
Atelier d'experts au sujet de l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale et religieuse Étude pour l'atelier sur l'Europe (9-10 février 2011, Vienne)

Prof. Louis-Léon Christians
Université catholique de Louvain (Belgique)

Termes de références

Le présent rapport a été rédigé à la demande du OHCHR selon des termes de référence fixés en juillet 2010: "Paragraph 134 of the Durban Review Conference Outcome Document, as adopted by the General Assembly, took note of the proposal of the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), in cooperation with regional stakeholders in all parts of the world, to organize in light of the OHCHR Expert Seminar on the links between art. 19 and 20 of the ICCPR a series of expert workshops to attain a better understanding of the legislative patterns, judicial practices and national policies in the different regions of the world with regard to the concept of incitement to hatred, in order to assess the level of implementation of the prohibition of incitement, as stipulated in article 20 of the ICCPR, without prejudice to the mandate of the Ad Hoc Committee on the Complementary Standards."

C'est dans ce cadre que le présent rapport propose une analyse des tendances lourdes des législations, jurisprudences et politiques nationales relatives à la prohibition de l'incitation à la haine, telle qu'organisée en Europe.

Sommaire

Introduction.....	2
Méthodologie	3
1. Typologie.....	3
1.1. Positions régionales	3
1.2. Droits nationaux	5
1.1.1. Les types de libellés	5
1.1.2. La géométrie variable des infractions alternatives	7
2. Enjeux concrets	8
2.1. Risque de métadiscrimination entre incitations à la haine nationale, raciale ou religieuse.....	9
2.1.1. Discrimination selon les critères protégés	9
2.1.2. Discrimination selon les différents points de vue adoptés et le principe de réciprocité émetteur/récepteur.....	10
2.1.3. Risque d'instrumentalisation des infractions d'incitation à la haine	11
2.2. Observations sur l'analyse des jurisprudences nationales: la question de l'effectivité	11
2.3. La mise en œuvre d'analyses approfondies des discours versus la prise en compte des résultats contextuels	12
2.3.1. Le recensement des types d'analyses de discours révèle une prédictibilité extrêmement faible de la qualification d'incitation à la haine.	14
2.3.2. Face à la difficulté de mise en œuvre concrète des approches purement textuelles, les jurisprudences s'engagent assez unanimement sur la nécessité d'une analyse des contextes (auteur, destinataire, cadre, impact social, troubles publics etc.)	16
3. Portées et limites de nouvelles politiques publiques en Europe.....	17
3.1. Laboratoires, expériences, généalogie et géographie des humiliations	18
3.2. Variétés et limites de nouveaux dispositifs expérimentaux	19

Introduction

“Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l’hostilité ou à la violence est interdit par la loi”. La mise en œuvre de l’article 20, al. 2 du Pacte ONU des droits civils et politiques est devenue une des questions majeures du droit international. D’emblée, la lutte contre l’incitation à la haine selon les origines raciales ou nationales a plus aisément fédéré les politiques nationales que la lutte contre la haine religieuse. Au-delà des positions de principes et des affirmations solennelles, une démarche plus réflexive capable de prendre en compte et de stimuler les contextes et dispositifs locaux doit être menée. C’est par une attention nouvelle aux questions concrètes posées par ces contextes et dispositifs que le présent rapport souhaiterait contribuer à une efficience avivée des droits fondamentaux.

La liberté d’expression est reconnue internationalement, notamment à l’article 19 du Pacte, comme un des piliers majeurs des droits fondamentaux et des démocraties. La jurisprudence, notamment européenne, rappelle qu’elle entend précisément protéger des ‘informations’ ou ‘idées’ qui heurtent, choquent ou inquiètent. Il est cependant tout autant admis que cette liberté peut toutefois donner lieu à des abus, et dès lors à des limitations, si du moins ces dernières demeurent elles-mêmes justifiées au regard des principes internationaux.

Au-delà de cette tendance à l’unanimité, la mise en œuvre concrète de la lutte contre les discours incitant à la haine se révèle extrêmement complexe, variable et finalement incertaine. Quelle extension reconnaître au concept d’incitation à la haine, et plus précisément à l’incitation à *certaines* haines, en l’occurrence celles décrites à l’article 20 du Pacte, limitées par leur objet, haine nationale, raciale ou religieuse, et par leur modalité, l’appel à la discrimination, à l’hostilité ou à la violence, — d’autres types de haines pouvant être prohibées par des instruments régionaux ou des législations nationales?

Outre ces variations dans les motifs de haine, des différences d’intensité et de formes surviennent également. Certaines situations régionales limitent formellement la répression des discours de haine à ceux seulement qui suscitent explicitement un “clear and present danger”. La situation européenne, qui fait l’objet du présent rapport, conduit à distinguer l’incitation à la haine de l’incitation à la violence, et à conférer le cas échéant à la première catégorie une certaine autonomie. Pour cette raison, la situation européenne est à la fois variée et complexe:

- La pénalisation des discours de haine y a fait l’objet d’un vaste ensemble de législations nationales aussi spécifiques que disparates dans presque tous les États;
- Ces dispositions sont pour la plupart demeurées relativement incertaines dans les concepts utilisés. Seules de rares législations précisent certains tests prétendant isoler les formes prohibées d’incitation à la haine. La tendance lourde est en tout cas de ne pas se limiter aux seules incitations susceptibles d’un “clear and present danger”, mais d’être attentif à des incitations plus indirectes et plus implicites. Cette extension est précisément source d’incertitudes et de complexités;
- Ces dispositifs de prohibition d’incitation à la haine ont un effet et une importance variables au regard d’autres normes (généralement plus anciennes) fréquentes en Europe, relatives à la répression a) du négationnisme des génocides, b) des insultes en raison de certaines appartenances, c) des atteintes aux sentiments religieux, d) voire des blasphèmes, ou e) des atteintes à l’unité nationale, etc.;
- Ces dispositifs de prohibition d’incitation à la haine s’insèrent également dans des politiques ou des instruments juridiques plus globaux visant la lutte contre les discriminations; il en va aussi des circonstances aggravantes dites “hate crimes” lorsqu’un délit de droit commun voit sa sanction augmentée en cas de motivation haineuse ou discriminatoire; ces diverses infractions demeurent en soi distinctes des délits d’incitation à la haine tout en s’associant comme élément de politique criminelle, dont les priorités relatives peuvent varier d’un État à l’autre;

- Ces dispositifs de prohibition d'incitation à la haine demeurent globalement assez récents et n'ont pas encore permis de déployer une jurisprudence suffisamment vaste pour affiner réellement l'interprétation des notions légales;
- L'Europe se caractérise toutefois par plusieurs niveaux d'intégration internationale dont les politiques sont particulièrement engagées dans la lutte contre l'incitation à la haine comme forme de racisme et de discrimination, qu'il s'agisse des politiques de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe, de l'OSCE, mais aussi des jurisprudences des Cours européennes de Luxembourg ou de Strasbourg.

Méthodologie

La collecte des données a été réalisée grâce aux données existantes auprès des différents organes des Nations Unies, ainsi que des réponses fournies par les États à la requête du OHCHR, des données collectées par l'Union européenne (essentiellement FRA), le Conseil de l'Europe (ECRI et Commission de Venise), l'OSCE (essentiellement ODHIR) ainsi que par les ressources nationales des États, notamment les données publiées par leurs agences des droits fondamentaux et/ou de lutte contre les discriminations, et les données diffusées par les ONG spécialisées.

Le présent rapport, après avoir dégagé certaines des tendances lourdes présentes dans les dispositifs nationaux et régionaux concernant l'incitation à la haine, donne priorité à la mise en lumière des défis nouveaux qui semblent transparaître de ces tendances ainsi que de divers cas d'application concrets. Ces différentes observations entendent faire une sorte de cadastre des nouvelles ressources interprétatives des droits fondamentaux telles qu'elles sont mises en œuvre en Europe sur la question de l'incitation à la haine. Prenant acte d'une option européenne formellement plus répressive que celle du test du "clear and present danger", un bilan de cette option est proposé entre, d'une part, divers risques de métadiscrimination imputables au flou des concepts, et d'autre part, diverses bonnes pratiques mises en place pour les dépasser.

1. Typologie

Il n'y a pas en Europe de définition consensuelle du discours d'incitation à la haine. Même au plan régional, le travail demeure en cours. De grands axes y sont toutefois proposés. On les souligne avant d'examiner les tendances législatives nationales.

1.1. Positions régionales

Les définitions sont rares. Sans être ici exhaustif, on peut dégager des tendances lourdes de plusieurs approches issues d'organes du Conseil de l'Europe. Les politiques de l'Union européenne et de l'OSCE peuvent être globalement estimées comparables. On y reviendra dans la section relative aux politiques publiques.

La **Recommandation (1997)²⁰ du Comité des Ministres¹** du Conseil de l'Europe retient la suivante: "le terme 'discours de haine' doit être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration²."

¹ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp

² La mise en œuvre de cette Recommandation a été rappelée par l'APCE dans sa Résolution 1754 (2010) relative à la Lutte contre l'extrémisme: réalisations, faiblesses et échecs, sp. n° 13.6. voir aussi 13.5: (l'Assemblée invite les États membres du Conseil de l'Europe) "à infliger les sanctions pénales prévues par leur législation contre l'incitation publique à la violence, la discrimination raciale et l'intolérance, y compris l'islamophobie.

La Commission contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe (**ECRI**) a pris en 2002 une **Recommandation n°7³** sur les législations nationales combattant le racisme où l'on peut notamment lire: La loi doit ériger en infractions pénales les comportements suivants, s'ils sont intentionnels: a) l'incitation publique à la violence, à la haine ou à la discrimination, b) les injures ou la diffamation publiques ou c) les menaces, à l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique". Est également recommandé notamment de réprimer l'expression publique, dans un but raciste, d'une idéologie qui prône la supériorité d'un ensemble de personnes en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique, ou qui calomnie ou dénigre un tel ensemble de personnes; la négation, la minimisation grossière, la justification ou l'apologie publiques, dans un but raciste, de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre (...).

Enfin, l'**Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation 1805(2007)⁴**, *Blasphème, insultes à caractère religieux et discours de haine contre des personnes au motif de leur religion*, retient notamment comme discours de haine: "statements that call for a person or a group of persons to be subjected to hatred, discrimination or violence on grounds of their religion as on any other grounds (pt. 12 et 17.2.2)". L'Assemblée considère également (pt. 15) "that, as far as it is necessary in a democratic society in accordance with Article 10, paragraph 2, of the Convention, national law should only penalise expressions about religious matters which intentionally and severely disturb public order and call for public violence." Enfin, on relèvera la prudence de la formule visée au n° 17.2.4 qui recommande que le droit et les pratiques internes "soient révisés afin de dépenaliser le blasphème *en tant qu'insulte à une religion*" (*notre accent*).

La **jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme** est également d'ampleur et d'intérêt croissants sur le thème de l'incitation à la haine. Depuis 2003⁵, la Cour européenne vise par discours de haine, susceptibles de limitations proportionnées, "toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse)", sans que la Cour ne s'enferme toutefois dans aucune définition définitive (cfr *infra*). Le manuel CoE sur le discours de haine rappelle qu'il s'agit d'une notion "autonome", dans la mesure où la Cour ne s'estime pas liée par les qualifications du juge interne: il lui arrive par conséquent de réfuter cette qualification, retenue au niveau national, par le juge interne, ou au contraire de qualifier de la sorte certains propos, alors même que cette qualification avait été écartée par le juge interne."⁶

À la suite d'une vaste littérature scientifique⁷, on peut caractériser cette jurisprudence en trois traits:

- L'inapplicabilité de la garantie de liberté d'expression sur la base de l'article 17 de la Convention européenne aux discours explicitement racistes ou négationnistes;

³ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GeneralThemes_en.asp

⁴ <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/frec1805.htm>

⁵ Voy. par exemple, ECHR *Garaudy c. France*, (déc.), du 24 juin 2003, *Guñduz c. Turquie*, 4 décembre 2003, *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), du 16 novembre 2004, *Alinak c. Turquie*, 29 mars 2005, *Erbakan c. Turquie*, 6 juillet 2006; *Souias et autres c. France*, 10 Jul. 2008; *Leroy v. France*, 2 Oct. 2008; *Balsyte-Lideikiene v. Lithuania*, 4 Nov. 2008; *Féret v. Belgium*, 16 July 2009).

⁶ WEBER, A., *Manuel sur le discours de haine*, Council of Europe Manuals, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 97 p., sp. p. 3 <http://book.coe.int/ftp/3329.pdf>

⁷ Voy. notamment M. Oetheimer, "Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law" (2009) 17 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 427, et *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, pp. 63-80; D. Kean, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", *N.Q.H.R.* 4/2007 - p. 641; I. Rorive, "What Can Be Done against Cyber Hate – Freedom of Speech versus Hate Speech in the Council of Europe", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 17, Issue 3 (Summer 2009), pp. 417-426; S. Douglass-Scott, "The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of American and European Approaches", 7 *Wm. & Mary Bill Rts J.* 305 (1999); U. Belavusau, "A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (*Soulas & Others v. France*, *Leroy v. France*, *Balsyte-Lideikiene v. Lithuania*)", *European Public Law*, Sep 2010, Vol. 16 Issue 3, p. 373-389; D. Voorhoof and H. Cannie, "Freedom of Expression and Information in a Democratic Society: The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights", *International Communication Gazette*, June 2010 pp. 407-423.

- La possibilité de limiter (art. 10 al. 2 de la Convention européenne) les garanties de liberté d'expression envers les discours de haine moins explicites, sous contrôle strict des six éléments de contenu, de forme, du type d'auteur, de l'intention de celui-ci, de l'impact sur le contexte et de proportionnalité de la sanction;
- L'admission des législations réprimant les insultes religieuses et blasphèmes, par laquelle la Cour s'abstient de conclure à une violation du droit européen lorsqu'une mesure proportionnée limite des "offenses gratuites" qui ne contribuent à "aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain" — quoique cette position jurisprudentielle ait été contestée par une partie de la doctrine, et que divers organes du Conseil de l'Europe se soient prononcés, comme indiqué *supra*, pour une abrogation progressive des délits de blasphèmes "*en tant qu'insulte à une religion*".

Dans la jurisprudence de la Cour sur l'incitation à la haine, le critère de l'impact contextuel semble être devenu prééminent. Certains textes reconnus aptes à inciter à la haine se sont vus dès lors protégés par la liberté d'expression lorsque leur forme (par exemple poétique ou littéraire) neutralise leur contenu ou leur impact. Parfois, le test de l'impact social s'est traduit par une référence à l' (absence d') actualité voire d'immédiateté du risque, sans qu'il en aille toutefois d'une jurisprudence de principe.

Pour tenter un premier bilan, les acquis au niveau supra-étatique européen pourraient être synthétisés par une **interprétation médiane de l'incitation à la haine: se démarquant de l'incitation à la violence immédiate, elle suppose de combiner, d'une part, une analyse sémantique profonde des messages, fussent-ils implicites, et d'autre part, une analyse contextuelle de leur impact social réel ou potentiellement envisageable au moment de leur expression.**

1.2. Droits nationaux

Si presque tous les États d'Europe prévoient dans leur législation pénale un délit d'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, la géométrie de ces infractions est très variable, tant en raison de leur libellé chaque fois particulier qu'au regard des infractions alternatives avec lesquelles elles font système.

1.1.1. Les types de libellés

La répression de l'incitation à la haine s'accompagne fréquemment dans la même formule de celle de **l'incitation à la violence ou à la discrimination**, parfois également à la discorde ou à l'hostilité (Bosnie-Herzégovine, Monténégro, Roumanie, Serbie, Turquie). Certains États érigent la violence comme une circonstance aggravante de l'incitation à la haine (Arménie, Bosnie, Lettonie, Monténégro, Serbie, Slovaquie, Ukraine). En sens inverse, de rares États pénalisent uniquement l'incitation à la violence sans mention de l'incitation à la haine (Autriche, Chypre, Grèce, Italie, Portugal).

Aucun État d'Europe ne sanctionne de façon générale la simple expression de "haine" dépourvue d'incitation, sous la réserve de l'incrimination de propos racistes par le simple fait qu'ils visent **l'infériorité ou la supériorité** d'une race — délit étendu par un certain nombre de législations à l'infériorité ou la supériorité d'une nationalité ou d'une religion (Azerbaïdjan, Croatie, Danemark, Liechtenstein, Pologne, Russie, Slovaquie, Suisse). C'est bien généralement **l'incitation** publique d'autrui à la haine qui est visée, parfois la "**provocation**" (France), la "**propagation**" (Bulgarie), la "**mauvaise volonté**" (Chypre), la "**division**" (Monténégro, Roumanie, Serbie, Turquie), "la création d'une **atmosphère d'intimidation**, d'hostilité, d'humiliation (...)" (Roumanie, 2002). Certaines législations punissent le simple **soutien**

individuel à un groupe dont le but est l'incitation à la haine (Belgique, Italie, Luxembourg, République tchèque, Russie), ou la simple détention de tout support contenant une incitation (Luxembourg, Royaume-Uni), la prohibition des symboles afférant aux associations fascistes, racistes, xénophobes (Roumanie).

Ensuite, ce n'est généralement pas l'incitation à une haine aussi générale, mais pour des **motifs déterminés de façon exclusive** (à l'exception du Monténégro et partiellement de la Slovénie, dont les listes restent ouvertes). Dans la plupart des législations nationales européennes, les motifs de haine visés sont plus larges que ceux prévus à l'article 20 du Pacte (sauf l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Géorgie, Malte et la Slovaquie qui ne semblent réprimer que l'incitation à la haine nationale, raciale et ethnique⁸; et l'Angleterre et le pays de Galles qui soumettent à des régimes distincts les différentes formes de haine – raciale, religieuse et sexuelle).

Outre l'origine nationale, la race ou la religion, les législations peuvent ainsi inclure "l'humiliation de la dignité nationale" (Arménie, Azerbaïdjan, Hongrie, Moldova, Roumanie, Russie, Turquie), "l'appartenance à une Église ou une société religieuse" (Autriche), "le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, le handicap ou une caractéristique physique" (Belgique, 2003), "l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale" (Belgique, 2009, Luxembourg, 2006); "raciale, religieuse, de genre, nationale, ethnique, selon la couleur de la peau" (Croatie); "selon différentes classes, ou communautés ou personnes" (Chypre); "race, couleur, nationalité, origine ethnique, religion, inclination sexuelle" (Danemark); "motifs à caractère raciste, antisémite, ou tout autre se référant à l'idéologie, la religion ou les croyances, la situation familiale, le sexe, l'orientation sexuelle, une maladie ou un handicap" (Espagne); "haine nationale, raciale, religieuse, politique, et entre classes sociales" (Estonie, Lituanie); "segment de la population, groupe national, racial ou religieux, ou un groupe caractérisé par ses coutumes et traditions" (Allemagne); "race, religion ou conviction, préférence homosexuelle ou hétérosexuelle, handicap physique, mental ou intellectuel" (Norvège, Pays-Bas).

Les **circonstances ou l'intensité de l'incitation** sont parfois précisées.

Il s'agit dans une majorité d'États de viser le **caractère public** de l'incitation. Ne l'exigent pas explicitement les États suivants: Albanie, Estonie, Malte, Moldova, Monténégro, Pays-Bas, Pologne, Serbie, Slovénie, Ukraine. En Arménie et en France, le caractère public est une circonstance aggravante.

D'autres qualifications sont parfois prévues: "apte à mettre en danger l'ordre public" (Allemagne, Autriche), "qui a le degré d'une atteinte à la dignité humaine" (Allemagne, Autriche, Liechtenstein), "qui est accompli comme professionnel, ou de façon habituelle, ou par deux individus ou plus" (comme circonstance aggravante, Pays-Bas), "hors cas de simple diffusion d'information factuelle" (Pays-Bas). L'ex-République yougoslave de Macédoine crée une présomption de lien entre divers faits et l'incitation à la haine: "(...) la ridiculisation de symboles nationaux, ethniques ou religieux, l'atteinte à des objets populaires, la désécration de monuments ou d'autres manières"⁹.

⁸ On renverra toutefois aux recommandations européennes d'inclure sous le vocable de "racisme" pour inclure non seulement une référence à la race, mais aussi à tout traitement discriminant selon la race, la couleur, le langage, la religion, la nationalité, ou l'origine nationale ou ethnique (ECRI, Recommandation de politique générale n°7).

⁹ Ce dispositif non limitatif de l'article 319 du Code pénal a été critiqué par la Rapporteuse spéciale pour la liberté religieuse, SR Asma Jahandir (A/HRC/13/40/Add.2, par. 47, 48 et 60): [48] The risk that legal provisions prohibiting hate speech are interpreted loosely and applied selectively by the authorities underlines the importance of having unambiguous language and of devising effective safeguards against abuses of the law. With regard to the formulation of article 319 of the Criminal Code, the Special Rapporteur is concerned that this offence can be committed, inter alia, "in any other manner that causes or incites to national, racial or religious hatred, discord and intolerance". The loose wording of article 319 of the Criminal Code throws the net too wide; for example, "any other manner" could possibly include scholarly remarks, genuine dissent or grievance against specific religious tenets. The legal uncertainty triggered by the formulation of article 319 of the Criminal Code may have a chilling effect on the willingness of individuals to exercise their freedom of expression as well as their freedom of religion

L'Angleterre établit un lien entre des "propos menaçants, abusifs ou insultants" avec une motivation d'incitation à la haine raciale, mais exclut ce lien avec l'incitation à la haine religieuse, qui est seulement liée à des propos "menaçants" (*Racial and Religious Hatred Act 2006*)¹⁰.

Plusieurs législations prévoient des règles spécifiques et aggravantes lorsque des médias sont utilisés (Arménie, Azerbaïdjan, Malte, République tchèque, Roumanie).

Certaines législations prévoient explicitement que le délit peut être **intentionnel ou étendu aux cas de négligence** (Irlande, Malte, Pays-Bas, Norvège, Angleterre qui n'étend toutefois pas l'hypothèse de négligence à l'incitation à la haine religieuse, mais seulement raciale). Une intention est spécifiquement exigée par les droits de Chypre, d'Irlande, de Malte, du Portugal, d'Ukraine.

Les **barèmes de sanctions** et pénalités sont très divers, de 1 an à 10 ans d'emprisonnement: 1 an (Belgique, France, Pays-Bas), 18 mois (Malte), 2 ans (Autriche, Chypre, Danemark, Géorgie, Irlande, Islande, Lituanie, République tchèque, Slovaquie, Suède); 3 ans (Azerbaïdjan, Bulgarie, Croatie, Espagne, Estonie, Hongrie, Italie, Lettonie, Moldova, Norvège, Pologne, Slovaquie, Turquie); 4 ans (Arménie); 5 ans (Allemagne, ex-République yougoslave de Macédoine, Monaco, Monténégro, Portugal, Serbie, Ukraine), 10 ans (Albanie). Des amendes variables peuvent s'y substituer ou s'y ajouter.

1.1.2. La géométrie variable des infractions alternatives

La répression de l'incitation à la haine ne présente pas la même signification selon qu'il existe ou non des infractions alternatives telles que:

- **L'insulte collective** (en particulier religieuse) dans environ la moitié des États d'Europe (Allemagne, Andorre, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Islande, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Russie, Slovaquie, Suisse, Turquie, Ukraine); la "diffusion d'informations injurieuses que l'on sait fausses" (Espagne). On notera que l'Angleterre dans le *Racial and Religious Hatred Act 2006*, § 29J exclut explicitement que le délit d'incitation à la haine puisse permettre de réprimer "Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief

or belief, for example by changing their religion or manifesting religion or belief in worship, observance, practice and teaching. In addition, an overreaction against the utterances of a person by any individual or group cannot constitute justification for penalizing such an expression unless the threshold of article 20, paragraph 2, of the International Covenant on Civil and Political Rights is crossed. The Special Rapporteur would like to emphasize that the ultimate goal is to find the most effective ways for the State to protect individuals against advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. [...] 60. The Special Rapporteur is also concerned at reports received regarding sectarian violence and incitement to religious hatred. In this regard, she would like to distinguish between the expression of opinions even when they are deemed offensive by some believers, and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. While freedom of expression has to be respected, hate speech must be prohibited by law if it reaches the threshold of incitement to religious hatred described in article 20, paragraph 2, of the International Covenant on Civil and Political Rights. In order to protect the integrity of individuals, hate speech must not be tolerated. However, each case has to be examined on its own merits so that freedom of expression and freedom of religion or belief are not undermined. In this regard, the judiciary plays a vital role in striking a delicate balance on a case-by-case basis. In view of the vague formulation of article 319 of the Criminal Code, the Special Rapporteur would urge the Government to review this provision with a view to prevent any arbitrary interpretation and application by the authorities. Legislation or policies designed to combat religious discrimination should be all-inclusive, carefully crafted and implemented in a non-biased manner to achieve their objectives (A/HRC/10/31/Add.3, para. 24)."

¹⁰ Le *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, qui abolit le délit de common law de blasphème pour l'Angleterre et le pays de Galles (voir CCPR/C/GBR/Q/6/Add.1, par. 165), introduit par ailleurs une norme nouvelle sur l'incitation à la haine selon l'orientation sexuelle: section 74, schedule 16 du *Criminal and Justice Immigration Act* est ainsi libellée: "Schedule 16 – (a) amends Part 3A of the Public Order Act 1986 (c. 64) (hatred against persons on religious grounds) to make provision about hatred against a group of persons defined by reference to sexual orientation, and (b) makes minor amendments of that Part". La Section 29JA prévoit cependant que "[F]or the avoidance of doubt, the discussion or criticism of sexual conduct or practices or the urging of persons to refrain from or modify such conduct or practices shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred".

system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytising or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system.”;

- Le **délit de négationnisme** ou de révisionnisme de l’Holocauste ou d’autres génocides (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Luxembourg, Suisse);
- Diverses formes de **hate crimes** (c’est-à-dire de délits de droit commun, dont le motif haineux intervient comme circonstances aggravantes);
- Divers délits liés à la **lutte contre les actes de discrimination**;
- Le **délit de blasphème** (Autriche, Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas, Saint-Marin).

Pour tenter un bilan de droit comparé, on constate une grande diversité de législations nationales d’Europe. On observe que le motif religieux est parfois omis, parfois soumis à des régimes distincts. La géométrie variable des motifs qui accompagnent ou non les mobiles raciaux, nationaux et religieux peut le cas échéant modifier l’interprétation des normes. Plus fondamentalement encore, la majorité des législations européennes conjoignent au sein d’une même infraction, ou d’un même corpus, des délits *d’insultes* collectives envers des groupes de personnes, et des délits *d’incitation à la haine*. Certaines législations établissent un lien entre ces deux approches infractionnelles. En revanche, le lien entre incitation à la violence et incitation à la haine n’est pas systématique. Par ailleurs, sont moins nombreux les États européens qui visent les cas abstraits d’insulte aux *sentiments religieux* et moins nombreux encore ceux qui maintiennent un délit plus abstrait de blasphème, ou qui ont érigé un délit de négationnisme. Enfin, seules de rares normes sont rédigées de façon détaillée et précise; la plupart des textes restent laconiques et appellent donc une élucidation à tout le moins jurisprudentielle.

2. Enjeux concrets

L’incitation à la haine, même distinguée de l’incitation à la violence, demeure une réalité d’ordre performatif que l’article 20 ICCPR lie à une incitation à la discrimination ou à l’hostilité. Distincte en principe d’un discours abstrait sur des idées, l’incitation à la haine est un appel public à des comportements et des attitudes péjoratifs envers des catégories d’individus.

Comment, sans repérer d’(incitation à) violence, pouvoir tracer une démarcation entre un discours dont les idées, le cas échéant choquantes, peuvent stimuler un débat argumenté visant à transformer la société (par le jeu du marché des idées de la société civile ou par le biais de diverses formes de démocraties institutionnalisées) et un discours dont le vecteur ne serait pas l’argument en raison, mais le déclencheur d’un réflexe émotionnel d’hostilité?

S’écarter du test du “clear and present danger”, c’est admettre que s’imposerait en Europe un travail minutieux d’analyse des discours et de leur impact pour découvrir, par en-deçà des textes et par-delà les contextes, les effets délétères qui ont été voulus et/ou risqués.

Ce qui complique encore l’examen des pratiques nationales, et que l’on a souligné, tient au malaise souvent suscité par l’extension des critères protégés, au-delà des données de types purement biologiques. Il est admis que même les catégories ethniques ou prétendument raciales sont le produit d’interprétations culturelles, d’autant plus fortes qu’elles sont implicites. Pourtant, on observe dans plusieurs pays que certains auteurs et certains courants judiciaires ou parlementaires semblent favorables à un départage assez tranché selon que le critère protégé

serait ou non réputé à disposition de la volonté individuelle. Dans les trois critères visés par le présent rapport, serait ainsi distingué le critère religieux des critères nationaux et raciaux¹¹.

Outre les organes des Nations-Unies, diverses instances européennes ont souligné le risque éventuel d'une mise en œuvre discriminatoire ou arbitraire de la lutte contre l'incitation à la haine. La Commission de Venise a ainsi indiqué "The application of hate legislation must be measured in order to avoid an outcome where restrictions which potentially aim at protecting minorities against abuses, extremism or racism, have the perverse effect of muzzling opposition and dissenting voices, silencing minorities, and reinforcing the dominant political, social and moral discourse and ideology."¹² L'APCE dans sa Résolution 1754 (2010) relative à la Lutte contre l'extrémisme: réalisations, faiblesses et échecs, invite ainsi les États notamment "à s'assurer que la législation antiextrémisme est appliquée de manière systématique et cohérente à toutes les formes d'extrémisme et éviter tout risque d'une mise en œuvre arbitraire" (pt. 13.3) et "à infliger les sanctions pénales prévues par leur législation contre l'incitation publique à la violence, la discrimination raciale et l'intolérance, y compris l'islamophobie" (pt. 13.5).

L'analyse de la jurisprudence des États européens, encore insuffisamment accessible de façon exhaustive, montre des traces ponctuelles d'un tel risque de mise en œuvre potentiellement discriminatoire de l'article 20 du Pacte, par une approche différenciée selon les critères visés par cet article. Selon les États et les contextes, cette différence aggrave ou au contraire atténue la répression de l'incitation à la haine religieuse par rapport à la mise en œuvre de la lutte contre la haine ethnique ou nationale. Comme le montre l'analyse de droit comparé, un nombre important des législations, mais pas toutes, visent simultanément l'insulte collective, la répression des discours d'infériorité (raciale et parfois religieuse) et l'incitation à la haine. Des glissements peuvent alors être constatés: dans les pays disposant des deux types d'infractions (insulte collective et incitation à la haine), les poursuites peuvent sembler avoir tendance à accroître leur répression des discours choquants, le cas échéant en les requalifiant plus aisément d'incitation à la haine; le risque inverse étant de voir certains juges ou administrations, ne disposant pas des deux infractions, requalifier plus fréquemment les discours de haine religieuse en débats d'idées éventuellement choquantes mais non susceptibles de poursuite.

En un premier temps, le rapport mentionne les risques, notamment de métadiscrimination, relevés par la littérature et les institutions compétentes concernant la mise en œuvre des législations nationales. Dans un second temps, le traitement quantitatif des jurisprudences nationales est analysé au regard notamment des questions d'effectivité. Dans un troisième temps, des exemples d'analyse qualitative de jugements sont proposés.

2.1. Risque de métadiscrimination entre incitations à la haine nationale, raciale ou religieuse

2.1.1. Discrimination selon les critères protégés

Concernant les options de politiques publiques entre incitation à la haine religieuse et incitation à la haine raciale, un rapport adopté par la Commission de Venise, 76^e session, 17-18 octobre 2006, "Tackling blasphemy, insult and hatred in a democratic society", précise le type de risque visé ici: "(60) In this respect, it is worth recalling that it is often argued that there is an essential a difference between racist insults and insults on the ground of belonging to a given religion: while race is inherited and unchangeable, religion is not, and is instead based on beliefs and values which the believer will tend to hold as the only truth. This difference has prompted some to conclude that a wider scope of criticism is acceptable in respect of a religion than in respect of a race. This argument presupposes that while ideas of

¹¹ Voy. par exemple C.W. Collier, "Hate speech and the mind-body problem", *Legal theory*, 2001, pp. 203-234; comp. J. A. Lindgren Alves, "Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination", 2008, 42 *U.S.F. L. Rev.* 941.

¹² CDL-AD(2008)026, para. 58.

superiority of a race are unacceptable, ideas of superiority of a religion are acceptable, as it is possible for the believer of the “inferior” religion to refuse to follow some ideas and even to switch to the “superior” religion. (61) In the Commission’s opinion, this argument is convincing only insofar as genuine discussion is concerned but it should not be used to stretch unduly the boundaries between genuine “philosophical” discussion about religious ideas and gratuitous religious insults against a believer of an “inferior” faith. On the other hand, it cannot be forgotten that international instruments and most domestic legislation put race and religion on an equal footing as forbidden grounds for discrimination and intolerance. (62) The Parliamentary Assembly, noting that, in the past, national law and practice concerning blasphemy and other religious offences often reflected the dominant position of particular religions in individual states, has considered that “in view of the greater diversity of religious beliefs in Europe and the democratic principle of the separation of state and religion, blasphemy laws should be reviewed by member states and parliaments” and that “blasphemy, as an insult to a religion, should not be deemed a criminal offence. A distinction should be made between matters relating to moral conscience and those relating to what is lawful, and between matters which belong to the public domain and those which belong to the private sphere.” (63) The Commission agrees with this view. (64) The Commission does not consider it necessary or desirable to create an offence of religious insult (that is, insult to religious feelings) *simpliciter*, without the element of incitement to hatred as an essential component¹³. Neither does the Commission consider it essential to impose *criminal sanctions* for an insult based on belonging to a particular religion¹⁴. If a statement or work of art does not qualify as incitement to hatred, then it should not be the object of criminal sanctions.”¹⁵

Cette tension spécifique à la haine religieuse montre simplement que le traitement juridique de tout type d’incitation à la haine, distinct d’une incitation à la violence, appelle une méthodologie transversale vérifiant de façon analogue si certains usages rhétoriques de débat d’idées ne conduisent pas à imputer à un groupe de personnes une *caractéristique identifiable*, une identité caractéristique, sur la base de laquelle ces personnes deviennent *objet* d’une incitation à la haine. À défaut d’une telle approche transversale, on observe que des régimes juridiques distincts peuvent être simplement liés à des jeux de qualifications différentes au regard des mêmes groupes, tantôt retenus comme ethniques, tantôt comme religieux. Tel est notamment le cas de la variation d’un État à l’autre pour qualifier l’identité juive ou musulmane, selon qu’une qualification ethnique ou religieuse serait retenue¹⁶.

2.1.2. Discrimination selon les différents points de vue adoptés et le principe de réciprocité émetteur/récepteur

L’absence de discrimination dans la mise en œuvre des législations suppose également un traitement analogue des discours incitant à la haine;

¹³ “This finding does not appear to comply fully with UN Human Rights Council Resolution 7/19 of 27 March 2007 on “Defamation of religion”, which reads as follows: “[the Human Rights Council] ... also urges States to provide, within their respective legal and constitutional systems, adequate protection against acts of hatred, discrimination, intimidation and coercion resulting from the defamation of any religion, to take all possible measures to promote tolerance and respect for all religions and their value systems and to complement legal systems with intellectual and moral strategies to combat religious hatred and intolerance”.

¹⁴ “In its General Policy Recommendation no. 7, ECRI recommends that public insults and defamation against a person or a grouping of persons on the grounds of their race, colour, language, religion, nationality, or national or ethnic origin be penalised. The Commission recalls in this respect that the offences of “insult” and “defamation” exist in every member State and can be used, subject to all the relevant legal conditions, also in cases of public insults and defamation on religious grounds.”

¹⁵ CDL-AD(2008)026.

¹⁶ Voir par exemple, P. Werbner, “Islamophobia: Incitement to religious hatred – legislating for a new fear? A sociological comparison of anti-Semitism and anti-Muslim sentiment in Britain”, *Anthropology Today*, Volume 24, 2008. En France, l’affaire de l’humoriste Dieudonné a donné lieu à de nombreux jugements, parfois en sens différents, concernant des propos qui prétendaient précisément faire apercevoir par l’excès, la différence de protection entre les différents groupes visés par les spectacles - cfr Cass. fr. (ass. plén.), 16 février 2007, *Bull. crim.*, n° 1, p. 1, BICC n° 660, en annexe.

- *Contre* des personnes identifiées par une religion (nationalité, ethnie) précise ou par leur absence de religion (nationalité, ethnie);
- Ou *provenant* de telles personnes et visant à inciter à la haine contre d'autres catégories de personnes précises.

Différents rapports nationaux insistent clairement sur la protection prioritaire de l'identité et de la cohésion nationale, ou montrent le rôle important confié à des traditions religieuses ou ethniques majoritaires.

2.1.3. Risque d'instrumentalisation des infractions d'incitation à la haine

Les infractions réprimant l'incitation à la haine faisant l'objet d'une forte légitimité sociopolitique en Europe, on observe qu'elles ont présenté déjà à de nombreuses reprises le risque de contribuer à "blanchir" des objectifs moins légitimes. Il a été montré en psychologie sociale comme en science politique que les rapports entre projet démocratique, règle majoritaire et cohésion sociale demeurent encore profondément traversés par l'utopie, voir le réquisit, de l'unanimité politique et social. De ce point de vue, tous discours mettant en cause une unité sensible ou menaçant des équilibres culturels locaux, peuvent être ressentis comme tellement sensibles qu'ils soient aisément requalifiés d'incitation à la haine, comme incitation à la division. Il est certain que la diversité des histoires nationales est grande en Europe et que nombreux contentieux sous-régionaux y sont encore récents. La marge d'appréciation dont bénéficient les États, d'un point de vue régional, permet de prendre cette dimension en compte. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence européenne conduit à de nombreuses disqualifications de ce genre de poursuites nationales pour incitation à la "division". Le pluralisme ne se construit pas en supprimant les sources de tensions, mais en créant les conditions de leur coexistence pacifique. L'"incitation à la division" appelle un examen spécifique des cas d'application de ces normes, et notamment pour vérifier si se différencient les discours de ruptures d'unités selon que ces dernières sont de type politique ou socioculturelle.

2.2. Observations sur l'analyse des jurisprudences nationales: la question de l'effectivité

Les données nationales concernant l'état des jurisprudences sont extrêmement variables, allant d'une absence totale de cas recensés sur les cinq dernières années, à plus de 10 000, sans toutefois que des indications permettent de distinguer au sein de cette jurisprudence les cas qui concernent réellement des cas d'incitation à la haine, plutôt que des hypothèses générales de discrimination. Les banques de données de droit comparé, notamment au sein de la FRA, ou de droits nationaux, gérées par les institutions antidiscrimination améliorent progressivement l'accès à une jurisprudence substantielle (on renverra par exemple aux banques de données des agences belges, françaises et suisses¹⁷).

Il y a toutefois un large consensus pour souligner la trop grande rareté d'analyse comparative des données jurisprudentielles¹⁸. Il peut s'agir d'un problème de statistique judiciaire ou d'accès limité à la jurisprudence réelle. Il s'agit également d'un risque d'autocensure des victimes concernées, voire d'une politique criminelle peu active, notamment au niveau du ministère public ou de la police locale, mais également au niveau de la juridiction elle-même lorsque le taux de condamnation ou le niveau des peines par rapport au nombre de poursuites demeure faible. Sur ces divers points, l'APCE dans sa Résolution déjà citée 1754 (2010) relative à la lutte contre l'extrémisme, invite "à améliorer l'analyse du phénomène de l'extrémisme ainsi que la collecte et la comparabilité des données s'y rapportant" (pt. 13.9). Des politiques d'activation plus précises se mettent en place concernant la lutte contre

¹⁷ Belgique : www.antiracisme.be; France : www.halde.fr; Suisse : <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169>

¹⁸ Voy. la bibliographie *infra*.

l'intolérance et les discriminations envers les musulmans (Résolution 1754, citée, pt. 14.2 et 15), ainsi qu'envers les Roms¹⁹.

Au-delà d'une interrogation sur d'éventuelles causes d'ineffectivité, les données jurisprudentielles actuelles demeurent en tout état de cause trop peu nombreuses pour être analysées *quantitativement* avec un sérieux suffisant. Des variations de quelques unités de condamnations sur des populations de plusieurs millions ou dizaines de millions d'habitants appellent des conclusions très limitées.

En revanche, dès que les chiffres atteignent un niveau significatif et sont doublés d'un accès multicritère performant, de premières analyses peuvent être menées. Ainsi, les données françaises indiquent-elles que sur 678 infractions liées au racisme *sensu lato*, les cas d'injures représentent 458 jugements tandis que les cas de provocation publique à la haine n'en constituent que 67 (soit environ 10 % du total) (chiffres 2008, en accroissement annuel par rapport à 2000 – 175 jugements). De même en Suisse, entre 1995 et fin 2007, les autorités compétentes ont reçu 438 plaintes (cas) concernant l'article 261*bis* CP. Sur tous ces cas, 228 ont abouti à des jugements matériels. La CFR a établi pour chacun d'entre eux un résumé intégralement anonymisé. Sur 558 chefs de plaintes les chiffres établissent que dans 23,8 % des cas, les victimes sont de confession juive. Un verdict de culpabilité a été émis dans 16,6 % des cas. 14,2 % des cas concernent des personnes de couleur et dans 7,1 % des cas, l'auteur a été condamné pour discrimination raciale envers des personnes de couleur. Par ailleurs, dans presque 24 % des décisions des tribunaux en question, aucune indication concernant les victimes n'a été fournie. Sur l'ensemble des cas, 67 seulement concernent (au moins partiellement) un cas d'incitation à la haine²⁰.

Si les collectes de données ne permettent pas d'établir d'approches statistiques encore suffisamment généralisées et accessibles, ni donc de tendances lourdes suffisamment affinées en droits nationaux comparés du moins au niveau des juridictions inférieures, l'accès même parcellaire à la jurisprudence, notamment des juridictions supérieures, permet un travail utile, celui de relever des cas difficiles aptes à mener une analyse non plus quantitative mais qualitative, c'est-à-dire liée à la motivation substantielle de chaque cas, avec son argumentation propre et son interprétation des faits et du droit.

2.3. La mise en œuvre d'analyses approfondies des discours versus la prise en compte des résultats contextuels

La plupart des formules légales en Europe ne permettent pas d'anticiper des tests précis d'évaluation des discours; en revanche, l'observation de décisions judiciaires concrètes, nationales comme européennes, permet de collecter un ensemble de textes, déclarations, écrits et discours qui ont successivement fait l'objet de contentieux sociaux en Europe puis de poursuites judiciaires et de jugements (voir de conciliation ou de mesures alternatives) et enfin, le cas échéant de recours auprès des juridictions suprêmes puis le cas échéant d'instances internationales.

La jurisprudence des cours suprêmes occupe évidemment une place particulière dans les relevés judiciaires mais les structures régionales européennes confèrent à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme une importance croissante.

Concernant les jurisprudences des cours suprême nationales, les observations françaises soulignent que pour que la répression s'applique, "la Cour de cassation exige que la provocation soit explicite, estimant que les propos ou écrits qui sont simplement "de nature" à provoquer la haine raciale ne tombent pas sous le coup de l'article 24 de la loi de 1881. Par ailleurs, dans un arrêt du 24 juin 1997, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, pour la première fois, fait une interprétation extensive de la notion de "groupe de personnes" figurant à

¹⁹ Voy. dans le cadre de l'Union européenne : <http://www.aedh.eu/09-septembre-2010-Publication-d.html> et dans le cadre du Conseil de l'Europe: Recommandation de politique générale n° 3 de l'ECRI: La lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms/Tsiganes (mars 1998) http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N3/Recommendation_3_en.asp

²⁰ http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00273/index.html?webgrab_path=aHR0cDovL3d3dy5lZGktZWtyLmFkbWwLmNoL3BocC94bGlzdC5waHA%2FbGFuZz1mcg%3D%3D&lang=fr

l'article 24 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, en précisant que les "étrangers résidant en France, lorsqu'ils sont visés en raison de leur non-appartenance à la nation française, constituent un groupe de personnes au sens dudit article 24, alinéa 6", incriminant la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence. Il s'agit là d'une avancée importante par rapport aux arrêts plus anciens, qui avaient jugé que ne sauraient se voir appliquées les dispositions de la loi de 1881, modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1972, les propos se bornant à viser une catégorie de personnes, comme les "étrangers"; ou les "immigrés", sans se référer expressément à l'origine de ceux-ci, à leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (voir notamment un arrêt de la chambre criminelle du 6 mai 1986, Bull. crim., 153)²¹.

D'autres fluctuations jurisprudentielles ont été remarquées. Ainsi, en Hongrie, la Cour constitutionnelle, saisie de la loi pénale réprimant l'incitation à la haine, en a limité dès 1992 l'interprétation au test du "clear and present danger"²² à un point tel que la jurisprudence adopte une interprétation extrêmement restrictive de la prohibition de l'incitation à la haine.

L'importance européenne de l'investigation des implicites des discours trouvent une confirmation forte dans l'interprétation et la justification des infractions de **négationnisme ou de révisionnisme**, visant à remettre en cause la réalité historique de la Shoah ou d'autres génocides, infractions présentes dans un certain nombre de législations, controversées par une partie de la littérature mais non condamnées par la Cour européenne des droits de l'homme. Alors que la plupart des critiques qui se sont adressées à ces législations voyaient dans ces dernières des formes de vérités d'État, figures en quelque sorte modernes des anciennes infractions de blasphèmes, les juridictions constitutionnelles et régionales ont développé un tout autre cadre justificatif visant l'intention et le message qui se dissimulent derrière ce type d'énoncés: une incitation à la haine contre les groupes protégés victimes de ces génocides, et pour certains pays, en particulier la Shoah. Les Cours constitutionnelles d'Allemagne, de Belgique et d'Espagne²³, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme²⁴ ont quant à elles validé la constitutionnalité des délits de négationnisme en faisant référence à l'incitation indirecte à la haine que traduit la négation de l'holocauste. Ces jurisprudences confirment l'existence en Europe d'une approche non explicite du délit d'incitation à la haine, du moins au titre d'une intervention spécifique du législateur national.

Selon cette interprétation, les discours négationnistes ne sont pas tant des contre-vérités, que des discours dont on peut présumer l'incitation à la haine sous-jacente. C'est en cela que ces infractions peuvent être légitimées. C'est précisément parce que tous les groupes ayant fait l'objet d'un génocide dans le passé ne sont plus dans une position de victime d'incitation

²¹ Cette position n'est pas partagée par le **Committee on the Elimination of Racial Discrimination dans son interprétation de la CERD, v. Kamal Quereshi v. Denmark** (communication no. 33/2003), 9 March 2005. However, the Committee considered "itself obliged to call the State party's attention (i) to the hateful nature of the comments concerning foreigners made by Mr. Andreasen and of the particular seriousness of such speech when made by political figures, and, in this context, (ii) to its General Recommendation 30, adopted at its 64th session, on discrimination against non-citizens" (para. 8). This General recommendation, adopted in 2005, recommends CERD States parties to take steps to address "in particular hate speech and racial violence" and to take "resolute action to counter any tendency to target, stigmatize, stereotype or profile, on the basis of race, colour, descent, and national or ethnic origin, members of "non-citizen" population groups, especially by politicians, officials, educators and the media, on the Internet and other electronic communications networks and in society at large".

²² Decision 30/1992, (réaffirmée par decision 95/2008), commentée notamment par P. Molnar, "Towards Improved Law and Policy on 'Hate Speech'- The 'Clear and Present Danger' Test in Hungary" in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 237-264; et A. Sajo, "Hate speech for Hostile Hungarians", (1994) 3 *E. Eur. Const. Rev* 84.

²³ Allemagne: BVerfGE 90, 241, 94, commenté par D. Grimm, "The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany" in Ivan Hare, James Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, pp. 557-561 (la Cour allemande insiste davantage sur l'absence de protection des contre-vérités historiques); Belgique: C.A. n° 45/96 du 12 juillet 1996, commenté par S. van Drooghenbroeck, "Répression du négationnisme. Commentaire sur C.A. n° 45/96 du 12 juillet 1996, Verbeke et Delbouille", in O. de Schutter, S. van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 587-597; Espagne: STC 235/2007, commenté par A. Coll., "Freedom Of Speech In American & Spanish Law: A Comparative Perspective" (2010), *ExpressO*: http://works.bepress.com/alfredo_coll/1; voy. R.A. Kahn, "Holocaust Denial as a Form of Past Directed Hate Speech" Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, http://www.allacademic.com/meta/p301945_index.html

²⁴ ECHR Garaudy c. France, (déc.), du 24 juin 2003.

actuelle à la haine, que les délits de négationnisme ne devraient pas nécessairement couvrir l'ensemble des génocides historiquement établis.

Dans le cadre d'une approche plus pragmatique de la jurisprudence, on a déjà indiqué les deux versants de ce travail judiciaire, mené sous le contrôle potentiel d'une juridiction régionale extrêmement active: l'analyse du discours et celle de son impact contextuel.

2.3.1. Le recensement des types d'analyses de discours révèle une prédictibilité extrêmement faible de la qualification d'incitation à la haine

Les propos explicites d'incitation forment l'essentiel du contentieux relevé, mais ne posent guère de problème d'interprétation, ni de condamnation. Ainsi, par exemple, la décision suisse recensée sous le n° 2008-12 par la CFR²⁵ condamne à une peine pécuniaire de 180 jours – amende à 21 CHF avec sursis; le prévenu a envoyé à une entreprise vaudoise par fax, sans que celle-ci l'ait sollicité, un texte intitulé "l'initiative du maître Abdalah – récompense au sanguinaire Sharon pour ses massacres en Palestine", qui relève entre autres que "il a vu et ils ont vu; mais ils ont perdu leur dignité d'homme, leur vaillance et leur ardeur islamique auxquelles ils ont substitué la soumission d'esclaves au côté des frères des singes et des porcs (les juifs) la cause de la Palestine n'est pas une affaire qui se limite au retrait du territoire et de ce qui est appelé Autorité palestinienne; elle ne se limite pas au retrait de Gaza, de Cisjordanie et de Jérusalem. Le problème, c'est l'entité juive en tant qu'occupant qui viole la Palestine. La solution est d'extraire les racines de cette entité de tout le territoire palestinien, comme Allah a dit: "Et tuez-les où que vous les rencontriez; et chassez-les d'où ils vous ont chassés"."

Néanmoins, d'autres propos apparemment explicites peuvent néanmoins donner lieu à interprétations. Ainsi, en février 2007, la Cour suprême de Pologne a décidé que "holding a placard reading 'we shall liberate Poland from (among others) Jews' did not amount to an offence under Article 256. The court referred to article 51.1 of the constitution which protects the right to express opinions, the ordinary meaning of the word "liberate" and the use of the indicative, as opposed to the imperative, which showed no intention to incite national hatred"²⁶.

En jurisprudence française, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que constituaient une provocation à la discrimination raciale: la publication d'un article assorti d'un dessin figurant des jeunes Noirs et Maghrébins dotés d'armes blanches, avec la légende: "Insécurité est souvent le fait de bandes ethniques (de Blacks et de Beurs)" (arrêt du 5 janvier 1995); la publication d'un article intitulé "Société plurielle", qui, après avoir rapporté en exergue une déclaration du Président de la République, selon laquelle "la nation française ressent profondément l'utilité de la présence d'immigrés chez nous, où ils travaillent et travaillent bien", a relaté différents faits divers mettant en cause des personnes originaires d'Afrique du Nord, d'Afrique noire, ou appartenant à la communauté tzigane, visés en raison de leur appartenance à une ethnie, une race ou une religion déterminée, une telle présentation tendancieuse, même dépourvue de commentaire, étant de nature à susciter chez le lecteur des réactions de rejet (arrêt du 21 mai 1996, Bull. crim., 210); un tract électoral s'engageant à lutter farouchement contre l'immigration, exigeant l'expulsion immédiate des "envahisseurs", dénonçant les fonctionnaires français complices ou collaborateurs des "occupants de notre sol", demandant le renvoi des élèves étrangers irrespectueux et "nuisibles à l'éducation des jeunes Français" (arrêt du 24 juin 1997, Bull. crim., 253).

Les décisions nationales rendues en dernier ressort peuvent engager la responsabilité internationale des États. Ainsi, le UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination a-t-il estimé violés les articles 4 et 6 de la CERD par une décision d'acquittement confirmée par la Cour suprême de Norvège relative à une marche et à des propos en l'honneur du nazi Rudolf Hess, ainsi que des incitations à la haine envers les Juifs. Le Comité note également que cet acquittement avait fait jurisprudence auprès de juridictions locales, notamment envers des

²⁵ http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00273/index.html?webgrab_path=aHR0cDovL3d3dy5lZGktZWtyLmFkbWluLmNoL3BocC94ZGV0YWlscy5waHA%2FaWQ9MjAwOC0xMg%3D%3D&lang=fr

²⁶ Source: ECRI Report on Poland, 2010, available at: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-bycountry/poland/POL-CbC-IV-2010-018-ENG.pdf>

propos comme “Jews had killed millions of ‘his people’, that Jews should be ‘cleansed’, and were ‘not human beings’ but ‘parasites’”²⁷.

La Cour européenne des droits de l’homme adopte elle-même une analyse méticuleuse²⁸ par rapport à l’incitation, jugeant, par exemple, que ne constituait pas un discours de haine “le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l’établir”²⁹ dans le contexte particulier d’une émission télévisée ayant pour but de présenter une secte dont fut le dirigeant l’auteur des propos, dont les idées extrémistes étaient connues et furent exprimées, *in casu*, dans le cadre d’un débat pluraliste (Cour EDH, arrêt *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, req. n° 35071/97, § 51). Lorsque, par contre, l’ingérence contestée au regard de l’article 10 de la Convention est justifiée par la protection d’un besoin social impérieux, la Cour EDH conclut à la non-violation de la Convention. Il importe toutefois de nuancer cette affirmation en ce que la Cour EDH attache de l’importance à la forme de l’expression: les moyens artistiques pouvant avoir pour effet de modérer ou adoucir les propos litigieux, elle conclut dans ce cas à la violation de l’article 10. Relativement à l’incitation à la haine *religieuse*, la Cour EDH a adopté à deux reprises une position particulière, qualifiant d’obscurantisme des propos tenus par des fondamentalistes religieux et condamnés pour incitation à la haine par des juridictions nationales parce qu’ils invoquaient la vengeance de Dieu dans notamment des propos de ce type: “regardez avec attention ce que nous voulons dire, c’est l’avertissement clair d’Allah aux ennemis d’Allah. Ceux qui sont nos ennemis vont nécessairement payer ce qu’ils ont fait. Si vous croyez en Allah. (...) Posez la question à Allah, apprenez que nous sommes la personne qu’il a désignée. Nous sommes ceux qui vont sauver ce pays. Ces paroles vont faire sortir de leurs gonds de nombreuses personnes. Ils vont faire encore plus d’efforts pour obtenir la fermeture de nos radios. Mais quels que soient ceux qui auront ce courage, vous allez lire leur punition dans les journaux”. S’efforçant de “mesurer ces propos à l’aune de la conception religieuse dont ils se veulent l’expression”, la Cour européenne a considéré qu’ils revêtaient un “caractère prosélytique de nature à insuffler superstition, intolérance et obscurantisme” et que “si choquants et offensants qu’ils puissent être, ils n’incit[ai]ent nullement à la violence et [n’étaient] pas de nature à fomenter la haine contre les personnes qui ne seraient pas membres de la communauté religieuse en question” (Cour EDH, arrêt *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquie*, 27 novembre 2007, req. n° 6587/03, § 30; *Kutlular c. Turquie*, 29 avril 2008, req. n° 73715/01, §§ 48-49). Les appels à la vengeance de Dieu pourraient ne plus être inquiétés en raison de leurs discours qui, qualifiés d’obscurantisme, rendraient impossible ou inexistante dans leur chef toute incitation à la haine.

Si l’on évoque l’incitation à la haine *raciale*, elle a été condamnée sans équivoque par la Cour EDH qui a notamment considéré que des remarques injurieuses et méprisantes proférées à l’égard des immigrés et des groupes ethniques établis au Danemark par des “membres d’“un groupe de jeunes extrémistes” partisans du Ku Klux Klan [...] étaient plus qu’insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l’article 10” (Cour EDH, arrêt *Jersild c. Danemark* [GC], 23 septembre 1994, req. n° 15890/89, §§ 34 et 35). La position de la Cour EDH, qui bien que reconnaissant la nécessité de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes privilégie assez nettement la liberté d’expression, est toutefois paradoxale³⁰. Dans cette affaire *Jersild contre Danemark* en effet, la Cour a distingué avec insistance le droit à la liberté d’expression du journaliste ayant produit

²⁷ Communication No. 30/2003, *The Jewish community of Oslo; the Jewish community of Trondheim; Rolf Kirchner; Julius Paltiel; the Norwegian Antiracist Centre; and Nadeem Butt vs. Norway* (CERD/C/67/D/30/2003, para. 9.4),

²⁸ Une part de la doctrine européenne estime que les standards de protection de la liberté d’expression diminuent actuellement: D. Voorhoof and H. Cannie *Freedom of Expression and Information in a Democratic Society: The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights* *International Communication Gazette* June 2010 72: 407-423

²⁹ Voy. par exemple: Cour EDH, arrêt *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, req. n° 35071/97, § 51.

³⁰ Voy. not. Cour EDH, arrêt *Jersild c. Danemark* [GC], *op. cit.* et Cour EDH, arrêt *Lehideux et Isorni c. France* [GC], 27 septembre 1998, req. n° 24662/94. Dans cette espèce, les requérants avaient été condamnés par les tribunaux français (art. 24, loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse) pour apologie de crimes ou délits de collaboration. La Cour EDH, rappelant que “la justification d’une politique nazie ne saurait bénéficier de la protection de l’article 10”, estima que les requérants avaient “moins fait l’éloge d’une politique que celle d’un homme [le Maréchal Pétain]” (§ 53) et jugea que leur droit à la liberté d’expression avait été violé, la condamnation pénale dont ils avaient fait l’objet étant disproportionnée et non nécessaire dans une société démocratique (§ 58).

l'émission télévisée durant laquelle furent émis les propos controversés et les auteurs de ces derniers: là où le droit à la liberté d'expression du premier est reconnu (lors de la réalisation de l'émission controversée, il "ne poursuivait pas un objectif raciste" (§ 36); par conséquent, sa condamnation par les tribunaux internes ne s'avérait pas être "nécessaire dans une société démocratique" (§ 37), le même droit n'est pas reconnu aux autres. L'absence d'intention renvoie à une analyse de l'imprudence des personnes poursuivies, imprudence elle-même écartée par le cadre informatif de la diffusion concernée. Sur ce dernier point, l'on remarque que la Cour EDH elle-même n'opère pas clairement la distinction entre *racisme* ou *propos racistes* et *incitation à la haine ethnique, nationale ou religieuse*, parlant tantôt "d'incitation à la haine raciale" (§ 34), tantôt de "propagation d'idées et opinions racistes" (§ 33) ou "d'objectif raciste" (§ 37).

La collecte de décisions de juridictions nationales non soumises à un contrôle européen est méthodologiquement plus incertaine, mais une analyse juridique topique y confirme l'équilibre complexe entre analyse des contenus et analyse des contextes. À titre d'exemple, un tribunal correctionnel belge³¹ a précisé les différents éléments dont la présence est nécessaire pour qualifier d'incitation à la haine des propos dont la légitimité est discutée. Sont ainsi successivement énumérés: une "volonté consciente et délibérée" d'inciter à la haine, la violence ou la discrimination; un ton provoquant; l'absence de nuances et de distinctions dans un discours procédant par un amalgame d'idées; un but méprisant; un caractère blessant, outrageant et "de nature à provoquer des réactions passionnelles d'agressivité" à l'encontre des personnes visées des propos; des comportements qui "stimulent et favorisent les passages aux actes de violence"; des faits organisés; ainsi que "l'absence manifeste de regrets et d'amendement". Tous ces critères étaient en l'espèce réunis, le tribunal conclut à l'incitation à la haine sans toutefois déterminer, d'une part, que leur réunion constituait une condition *sine qua non* de l'infraction, d'autre part, le cas non échéant, si tous doivent se voir reconnaître le même poids dans l'analyse.

D'une part, l'analyse textuelle des propos incitatifs conduit les juges à entrer dans une élucidation de codes plus ou moins accessibles. Ainsi trouvera-t-on dans la jurisprudence européenne un traitement différent de l'emprunt d'extraits violents aux textes sacrés selon que le travail de sélection des extraits traduit, ou trahit, une volonté orientée de la personne poursuivie. Au plus la collection de ce genre d'extraits est partielle ou simplement partielle, au plus la condamnation pour incitation se précise. Un travail intellectuel personnel appliqué aux extraits des textes sacrés déclenche une répression que ne permet pas la référence brute à un texte sacré violent. En revanche, la référence brute à un texte violent non issu des grands textes sacrés permet des poursuites plus aisées, voir spécialement qualifiées par divers États au regard de la lutte contre des résurgences fascistes. Le même type de considération s'applique à d'autres paravents narratifs, comme peuvent l'être l'information, l'histoire, la science, la poésie, l'art ou encore l'humour. Les jurisprudences nationales montrent la nécessité d'approche cas par cas pour déterminer si ces styles de discours empêchent ou non leur qualification éventuelle d'incitation à la haine³².

2.3.2. Face à la difficulté de mise en œuvre concrète des approches purement textuelles, les jurisprudences s'engagent assez unanimement sur la nécessité d'une analyse des contextes (auteur, destinataire, cadre, impact social, troubles publics etc.)

Ce recours au contexte conduit d'abord à réinterroger le critère de l'intention éventuellement requise par l'infraction nationale. L'impact contextuel vient-il en cumul avec la preuve d'une **intention** malicieuse, ou peut-il conduire à une qualification de négligence, la personne ayant dû savoir que de tels types de propos allaient avoir ou risquaient d'avoir de tels types d'effets incitatifs sur cette partie-là d'une population.

La jurisprudence régionale est attentive à l'importance du caractère local de cette évaluation contextuelle. Divers biais semblent cependant encore fréquents, notamment dans

³¹ Corr. Bruxelles, 11 avril 1991, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1991, pp. 804-811.

³² V. Par exemple, RUET, C., L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence européenne, R.T.D.H., 2010, pp. 917-937.

l'interférence entre les connaissances notoires et la **culture du juge** d'une part, et d'autre part, les traits concrets de la partie de la population censée stimulée par l'incitation à la haine envers un groupe protégé. Le degré variable de volatilité d'une population semble fréquemment insuffisamment discuté. De même, le contrôle du contexte permet de déceler certains effets de métadiscrimination. Ainsi, a-t-on déjà évoqué la position de la Rapporteuse spéciale pour la liberté religieuse concernant the Macedonian case of Bishop Jovan's conviction for incitement (A/HRC/13/40/Add.2, para. 47): "An opinion by the OSCE/ODIHR Panel of Experts on Freedom of Religion or Belief expressed concerns about the judgement's approach which seemed to suggest that any form of religious activity that has the effect of challenging the legitimacy and supremacy of the Macedonian Orthodox Church as the dominant religion was to be considered as causing religious hatred. In addition, according to the ODIHR opinion, the fact that Bishop Jovan had conducted religious services that prompted a hostile response by opposing believers could not amount to the commission of the criminal offence of incitement to religious hatred."

Une fois encore, la lutte contre l'incitation à la haine ne prend un sens propre que lorsqu'elle est détachable de l'incitation à la violence, pour viser plus généralement les deux autres issues prévues par l'article 20 ICCPR: l'incitation à la discrimination ou à l'hostilité. L'évaluation du contexte se complique singulièrement à défaut d'une évaluation des risques de violences physiques. La jurisprudence régionale permettrait toutefois d'envisager d'autres formes d'impacts contextuels, comme ceux qui *se rapprochent tellement d'une dénégation des libertés du groupe protégé qu'il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société*. Une telle réévaluation du rôle des contextes sociaux et de l'impact du discours d'incitation à la haine laisse évidemment encore ouverte de nombreuses questions, cette fois spécifiques à l'incitation à la haine versus l'incitation à la violence.

Des questions plus générales subsistent également. On voudrait noter en premier lieu celle de la **transnationalisation des contextes**.

La mobilité des populations, et l'importance croissante d'une société de l'information de nature transnationale, notamment par l'Internet et les satellites, posent des questions nouvelles envers lesquelles des juridictions relevant de souverainetés nationales sont peu familiarisées et mal outillées juridiquement. La différence des niveaux de sensibilité au discours de haine aggrave la difficulté propre à la diversité des structures politiques de l'Europe. Le fait que certaines populations soient progressivement "mitridatisées" par la libéralisation progressive de (certains types de) discours polémiques tandis que d'autres se trouvent abritées dans des contextes sociaux plus policés conduit à des conflits d'interprétation plus marqués lorsque ces usages géographiques différents entrent en contact.

3. Portée et limites de nouvelles politiques publiques en Europe

Deux remarques préliminaires s'imposent. La première concerne la **profonde imbrication des dispositifs juridiques de lutte contre l'intolérance** selon différentes perspectives: contre les diverses formes de discrimination directe et indirecte, contre les hate crimes, contre diverses formes abusives de discours, du racisme aux incitations à la violence en passant par diverses formes d'incitation à la haine. Il en va également de l'élargissement progressif de ces dispositifs à divers critères protégés au-delà des catégories nationales, religieuses et raciales. Il est particulièrement difficile d'isoler une politique de répression des incitations à la haine des autres éléments des dispositifs globaux. Plus encore, le droit répressif ne représente pas, ainsi qu'en témoignent les jurisprudences, le dispositif public le plus efficient. L'émergence des institutions nationales et régionales de lutte contre la discrimination assure et confirme l'intégration de ces différents dispositifs autour d'une pilotage réflexif relativement intégré.

La seconde remarque tient au **rôle déterminant des instances régionales** (Conseil de l'Europe, Union européenne, OSCE) dans le déploiement non seulement de conventions et de monitoring régionaux, mais encore de dynamisation et de pilotage de politiques publiques extrêmement nombreuses et diversifiées, correspondant aux différents critères protégés, mais

aussi aux différents secteurs socioprofessionnels des sociétés. La plupart des initiatives nationales s'inscrivent aujourd'hui dans des programmes régionaux soutenus par diverses formes d'incitants publics.

3.1. Laboratoires, expériences, généalogie et géographie des humiliations

L'Europe se transforme en un vaste laboratoire aux expériences multiples visant à progressivement prévenir en aval toute dérive intolérante en étudiant en amont les causes pour les supprimer ou du moins les atténuer. De ces divers points de vue, les phénomènes d'incitation à la haine ne sont que les indices de pathologies sociales et économiques bien plus que de diversités culturelles, nationales, ethniques ou religieuses. Il est certain que les politiques publiques socioéconomiques contribuent à faire évoluer les incidents d'incitation haineuse, mais il semble trop simple de croire que résoudre les disparités socioéconomiques constituerait une solution immédiate et absolue des phénomènes de haine. D'une part, les phénomènes de haines sont liés à des généalogies d'humiliation sociale qui perdure sur plusieurs cohortes générationnelles et ne s'estompe que bien après que les dommages présents aient cessé. D'autre part, la dimension transnationale évoquée plus haut empêche également une politique purement locale d'avoir une efficacité rapide. Le phénomène de globalisation, qu'il soit géographique par l'immigration ou virtuel par l'Internet ou les médias, entrecroise dans une synchronisation apparente des généalogies historiques d'humiliation et de rapport de force dont les échelles et les vitesses sont bien différentes, et dont les importations croisées sont profondément dommageables.

Une dimension particulièrement significative de ces rémanences spatiales et temporelles réside dans **les jeux de perceptions relatifs aux rapports minoritaire / majoritaire**. Le statut de certains groupes ou du moins de la reconnaissance sociale dont ils bénéficient ou non, varient dans le temps et dans l'espace. Ainsi, constate-t-on dans les débats publics européens qu'il est simultanément possible de voir considérer des groupes comme alternativement dominants ou dominés. On en prend ici des exemples religieux, mais il en va de même d'autres critères protégés. Ainsi, les croyants musulmans peuvent se voir perçus comme minoritaires (sur territoire européen) et comme majoritaires (dans des rapports de forces géopolitiquement localisés hors d'Europe). Il en va de même des questions juives (selon que la perception se jouera en référence à la sociologie européenne, ou à la géopolitique proche-orientale). De même, le rapport européen au catholicisme, voire au christianisme, peut imputer aux chrétiens une qualification de majorité, généralement héritée du passé, ou de minorité anticipée par prospective locale ou par certaines données exo-européennes. Ces divers croisements compliquent à leur tour les perceptions de dominations/humiliations et risquent de provoquer certains biais dans les politiques publiques.

La résurgence de débats publics consacrés au **principe de réciprocité** en droit international de la tolérance culturelle ou de la liberté religieuse risque de renforcer les effets contre-productifs qui viennent d'être pointés, du moins s'ils s'inscrivent dans des processus de "représailles", plutôt que de favoriser des processus de "cercles vertueux".

Dans cette section de ce rapport introductif, il ne s'agit pas de dresser en peu de pages un inventaire *exhaustif* de l'ensemble massif des politiques publiques diverses mises en place du niveau régional au niveau le plus local, des pouvoirs publics centraux aux initiatives privées de proximité. Les annexes de ce rapport recensent largement l'éventail des politiques publiques nouvelles, que l'on se contente de citer ici, pour mettre plutôt l'accent sur certaines limites juridiques de dispositifs expérimentaux nouveaux et la nécessité d'une évaluation réflexive de ces processus.

3.2. Variétés et limites de nouveaux dispositifs expérimentaux

Il est malaisé et rare de pouvoir isoler en Europe des dispositifs significatifs visant *spécifiquement* la question de l'incitation à la haine. La plupart des dispositifs nouveaux d'interactions sociales ou de formation citoyenne ont une finalité plus large de cohésion sociale et de ressources de résistances.

Parmi les dispositifs spécifiques et globaux, on relève ceux évoqués par la Résolution 1754 (2010) de l'APCE sur la Lutte contre l'extrémisme: réalisations, faiblesses et échecs. Elle invite les États membres du Conseil de l'Europe:

13.1. À s'attaquer aux causes profondes de l'extrémisme en tant que priorité dans la lutte contre ce phénomène, en prenant les mesures suivantes:

13.1.1. Continuer d'agir résolument contre la discrimination, dans tous les domaines;

13.1.2. Mettre en place des processus de consultation, associant la société civile et les organisations non gouvernementales qui représentent des tendances très diverses de la société, y compris les catégories qui courent le plus le risque de se radicaliser, et de s'assurer ainsi de la participation de la société civile dans l'élaboration et la mise en œuvre de politiques antiextrémistes;

13.1.3. Mettre l'accent sur l'éducation à la citoyenneté démocratique;

13.1.4. Concevoir des politiques d'immigration claires et durables assorties de politiques d'intégration appropriées;

13.1.5. Renforcer leurs activités dans le domaine du dialogue interculturel et interreligieux, également en souscrivant au Livre blanc du Conseil de l'Europe sur le dialogue interculturel;

13.1.6. Élaborer un mécanisme juridique international pour mettre un terme à toutes les formes de soutien financier aux groupes extrémistes;

13.1.7. Mettre en œuvre des politiques socioéconomiques destinées à contribuer aux efforts visant à éradiquer le racisme, la xénophobie et l'intolérance dans la société, et notamment à éliminer les manifestations d'une discrimination fondée sur les convictions religieuses en matière d'accès à l'éducation et à l'emploi et sur le lieu de travail, en matière d'accès au logement dans des zones de mixité, dans les services publics et en matière de participation démocratique par la citoyenneté;

13.2. À continuer à lutter contre le terrorisme et d'autres formes d'extrémisme violent, tout en veillant au respect le plus strict des droits de l'homme et de la prééminence du droit, en conformité avec les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptées par le Comité des Ministres en 2002 et la Recommandation de politique générale n° 8 de l'ECRI pour lutter contre le racisme tout en combattant le terrorisme;

13.3. À s'assurer que la législation antiextrémisme est appliquée de manière systématique et cohérente à toutes les formes d'extrémisme et éviter tout risque d'une mise en œuvre arbitraire;

13.4. À s'assurer que les mesures de limitation ou d'interdiction des activités des partis politiques extrémistes respectent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les Lignes directrices de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) de 1999 sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues, en particulier eu égard au caractère exceptionnel de la dissolution des partis et à l'obligation de rechercher d'autres sanctions avant d'appliquer une telle mesure;

- 13.5. À infliger les sanctions pénales prévues par leur législation contre l'incitation publique à la violence, la discrimination raciale et l'intolérance, y compris l'islamophobie;
- 13.6. À introduire dans leur législation pénale des dispositions contre l'incitation à la haine raciale ou le discours de haine, s'ils ne l'ont pas encore fait, à mettre en œuvre la Recommandation (97) 20 du Comité des Ministres sur le discours de haine et à souscrire aux bonnes pratiques et recommandations énoncées dans la brochure 2008 du Conseil de l'Europe sur le même sujet;
- 13.7. À intensifier des mesures d'information appropriées afin d'encourager les victimes d'actes extrémistes à les dénoncer aux autorités compétentes;
- 13.8. À renforcer le contrôle par les parlements nationaux des activités des services de renseignement, conformément à la Recommandation 1713 (2005) de l'Assemblée sur le contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les États membres;
- 13.9. À améliorer l'analyse du phénomène de l'extrémisme ainsi que la collecte et la comparabilité des données s'y rapportant;
- 13.10. À renforcer la coopération internationale afin d'empêcher la diffusion de la propagande extrémiste sur Internet;
- 13.11. À mettre en place une coopération étroite avec la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) et soutenir ses activités.
14. En outre, l'Assemblée demande à ses membres, aux partis politiques qu'ils représentent et à ses groupes politiques:
- 14.1. De promouvoir ou d'adhérer à la Charte des partis politiques européens pour une société non raciste;
- 14.2. De suivre les suggestions formulées par l'ECRI dans sa Déclaration sur l'utilisation d'arguments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours politique et dans sa Recommandation de politique générale n° 5 sur la lutte contre l'intolérance et les discriminations envers les musulmans;
- 14.3. De promouvoir la création de comités d'éthique au sein des partis politiques et des parlements, dotés du droit de sanctionner leurs membres en cas de comportements ou de discours racistes, antisémites, xénophobes ou islamophobes.
15. Enfin, l'Assemblée encourage le Commissaire aux droits de l'homme à consacrer davantage d'attention à toutes les formes d'extrémisme, notamment l'islamophobie.

De nombreux dispositifs nationaux, voire sous forme de grands plans nationaux sur l'intégration, contre le racisme ou parfois plus spécifiques (comme sur l'inclusion des Roms), visent des secteurs, ainsi pour contrer les dérives de certains discours politiques, notamment par des chartes ou des engagements personnels. Il en va de même envers les médias et les journalistes, par exemple par des concours et des "prix du respect de la tolérance". Cette technique des concours et prix est également mise en œuvre pour discerner les meilleures pratiques publiques. Apparaissent également des codes éthiques pour les fonctionnaires de police ou du parquet.

Un grand nombre de politiques publiques déploient des programmes de proximité: déradicalisation des jeunes, pôles de proximité, expérimentations locales visant à favoriser l'émergence des plaintes des victimes, contact associatif avec les ministères concernés.

On relèvera un ensemble très important de mesures européennes et nationales de lutte contre le Cyber-Hate sur Internet, notamment dans le cadre du protocole relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe additionnel à la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe. Ces mesures correspondent non seulement à l'émergence de nouveaux modes de communications dans l'anonymat, mais plus encore à de nouvelles formes de société virtualisées, à laquelle sont notamment sensibles les plus jeunes.

Les données de la psychologie contemporaine permettent d'évaluer les effets de rupture de toute proximité physique sur la dépersonnalisation des rapports humains et dès lors sur de nouveaux vecteurs de démultiplication de discours haineux. Stimuler les apprentissages d'autorégulation et de responsabilisation permet d'éviter des phénomènes d'emballlement et de boules de neige.

Certains dispositifs se déploient sous forme d'expérimentation ou de laboratoire d'interaction. On voudrait proposer à titre de simple illustration, les analyses multidisciplinaires de nouvelles pédagogies scolaires de l'expérience des conflits³³. Transformer l'école en laboratoire, et soumettre les élèves à des mises en situation de tensions culturelles ou ethniques, ou de la confronter à des discours haineux dont ils seraient les acteurs-victimes ou les acteurs-auteurs est progressivement étudié et testé dans divers pays. Le dépassement encadré de ces épreuves permet un apprentissage fort. Il n'appartient pas à ce rapport d'évaluer ces dispositifs mais de souligner que la jurisprudence européenne a déjà eu l'occasion de marquer certaines limites propres aux droits fondamentaux à l'encontre de certaines expériences de mises en situation, en raison des dommages collatéraux ou rémanents qu'elles peuvent susciter chez certains sujets plus sensibles³⁴.

De façon plus générale, l'attention portée par divers États à des initiatives multiculturelles voire multiconvictionnelles est aussi un enjeu nouveau, qui à son tour convoque comme réalités vivantes divers acteurs et institutions publiques, et mobilise l'intérêt du droit, de la sociologie, la psychologie, la science politique, aux côtés "des théologies"³⁵. Le lieu même du dialogue interreligieux devient un moment spécifique tant pour une politique sociale qu'en matière d'enseignement.

Traiter d'approche expérientielle en matière de tolérance est particulièrement délicat au regard non seulement des droits fondamentaux individuels des élèves mais aussi des obligations de neutralité des pouvoirs publics. Tout obstacle est-il levé par le simple fait de rendre multilatérale cette approche expérientielle, de l'ouvrir à un dialogue non seulement interconvictionnel mais interculturel, ou enfin de l'inscrire dans une perspective de citoyenneté responsable?

³³ Voy. par exemple les études de I. TER AVES, D.P. JOSZA, TH. KNAUTH, J. J. ROSON, G. SKEIE (eds), *Dialogue and Conflict on Religion. Studies of Classroom Interaction in European Countries*, Münster, New York, Waxmann, 2009. Ces expérimentations ne sont en tout cas pas visées par les *Toledo Guiding Principles* written in response to requests from the UN and other inter-governmental bodies to facilitate teaching about religions and beliefs in order to promote tolerance and understanding. They are published by the Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE). http://www.osce.org/publications/odihr/2007/11/28314_993_en.pdf

³⁴ Voy. par exemple, Cour eur. D.H. (Grande chambre), arrêt du 29 Juin 2007 (Folgero c. Norvège), n° 15472/02.

³⁵ Voy. par exemple P. FLORIS, "Laicità e collaborazione a livello locale. Gli equilibri tra fonti centrali e periferiche nella disciplina del fenomeno religioso" *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, 2010, ou encore TIMMERMAN, Chr., SEGAERT, B., *How to conquer the barriers to intercultural Dialogue*, Bruxelles, Bern, Berlin, Peter Lang, Gods, Humans and Religions, vol. 5, 2004.

Bibliographie universitaire – approche comparative des droits européens

- Bakircioglu, O., “Freedom of Expression and Hate Speech”, *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, Vol. 16, Issue 1 (Fall 2008), pp. 1-50 (ONU, USA, Conseil de l’Europe)
- Barendt, E., *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2d edition, 2007 (USA, UK, France, Allemagne)
- Brugger, W. “Ban on or protection of hate speech? Some observations based on German and American Law”, *Droit international privé: Travaux du Comité français de droit international privé*. 17; 1-21; 2002.
- Brugger, W., “The treatment of hate speech in German constitutional law”, *German Law Journal*, 2003, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=212>
- Caretti, P., “Freedom of thought and instigation of hatred in the Italian legal order”, in *Italian national reports to the XVIth International Congress of Comparative Law*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 625-645.
- Coll, A., “Freedom Of Speech In American & Spanish Law: A Comparative Perspective” (2010), *ExpressO*: http://works.bepress.com/alfredo_coll/1
- Courtney, N., “British and United States Hate Speech Legislation: A Comparison” 19 *Brook. J. Int’l L.* 727 (1993)
- Douglass-Scott, S. “The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of American and European Approaches”, 7 *Wm. & Mary Bill Rts J.* 305 (1999).
- Goldberg, D., “Symposium: Comparative Law Of Hate Speech: Europe Bans Terrorist Media: What Sort Of Antidote To Poisonous Voices?”, 17 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 445 (2009)
- Haupt, Cl. E., Regulating Hate Speech – Damned If You Do and Damned If You Don’t: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches, 23 *B.U. Int’l L.J.* 299 (2005)
- Mbongo, P., “Hate Speech, Extreme Speech, and Collective Defamation in French Law in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 221-237.
- Molnar, P. “Towards Improved Law and Policy on ‘Hate Speech’- The ‘Clear and Present Danger’ Test in Hungary” in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 237-264.
- Patz, Chr., “Legal Responses To Hate Speech In Europe And Australia: A Comparison”, *Legaldate*, Jul2009, Vol. 21 Issue 3, p. 7.
- Pizzorusso, A., “The constitutional treatment of hate speech”, in *Convergence of legal systems in the 21st century: general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law*. Brussels: Bruylant, 2006, pp. 1205-1245 (Union européenne, Allemagne, Italie, France, Belgique, Espagne, Grèce, ainsi qu’États-Unis d’Amérique, Canada, Afrique du Sud, Japon, Australie).
- Rosenfeld, M., “Hate Speech In Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, *Cardozo Law Review*, Vol. 24:4 2003 1524 (outre les États-Unis d’Amérique, le Royaume Uni, l’Allemagne).
- Tassopoulos, I.A., “Hate speech and liberal democracy: perspectives from Greece”, *Revue hellénique de droit international*, 2002, 55; 1, 241-258.
- Van Drooghenbroeck, S., Tulkens, F., “La constitution de la Belgique et l’incitation à la haine”, in *The Belgian reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of Comparative law*, Brussels: Bruylant, 2002, pp. 789-827.
- Venice Commission, Blasphemy, insult and hatred – Finding answers in a democratic society (Science and Technique of democracy No.47), Strasbourg, 2010, 313 pp.

Williams QC, Sir David, “Hate Speech in the United Kingdom: An Historical Overview” in *Extreme Speech and Democracy*, Ivan Hare, James Weinstein (eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 92-96