **avis** ou d'une **opinion punissable**. De simples renseignements ou informations, des illustrations, des dessins et des photos ne constituent pas une opinion. Il n'est pas nécessaire que cette opinion présente une quelconque pertinence ou importance sociale. Tout avis ou toute opinion peut être couvert(e) par la notion de délit de presse, y compris donc des opinions outrageantes ou des jugements de valeur purement personnels.
- L'opinion punissable doit être diffusée **sous forme écrite ou sous forme de texte**. Les simples illustrations ne sont pas considérées comme des délits de presse. Toutefois, lorsque le caractère punissable d'une illustration est lié de façon indissociable au texte qui l'accompagne (qui est nécessaire pour comprendre correctement l'illustration), il peut être question d'un délit de presse.
- Le texte doit **être diffusé** par le biais d'une presse écrite ou d'un procédé similaire. La **diffusion numérique** de l'opinion est également prise en compte. Ceci signifie que les opinions diffusées en ligne en dehors du contexte journalistique peuvent aussi être considérées comme des délits de presse.
- Une **publicité réelle** doit avoir été donnée à l'opinion écrite punissable.

Dans la mesure où un jury populaire est rarement constitué pour juger d'un délit de presse, il est très rare que des poursuites soient entamées. La raison de cette absence de poursuites et de sanction réside principalement dans les lourdes exigences de forme et dans le caractère fastidieux d'une procédure menée devant la cour d'assises. On renonce aussi souvent à des poursuites au pénal dans la mesure où une procédure en assises donnerait une grande notoriété à la publication contestable, ce que l'on souhaite précisément éviter. Par conséquent, la présentation de délits de presse devant la cour est tombée en désuétude depuis longtemps. Il en résulte malheureusement que les discours de haine exprimés par le biais de médias (numériques) et bénéficiant d'une certaine publicité jouissent, dans les faits, d'une immunité pénale.

Il se peut dès lors que l'auteur ne soit pas sanctionné d'une amende et/ou d'un emprisonnement tel que prévu par les lois antidiscrimination ou la Loi Sexisme. On parle actuellement d'une « banalisation » de ces faits punissables qui sont ramenés à la simple responsabilité civile en vertu de l'article 1382 du Code civil.

Il est rare que les formes punissables de discours de haine « écrits » fassent effectivement l'objet de poursuites et leurs auteurs sont rarement sanctionnés, ce qui est très problématique dans la mesure où bon nombre de discours de haine sont diffusés sous forme écrite via Internet ou les réseaux sociaux.

⁶ Voir notamment : Cass. 10 octobre 1887, Pas. 1887, I, 369 ; Cass 17 mars 1890, Pas. 1980, I, 117 ; Cass. 2 mars 1964, Pas. 1964, I, 697 ; Cass. 9 janvier 1973, Pas. 1973, I, 455 ; Cass. 28 juin 2004 ; Cass. 6 mars 2012 P.11.1374.N, AR P.11.0855.N.

⁷ Cass. 6 mars 2012, P.11.1374.N, Arr. Cass. 2012, 558, AM 2012, 253, note D. VOORHOOF.

c- Discours de haine raciste : l'exception qui confirme la règle

Une **modification** a été apportée à la **Constitution** le 7 mai 1999 afin de retirer les **délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie**, à titre d'exception, du domaine de compétence de la cour d'assises.

L'**article 150 de la Constitution** a été adapté comme suit :

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.

Les travaux parlementaires⁸ relatifs à cette modification de la Constitution de 1999 correctionnalisant des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie font référence :

- à l'impunité de fait des délits de presse ;
- à la possibilité de poursuivre effectivement l'objectif de la Loi Racisme de 1981 et de lutter contre les délits de presse racistes ;
- aux dispositions internationales qui résultaient d'une perception politique réclamant la prise d'initiatives positives concernant la pénalisation des discours de haine racistes (et qui ont précisément entraîné l'adoption de la Loi Racisme et de ses dispositions pénales).

La modification de la Constitution a entraîné un glissement de la juridiction compétente, de sorte que les opinions écrites incitant publiquement à la haine, la discrimination ou la violence sur la base de la nationalité, de la « race », de la couleur de peau, de l'origine nationale ou ethnique, sont désormais jugées par le tribunal correctionnel.

Une telle exception n'existe pas lorsqu'une opinion écrite incite publiquement à la haine, la discrimination, la violence ou la ségrégation sur la base du sexe, de la grossesse ou de la maternité, de l'identité de genre ou de l'expression de genre, ou du changement de sexe.

Pourtant, ces motifs de discrimination pourraient être correctionnalisés pour les mêmes raisons que celles qui ont été à la base de la modification de la Constitution en 1999. En effet, en ce qui concerne les délits de presse basés sur le sexe, la grossesse ou la maternité, l'identité de genre ou l'expression de genre, ou le changement de sexe, les considérations suivantes sont tout aussi vraies :

- on constate une impunité de fait, alors que ces opinions sont sanctionnées par la Loi Genre et la Loi Sexisme ;
- une correctionnalisation par le biais d'une modification de l'article 150 de la Constitution permettrait également d'atteindre l'objectif des lois antidiscrimination et de la Loi sexisme consistant à lutter contre les formes de discours de haine diffusées publiquement et donc d'appliquer réellement ces lois ;
- des dispositions internationales traduisent une perception politique visant à étendre la lutte contre les discours de haine à d'autres critères que le racisme et la xénophobie et recommandent aux États membres d'élaborer une politique par laquelle les discours de haine fondés sur d'autres motifs pourraient également être poursuivis et sanctionnés.

De plus, la situation actuelle revient à opérer une distinction entre les formes de délit de presse inspirés par des critères protégés autres que la race et la xénophobie et ceux inspirés par ces deux motifs, sans qu'il existe pour cela une justification légitime. Une telle distinction entre les délits de presse racistes et les autres délits de presse pourrait, en soi, constituer une infraction aux

⁸ Révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Chambre, 98/99., K-1936/2.

principes d'égalité et de non-discrimination prévus aux articles 10 et 11 de la Constitution. Le Conseil d'État a formulé une remarque similaire dans le cadre de la modification de la Constitution de 1999 (voir Pièce Sénat 1-472/4, Avis du Conseil d'État du 29 mai 1998).

La récente recommandation CM/Rec(2019)1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre le sexisme mentionne aussi explicitement que le discours de haine sexiste doit être traité de la même manière que le discours de haine raciste.

IV. Recommandation

L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes recommande

- **de modifier l'article 150 de la Constitution afin de correctionnaliser les délits de presse inspirés par le sexisme et la transphobie**, par analogie avec la correctionnalisation des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie. En effet, de tels délits de presse, à considérer comme une forme de discours de haine, ont déjà été pénalisés par la Loi genre et la Loi Sexisme mais font rarement l'objet de poursuites étant donné qu'ils doivent être soumis à un jury populaire ;
- **de modifier l'article 27 de la Loi Genre** afin de prévoir une **pénalisation explicite de l'incitation à la discrimination, la haine, la violence ou la ségrégation d'une personne ou d'un groupe, en public, sur la base du sexe et des critères qui y sont assimilés**. L'application de cet article permettrait ainsi de lutter également contre les discours de haine à l'égard de personnes transgenres ;
- **de modifier la Loi Sexisme** afin de prévoir une pénalisation explicite du sexisme à l'égard de personnes sur la base de leur identité de genre ou de leur expression de genre.