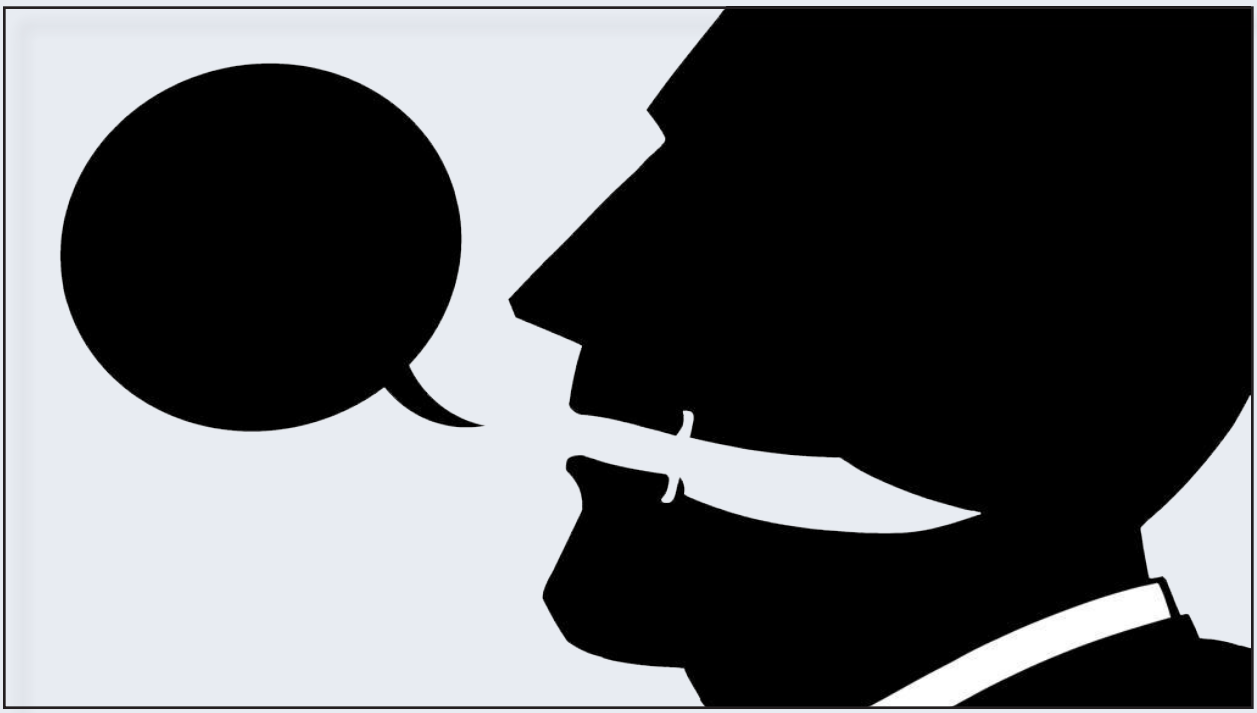
ISSN 2993-1908

RECUEIL SPÉCIAL DE JURISPRUDENCE SUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Jurisprudence sur le discours de haine :



La question persistante des seuils

Global Freedom of Expression
Columbia University

Global Freedom of Expression
Columbia University

Jurisprudence sur le discours de haine : La question persistante des seuils

JUIN 2023

Global Freedom of Expression
COLUMBIA UNIVERSITY

Crédits

Directeurs du recueil

Lee C. Bollinger
Catalina Botero-Marino

Autrice

Natalie Alkiviadou*, *chercheuse principale dans le cadre du projet The Future of Free Speech, Justitia*

Conception

Vladimir Flórez (Vladdo), *illustrateur*
Lourdes de Obaldía, *maquettiste et graphiste*

Remerciements particuliers

Les directeurs, rédacteurs et auteurs du présent recueil souhaitent exprimer leur reconnaissance et leur gratitude à toutes les personnes qui, par leurs efforts et leurs talents, ont permis à ce recueil de voir le jour. Ces publications n'ont été possibles que grâce à l'analyse et à la sélection d'affaires pour la base de données par un grand nombre d'experts et de contributeurs collaborant avec Columbia Global Freedom of Expression. Les dossiers présentés dans ce recueil reproduisent l'analyse des affaires publiées dans notre base de données, ce qui n'a été possible que grâce à leur précieuse contribution.

L'autrice exprime sa gratitude au Dr Hawley Johnson pour ses précieux conseils et son soutien tout au long du processus.

* Les points de vue et les opinions exprimés dans ce document reflètent uniquement le point de vue de son autrice et ne reflètent pas nécessairement celui de Columbia Global Freedom of Expression.

Copyright © 2023 Columbia Global Freedom of Expression. Tous droits réservés.

Global Freedom of Expression
Columbia University

Table des matières

Table des matières

1. INTRODUCTION

1 (i) Objectifs, portée et limites du rapport

1 (ii) Discours de haine : sémantique et notions

2. LES NORMES JURIDIQUES INTERNATIONALES : LES NATIONS UNIES

2.1 Le contexte fondamental : article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : La liberté d'expression (et ses limites)

2.2 Article 20, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

2.3 Article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : interdire les manifestations de racisme

2.4 La lutte contre le discours de haine au niveau des Nations Unies : modes de sanction ou d'interdiction

3. LES NORMES JURIDIQUES INTERNATIONALES : L'UNION EUROPÉENNE

3.1 Décision-cadre de l'Union européenne sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

4. LES NORMES JURIDIQUES INTERNATIONALES : LE CONSEIL DE L'EUROPE

4.1 La Convention européenne des droits de l'homme et les principes fondamentaux de la Cour européenne des droits de l'homme

4.1 (i) Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme

4.1 (ii) Article17 de la Convention européenne des droits de l'homme

4.1 (iii) Définition du discours de haine par la Cour européenne des droits de l'homme ?

4.2 Le Comité des Ministres

5. L'ANALYSE JURISPRUDENTIELLE : LE DISCOURS DE HAINE PAR THÈME

5.1 (i) Négation de génocide et antisémitisme – La Cour européenne des droits de l'homme

5.1 (ii) Négation de génocide et antisémitisme : les Nations Unies

5.1 (iii) Négation de génocide et antisémitisme : la Cour suprême des États-Unis

5.1 (iv) Négation de génocide – La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

5.2 (i) Haine ethnique et religieuse – La Cour européenne des droits de l'homme

5.2 (ii) Haine ethnique et religieuse – Les Nations Unies

5.2 (iii) Haine ethnique et religieuse – La Cour suprême des États-Unis

5.3 (i) Orientation sexuelle : la Cour européenne des droits de l'homme

5.3 (ii) Orientation sexuelle : les Nations Unies

5.3 (iii) Orientation sexuelle – La Cour suprême des États-Unis

5.3 (iv) Orientation sexuelle : l'Afrique du Sud

6. CONCLUSION

I. Introduction

1 (i) Objectifs, portée et limites du rapport

Ce rapport présente les tendances et les pratiques des institutions régionales et internationales en ce qui concerne leur approche et leur traitement du discours de haine. Pour ce faire, il s'appuie sur la base de données de l'initiative Global Freedom of Expression de l'université de Columbia et sur la base de données du projet Future of Free Speech (Justitia). Il vise à constituer un guide pour les défenseurs des droits de l'homme, les universitaires, les avocats et les organisations de la société civile, ainsi que pour les membres du pouvoir judiciaire, du pouvoir législatif et les décideurs politiques, en exposant les normes et la jurisprudence internationales, régionales et parfois nationales en matière de « discours de haine ».

Le rapport aborde la question du discours de haine à travers trois volets thématiques, à savoir le déni de génocide, la haine ethnique et religieuse et l'orientation sexuelle. Il commence par un cadre conceptuel, fournissant différentes définitions et conceptualisations du discours de haine par des institutions et des experts régionaux/internationaux. Après une brève présentation du contexte sémantique du discours de haine, le rapport donne un aperçu des normes juridiques internationales/régionales applicables au discours de haine. Il s'agit notamment, lorsque cela est pertinent et applicable, de l'interdiction directe de ce type de discours et des restrictions de la liberté d'expression pour des motifs liés à la limitation (tels que les droits et la réputation d'autrui). Le rapport examine l'Organisation des Nations Unies (ONU) en tant que seule institution mondiale (et non régionale), évalue la manière dont la liberté d'expression est assurée dans ses documents et définit les restrictions spécifiques imposées au discours de haine en vertu de l'article 20, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR). Alors que la jurisprudence de leurs comités de suivi respectifs est évaluée dans la section sur la jurisprudence, où les principes fondamentaux et les règles d'interprétation des articles eux-mêmes se posent, des informations sont fournies dans la section 2 sur les normes internationales. Cette section examine également d'autres documents clés tels que le Plan d'action de Rabat, des questions cruciales telles que les modes de sanction ou d'interdiction énoncés dans les deux articles centraux (article 20, paragraphe 2, et article 4) et les discussions entourant le débat liberté d'expression/discours de haine au niveau des Nations Unies. Elle fait également référence à la Convention américaine des droits de l'homme et à la Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique, en raison de leur adoption du paradigme de l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP en lien avec l'interdiction de l'appel à la haine (et d'autres calamités). La section 3 traite de l'Union européenne (UE). Les lois de l'UE sont transposées par ses 27 États membres. Cependant, l'effet dit « de Bruxelles »[1] qui fait que son impact s'étend au-delà de ses propres membres, rend une analyse de l'UE indispensable pour toute évaluation transrégionale/internationale du traitement législatif et judiciaire du discours de haine. La section 4 porte sur le Conseil de l'Europe et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (aucun parallèle avec l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP n'y figure). Elle fournit une vue d'ensemble des observations clés sur le fonctionnement et l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme en tant que juridiction régionale ayant rendu le plus grand nombre de décisions en matière de discours de haine. Elle fait référence à une recommandation du Conseil des ministres qui est l'un des rares documents (bien que non contraignant) à proposer une définition du discours de haine. Après avoir planté le décor régional/international, le rapport procède à un tour d'horizon jurisprudentiel du discours de haine par thèmes largement définis, à savoir le déni de génocide et l'antisémitisme, le discours de haine ethnique et religieuse et l'orientation sexuelle.

Ce rapport se concentre sur les normes et les affaires internationales/régionales en matière de discours de haine, mais comprend également deux études de cas nationales. La première concerne la Cour suprême

1 Anu Bradford, « The Brussels Effect: How the European Union Rules the World » (2020) Oxford University Press.

des États-Unis qui, comme le montre la section sur la jurisprudence, a été citée par d'autres juridictions telles que la Cour européenne des droits de l'homme. La principale raison pour laquelle ce pays a été choisi comme étude de cas nationale est qu'il est soumis à des obligations strictes au titre du premier amendement, ce qui rend le traitement judiciaire des cas de discours de haine assez différent de celui des autres pays du monde. Bien qu'il ne s'agisse pas de l'approche préférée en matière de discours de haine, les idées et les valeurs qui peuvent découler d'un tel niveau de protection de la liberté d'expression sont indispensables à la discussion sur une approche solide du traitement du discours de haine par les juridictions. Ce rapport examine également une affaire s'étant déroulée en Afrique du Sud. Cette décision a été rendue pour plusieurs raisons. Premièrement, l'affaire choisie est une affaire récente et importante sur le discours homophobe qui a été portée devant la plus haute juridiction du pays ; deuxièmement, l'Afrique du Sud dispose d'une disposition interdisant le discours de haine dans sa Constitution, comme indiqué ci-dessous ; troisièmement, à la suite de recherches approfondies dans le cadre du projet Future of Free Speech, son directeur exécutif, Jacob Mchangama, et l'autrice du présent rapport ont fait valoir que l'Afrique du Sud (en particulier les juridictions supérieures du système judiciaire) a « une voie plus cohérente à suivre en cherchant à fusionner les valeurs essentielles de la liberté d'expression et de l'égalité/de la dignité »[2] et confèrent « clarté et transparence à ce qui doit être interdit et à ce qui ne l'est pas ».[3] Cela peut être intéressant pour les utilisateurs de ce rapport qui cherchent à établir des liens entre les différentes approches et à trouver un juste milieu entre des thèmes qui ont souvent été présentés comme contrastés et conflictuels. Bien que l'on ne dispose d'aucune jurisprudence en provenance des Amériques, il sera fait référence à une affaire de négation de génocide entendue par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Ce rapport se termine par des conclusions sur les tendances de chaque entité évaluée ainsi que par des réponses à des questions clés :

- Quelle est l'approche du droit international relatif aux droits de l'homme à l'égard du discours de haine ?
- Quelles sont les convergences et divergences entre les juridictions régionales/internationales/nationales ?
- Quelles bonnes/mauvaises pratiques peuvent être identifiées dans la vue d'ensemble fournie en ce qui concerne le traitement du discours de haine ?

Le rapport présente des limites en termes de portée. Plus particulièrement, bien qu'il examine les Nations Unies, le cadre européen (Union européenne et Conseil de l'Europe), les Amériques et l'Afrique dans leurs formes régionales de droits de l'homme, il n'évalue pas les approches régionales plus récentes telles que celles de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) et de l'Organisation de la coopération islamique (OCI).[4] Il convient également de noter l'absence d'un système interasiatique unifié des droits de l'homme, qui empêche toute discussion dans ce contexte particulier. En outre, le rapport n'aborde pas la question du discours de haine en ligne comme une question distincte. La raison en est que ce thème bénéficierait davantage d'un rapport en soi, compte tenu des développements nationaux récents en la matière, tels que la loi allemande sur l'application des réseaux, la récente loi sur les services numériques de l'Union européenne, d'autres documents tels que la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe qui comporte un protocole additionnel sur les contenus racistes et xénophobes, les débats sur l'article 230 de la loi sur la décence des communications, la détérioration de la liberté sur Internet dans

2 Jacob Mchangama et Natalie Alkiviadou « South Africa the Model? A Comparative Analysis of Hate Speech Jurisprudence of South Africa and the European Court of Human Rights » (2022) Journal of Free Speech Law, https://www.journaloffreespeechlaw.org/mchangamaalkiviadou.pdf.

3 Ibid.

4 Pour une vue d'ensemble des deux, veuillez consulter : Evelyn Aswad et David Kaye, « Convergence and Conflict: Reflections on Global and Regional Human Rights Standards on Hate Speech » (2022) 20 Northwestern Journal of Human Rights 3, p. 209, https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol20/iss3/1/.

le monde, le pouvoir accru des plateformes sur le discours autorisé et les conditions de service/normes/consignes communautaires des plateformes de réseaux sociaux elles-mêmes.

1 (ii) Discours de haine : sémantique et notions

Il n'existe pas de définition universellement acceptée du discours de haine.[5] Cela est dû à deux raisons principales, à savoir l'interprétation variable de la liberté d'expression, principalement entre les pays ou les régions, et les différences interdépendantes dans la conceptualisation du préjudice. Le discours de haine réside « dans un lien complexe avec la liberté d'expression et les droits des groupes, ainsi qu'avec les concepts de dignité, de liberté et d'égalité ».[6] La meilleure solution que nous obtenions en général consiste à trouver une définition dans un document politique non contraignant d'un comité ou d'un organisme spécialisé. Les États et les institutions adoptent leur propre interprétation du discours de haine[7] sans pour autant le définir.[8] Déterminer ce qui constitue un discours de haine en l'absence d'une telle formulation devient encore plus difficile si l'on considère que le discours de haine peut « se dissimuler sous des déclarations qui, à première vue, paraissent rationnelles ou normales »[9] et ne se manifeste pas nécessairement par l'expression de la haine ou d'émotions.[10]

Comme l'explique en détail Belavusau, au niveau national, ce phénomène a été mentionné dans les lois pénales européennes après la Seconde Guerre mondiale, principalement sous le titre d'« incitation à la haine ».[11] En revanche, la doctrine constitutionnelle de la première moitié du XXIe siècle tend à adopter une transposition de l'expression américaine « hate speech ».[12] En outre, certaines constitutions plus récentes, par exemple en Amérique latine,[13] en Slovénie[14] et en République d'Afrique du Sud,[15] contiennent des clauses spécifiques visant à interdire l'incitation à la haine. Par ailleurs, l'interdiction du discours de haine s'est d'abord faite exclusivement sur le fondement de la race et de l'origine ethnique, alors que ces dernières années, elle a progressivement commencé à englober d'autres motifs de non-discrimination, tels que le sexe, l'orientation sexuelle et le handicap.[16]

Au niveau international, la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la lutte contre le discours de haine est l'un des rares documents, bien que non contraignant, qui ait cherché

---

5 Recommandation générale 32 sur la signification et la portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (2009) CERD/C/GC/32, paragraphe 9, https://www.refworld.org/docid/4adc30382.html.

6 Leandro Silva, Mainack Mondal, Denzil Correa, Fabricio Benevenuto, « Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media », Procédure lors de la dixième Conférence internationale de l'AAAI (Association for the Advancement of Artificial Intelligence) sur le web et les réseaux sociaux (2016) 688, https://arxiv.org/abs/1603.07709.

7 Comité d'experts du Conseil de l'Europe pour le développement des droits de l'homme, Rapport (2007), chapitre IV, 123, paragraphe 4.

8 Natalie Alkiviadou, « Regulating Hate Speech in the EU » dans Stavros Assimakopoulos, Fabienne H Baider et Sharon Millar (eds), « *Online Hate Speech in the EU: A Discourse Analytical Perspective* » (1re édition, Springer Briefs in Linguistics 2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3117294.

9 Anne Weber, « Manuel sur le discours de haine » (1997), Éditions du Conseil de l'Europe, 5, https://book.coe.int/fr/human-rights-and-democracy/4198-pdf-manual-on-hate-speech.html.

10 Ibid.

11 Tchèque : propagace hnutí, français : incitation à la haine, allemand : Volksverhetzung, russe : возбуждение ненависти et suédois : hets mot folkgrupp. Voir Natalie Alkiviadou et Uladzislau Belavusau, « Rien que de Mots : Counteracting Homophobic Speech in European and U.S. Law » (2021) 4 International Journal of Discrimination and the Law, p. 394 https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/13582291211043420.

12 Ibid. Néerlandais : *haatspraak,* français : *discours de haine*, italien : *discorsi di odio* et polonais : *mowa nienawiści*.

13 Ibid. Constitution de l'Équateur : 20 octobre 2009, art. 19 ; Constitution de la République bolivarienne du Venezuela : 15 décembre 1999, art. 57.

14 Ibid. Constitution de la République de Slovénie, art. 63. Pour une analyse complète, voir

15 Ibid. La Constitution de la République d'Afrique du Sud (https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#16) Chapitre 2, article 16.

16 Uladzislau Belavusau, « Hate Speech » Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law. (Oxford University Press 2017), http://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e130, paragraphe 17.

à élucider la signification du discours de haine.[17] Elle prévoit que ce terme 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 sou 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'immigration ». Il est intéressant de noter que la Recommandation intègre la justification de la haine ainsi que sa propagation, son incitation et sa promotion, ce qui permet à un large éventail d'intentions de relever de sa définition.

On peut également citer l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), qui considère le discours haineux comme « une incitation et un encouragement à la haine, à la discrimination ou à l'hostilité à l'égard d'une personne à cause d'un préjugé fondé sur une caractéristique donnée ».[18] Dans un rapport sur l'homophobie, la FRA a estimé que l'expression « discours haineux », telle qu'elle est employée dans la section concernée, « désigne un large spectre d'actes verbaux, y compris des discours publics à caractère irrespectueux »[19].

Dans le cadre des commentaires universitaires, une série de définitions ont été proposées pour décrire le discours de haine. En explorant ses différentes formulations, Belavusau indique que le discours de haine est « profondément ancré dans les idéologies du racisme, du sexisme, de l'intolérance religieuse, de la xénophobie et de l'homophobie ».[20] En outre, il affirme que l'identification des motifs à l'origine du discours de haine est une tâche délicate et pose la question de savoir où les limites doivent être fixées.[21] Selon Matsuda, le discours de haine qu'elle perçoit et conceptualise uniquement comme un discours raciste contient trois éléments centraux : à savoir que le message dénote une « infériorité raciale, le message est dirigé contre des groupes historiquement opprimés et le message est persécuteur, haineux et dégradant ».[22] McGonagle propose une interprétation large du discours de haine en termes de seuil, mais pas en termes de contenu et de groupes cibles, arguant que « pratiquement toutes les déclinaisons racistes et apparentées de l'expression nocive et attentatoire à l'identité pourraient être incluses dans l'acception large du terme ».[23] Smolla le définit comme un « terme générique qui en est venu à englober l'utilisation d'attaques verbales fondées sur la race, l'origine ethnique, la religion et l'orientation ou la préférence sexuelle ».[24]

Bien que certains éléments communs puissent être dégagés de ces approches du discours de haine et de leurs variations, on peut affirmer que « le discours de haine semble être tout ce que les gens choisissent de signifier ».[25] Ce que l'on peut déduire des diverses extrapolations du discours de haine, c'est qu'il « désigne les minorités comme objet d'abus et de harcèlement ».[26]

---

17 Recommandation 97 (20) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le discours de haine, https://www.coe.int/fr/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-.

18 Agence des droits fondamentaux, « Discours et crimes haineux à l'encontre des personnes LGBT » (2009) 1, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1226-Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_FR.pdf.

19 Agence des droits fondamentaux, « Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation » (2009) 44, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf.

20 Uladzislau Belavusau, *« Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies »* (1re édition Routledge, Londres 2013) 41, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf.

21 Ibid.

22 Mark Slagle, « An Ethical Exploration of Free Expression and The Problem of Hate Speech » (2009) 24 *Journal of Mass Media Ethics* 4, paragraphe 242, https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/08900520903320894.

23 Tarlach McGonagle, « Wrestling Racial Equality from Tolerance of Hate Speech » (2001) 23 *Dublin University Law Journal* 21, 4, https://www.ivir.nl/publicaties/download/DULJhatespeech.pdf.

24 Claudia E. Haupt, « Regulating Hate Speech - Damned If You Do and Damned If You Don't: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches » (2005) 23 *Boston University International Law Journal* 2, 304, https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/volume23n2/documents/299-336.pdf.

25 Roger Kiska, « Hate Speech: A Comparison Between The European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence » (2012) 25 *Regent University Law Review* 1, 110, https://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v25n1/04Kiskavol.25.1.pdf.

26 Précité à la note 22, paragraphe 238.

2. LES NORMES JURIDIQUES INTERNATIONALES : LES NATIONS UNIES

2.1 Le contexte fondamental : article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : La liberté d'expression (et ses limites)

L'article 19 énonce ce qui suit :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

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

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

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

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

Malgré le rôle central que joue la liberté d'expression dans le cadre juridique international, « cette liberté ne jouit pas d'une position de primauté parmi les droits au point de l'emporter sur les droits à l'égalité ».[27] En gardant cela à l'esprit, les restrictions ne doivent pas être imposées à la légère étant donné que, comme le note l'Observation générale 34, l'article 19, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) s'étend « même à l'expression qui peut être considérée comme profondément offensante ».[28] Afin de clarifier le sens et l'applicabilité des clauses de limitation du PIDCP et de promouvoir leur mise en œuvre légitime, les Principes de Syracuse du Conseil économique et social des Nations Unies ont été interprétés par un groupe d'experts en droit international dans le cadre d'une initiative menée par un certain nombre d'ONG. Malgré la nature non contraignante de ces principes, ils sont néanmoins pertinents pour toute discussion relative à la restriction des libertés et des droits du PIDCP, étant donné qu'ils constituent le seul effort constructif des experts pour fournir une interprétation uniforme des clauses de limitation de l'article 19. Les Principes prévoient que « la portée d'une restriction mentionnée dans le Pacte ne doit pas être interprétée d'une manière qui aille à l'encontre de la nature du droit concerné ».[29] La restriction doit être « prévue par la loi », ce qui signifie qu'elle doit être formulée avec suffisamment de détails pour permettre aux citoyens de s'y conformer.[30] Elle doit être accessible au public[31] et ne doit pas donner aux mécanismes d'application un pouvoir discrétionnaire non réglementé pour restreindre la liberté d'expression.[32] Le Plan d'action de Rabat, évoqué dans la section consacrée à l'article 20, paragraphe 2, souligne que les restrictions imposées à la liberté d'expression doivent être clairement définies, sans avoir un champ

---

27 Stephanie Farrior, « Molding The Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech. » (1996) 14 *Berkeley Journal of International Law* 1, 3, https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/berkjintlw14&div=6&id=&page=.

28 Observation générale 34 du CDH des Nations Unies, « Article 19 – Liberté d'opinion et d'expression » (2011) CCPR/C/GC/34, paragraphe 11.

29 Nations Unies, Conseil économique et social, Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations, E/CN.4/1985/4, Annexe (1985), https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf.

30 Ibid.

31 Ibid.

32 Observations finales du CDH : Lesotho (1999) CCPR/C/79/Add.106, paragraphe 23, https://www.refworld.org/docid/3df37b724.html.

d'application trop large, répondre à un besoin social impérieux, constituer les mesures les moins intrusives possible et être proportionnelles à leur objectif.[33] Le processus essentiel pour déterminer si un discours doit être interdit consiste à trouver un juste équilibre entre les droits et libertés conflictuels susmentionnés. En ce qui concerne le PIDCP, il a été avancé qu'il adopte une approche axée sur la victime lorsqu'il s'agit de mettre en balance la liberté d'expression « et le droit de l'auditeur à ce que sa dignité humaine inhérente soit protégée contre les blessures causées par le discours de haine ».[34] Néanmoins, en imposant des restrictions à cette liberté, les États ne doivent « en aucun cas porter atteinte au droit lui-même ».[35] En outre, l'article 19, paragraphe 3, du PIDCP ne doit pas être interprété comme« autorisant l'interdiction de discours impopulaires ».[36] Ainsi, la restriction de l'expression n'est pas une tâche simple, avec une série de facteurs qui doivent être pris en compte lors de la formulation et de la mise en œuvre d'une restriction.

Si le droit d'avoir des opinions est absolu, la liberté d'expression « comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales » et peut être restreinte si cela est prévu par la loi et nécessaire au respect des droits ou de la réputation d'autrui ou à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.[37] Dans ce domaine, le CDH a été confronté à des affaires portant sur le discours de haine. Par exemple, l'affaire *Faurisson c. France*,[38] qui a été intentée par un révisionniste lequel, entre autres, a formulé les affirmations suivantes :

> Je souhaite que 100 % des Français se rendent compte que le mythe des chambres à gaz est une gredinerie, entérinée en 1945-1946 par les vainqueurs de Nuremberg et officialisée le 14 juillet 1990 par le gouvernement en place de la République française, avec l'approbation des historiens de cour.[39]

L'historien poursuivi en vertu d'une loi antirévisionniste (la loi Gayssot) a porté son affaire devant le CDH, estimant que sa liberté d'expression avait été bafouée. Le CDH a estimé que le discours antisémite pouvait être limité afin de protéger les droits et les libertés d'autrui, à savoir les Juifs, contre la haine religieuse. Il a déclaré ce qui suit :

> Les restrictions imposées à l'auteur ne portaient pas atteinte à l'essence de son droit à la liberté d'expression et ne touchaient en rien à sa liberté de recherche ; elles étaient intimement liées à la valeur devant être garantie – le droit d'être protégé contre la provocation au racisme ou à l'antisémitisme ; la sauvegarde de cette valeur n'aurait pas pu être obtenue, dans les circonstances, par des moyens moins radicaux.

2.2 Article 20, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

L'article 20, paragraphe 2, du PIDCP diffère de la majorité des droits énoncés dans ce pacte et dans d'autres conventions, car, au lieu d'énoncer un droit de l'homme particulier comme dans la plupart des

---

33 Plan d'action de Rabat sur l'interdiction de tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence (2012), paragraphe 18, https://www.ohchr.org/en/documents/outcome-documents/rabat-plan-action.

34 Nazila Ghanea, « Minorities and Hatred: Protections and Implications » (2010) 17 *International Journal on Minority and Group Rights* 3, 433, https://doi.org/10.1163/157181110X512151.

35 Observation générale 18 du CDH : « Non-discrimination » (1994) HRI/GEN/1/Rev.1, page 26, paragraphe 12, https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Human%20Rights%20Committee,%20General%20Comment%2018.pdf.

36 Faurisson c. France, communication nº550/1993 (8 novembre 1996) CCPR/C/58/D/550/1993, opinion individuelle d'Elizabeth Evatt et de David Kretzmer (opinion concordante), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/faurisson-v-france/.

37 Article 19 du PIDCP

38 Faurisson c. France, paragraphe 9.6.

39 Ibid. au paragraphe 2.6.

articles des conventions, il interdit directement certaines formes d'expression. Cette approche s'apparente à celle de l'article 4 de la CIEDR, qui limite les droits et libertés dans le but de restreindre la manifestation du racisme.

L'article 20, paragraphe 2, est formulé comme suit : « 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 ».

Des questions de liberté d'expression se posent, tout comme dans le cas de l'article 4 de la CIEDR, étant donné que l'appel se fait par le biais de l'expression. Plusieurs pays ont émis des réserves à l'article 20, paragraphe 2, sur le fondement de la liberté d'expression, comme l'illustre la réserve du Luxembourg, qui a jugé que :

> Le Gouvernement luxembourgeois déclare qu'il n'estime pas être obligé de légiférer dans le domaine de l'article 20, paragraphe 1, et que l'ensemble de l'article 20 sera appliqué en tenant compte des droits à la liberté de pensée et de religion, d'opinion, de réunion et d'association proclamés par les articles 18, 19 et 20 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et réaffirmés aux articles 18, 19, 21 et 22 du Pacte.

À cet égard, le CDH a été clair dans son approche. Dans son Observation générale nº 34, le Comité a déclaré que « les articles 19 et 20 sont compatibles l'un avec l'autre et se complètent. Les actes visés à l'article 20 tombent sous le coup des restrictions énoncées au paragraphe 3 de l'article 19. »[40]

En ce qui concerne la signification de l'article 20, paragraphe 2, et les seuils qui s'y rapportent, deux documents ont été particulièrement pertinents pour clarifier son sens. Un rapport de 2012 du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression définit l'appel comme « la promotion et le soutien explicites, intentionnels, publics et actifs de la haine envers le groupe visé ».[41] Ce rapport fournit également une brève description de ce que l'on entend par haine, incitation, discrimination, hostilité et violence. Le fait de fournir de telles explications pourrait faciliter la compréhension de l'article 20, paragraphe 2, par les États parties. Le Plan d'action de Rabat vise à clarifier les normes et les seuils liés à l'article 20 du PIDCP. Ce document peut être utilisé et appliqué dans divers cadres, allant de la réglementation du contenu en ligne à l'approche des juridictions nationales et internationales. Il indique que l'application de l'article 20 du PIDCP doit être soumise à un seuil élevé.[42] Le rapport 2012 du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression indique également que « le critère permettant de définir les types d'expression justiciables du paragraphe 2 de l'article 20 devrait être strict et certain ».[43] Le Plan d'action de Rabat souligne que les restrictions à la liberté d'expression doivent être clairement définies, sans avoir un champ d'application trop large, répondre à un besoin social impérieux, constituer les mesures les moins intrusives possible et être proportionnelles à leur objectif.[44] Il indique que « les sanctions pénales visant les formes d'expression illégales devraient être considérées comme des mesures de dernier recours ».[45] À cet égard, il convient de noter que la Recommandation de politique générale nº 15 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) prévoit que le droit pénal ne doit être utilisé qu'en dernier recours.[46] Pour assurer la protection de la liberté d'expression, le

---

40 Comité des droits de l'homme, Observation générale nº 34 : paragraphe 50.

41 Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression (2012) A/67/357, paragraphe 44(b), https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/67/357.

42 Plan d'action de Rabat, paragraphe 22.

43 Ibid. au paragraphe 45.

44 Ibid. au paragraphe 18.

45 Ibid. au paragraphe 22.

46 ECRI, Recommandation générale nº 15, https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01.

Plan d'action de Rabat propose un examen de seuil comportant six étapes pour l'application de l'article 20, paragraphe 2, qui comprend les éléments suivants :

(1) le **contexte** social et politique ;

(2) le statut de l'**orateur ;**

(3) l'**intention** d'inciter le public à s'opposer à un groupe cible ;

(4) le **contenu** et la forme du discours ;

(5) l'**ampleur** de sa diffusion et

(6) la **probabilité** de préjudice, y compris l'imminence.

La seule convention régionale sur laquelle l'article 20, paragraphe 2, semble avoir une incidence directe est la Convention américaine relative aux droits de l'homme. L'article 13 prévoit la liberté d'expression (avec certaines limites, comme celles prévues à l'article 19 du PIDCP, telles que le respect des droits ou de la réputation d'autrui, la protection de l'ordre public, etc.). Toutefois, la partie 5 de ce document énonce ce qui suit :

> Sont interdits par la loi toute propagande en faveur de la guerre, tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constituent des incitations à la violence, ainsi que toute autre action illégale analogue contre toute personne ou tout groupe de personnes déterminées, fondée sur des considérations de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale, ou sur tous autres motifs.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'ayant pas encore rendu d'arrêt concernant cet article, aucune section distincte sur la jurisprudence n'est incluse dans le présent rapport. En revanche, il convient de noter que le Rapporteur spécial pour la région a souligné que l'intention et la capacité sont toutes deux nécessaires pour prouver l'appel à la haine. Plus précisément, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il doit y avoir « comme condition préalable, des preuves solides et objectives que la personne n'exprimait pas simplement une opinion, mais qu'elle avait également l'intention claire de commettre un acte illégal et la possibilité réelle, actuelle et effective de parvenir à ses fins ».[47]

Bien qu'il ne s'agisse pas du principal document régional pour l'Afrique, en 2002 la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a adopté la Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique. Elle a été révisée en 2019.[48] Cette Déclaration inclut, entre autres, une interdiction obligatoire des discours de haine, formulée de manière similaire à l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP. Plus précisément, le Principe 23 intitulé « le discours interdit » stipule que :

> 1. Les États interdisent tout discours prônant la haine nationale, raciale, religieuse ou d'autres formes de haine discriminatoire et constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.

47 Catalina Botero Marino (Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapporteuse spéciale pour la liberté d'expression), Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, ¶ 544 (20 décembre 2009), https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/annual/Informe%20Anual%202009%202%20ENG.pdf.

48 Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique 2019, https://achpr.au.int/fr/node/902.

> 2. Les États n'imposent des sanctions pénales pour discours interdit qu'en dernier ressort et uniquement pour les cas les plus graves. Pour déterminer le seuil de gravité qui peut justifier des sanctions pénales, les États prennent en considération ce qui suit : a. le contexte social et politique existant ; b. le statut de l'orateur par rapport au public ; c. l'existence d'une intention manifeste d'incitation ; d. le contenu et la forme du discours ; e. la portée du discours, y compris sa nature publique, l'importance de l'auditoire et les moyens de diffusion ; f. la probabilité réelle et l'imminence d'un préjudice.
>
> 3. Les États n'interdisent pas les discours qui manquent tout simplement de courtoisie ou qui offensent ou perturbent.

2.3 Article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : interdire les manifestations de racisme

Le texte de l'article 4 de la CIEDR est le suivant :

> Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales ; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment :
>
> a) à déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ;
>
> b) à déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités ;
>
> c) à ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager.

L'article 4 de la CIEDR interdit les idées, la propagande et l'expression racistes, ainsi que les actes de violence raciste et l'incitation à de tels actes. Il vise à lutter contre la haine raciale telle qu'elle se manifeste à la fois par des discours, des actes et des groupes organisés et par des discours racistes prononcés par des fonctionnaires. Dans sa Recommandation générale nº 35, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) a indiqué que les discours et les actes interdits en vertu dudit article sont ceux qui sont :

> dirigés contre des groupes reconnus par l'article premier de la Convention, lequel interdit la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, notamment les peuples autochtones, les groupes fondés sur l'ascendance et les immigrés ou non-ressortissants tels que les travailleurs domestiques migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile, ainsi que les propos visant les femmes de ces groupes et d'autres groupes vulnérables. [...] L'attention du Comité a aussi porté sur les discours de haine proférés contre des personnes appartenant à certains groupes ethniques qui professent ou pratiquent une religion différente de celle de la majorité, tels que les

manifestations d'islamophobie, d'antisémitisme et autres manifestations de haine dirigées contre des groupes ethnoreligieux.[49]

Le contexte historique de la CIEDR est important pour contextualiser la formulation de l'article 4. Comme l'a noté le CEDR, à l'époque, « la crainte d'un renouveau des idéologies autoritaires était largement répandue »[50] et la nécessité de restreindre militairement l'expression et l'association des racistes était considérée comme primordiale, d'où l'existence de l'article 4. Dans sa Recommandation générale nº 15, le CEDR a souligné que cet article avait un caractère obligatoire,[51] et a été décrit par Mahalic et Mahalic comme « l'article le plus important de la Convention ».[52] Il est particulièrement pertinent dans le cadre de la discussion actuelle, car, comme l'a noté le CEDR, il est « le principal outil utilisé pour combattre les discours de haine ».[53]

L'Assemblée générale des Nations Unies a réitéré l'importance pour les États parties de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les différentes formes et manifestations du racisme, comme l'indique l'article 4,[54] tandis que le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a souligné que les États parties doivent ériger en infraction pénale l'incitation à la violence imminente fondée sur la religion ou la croyance.[55] Dès le début de ses activités, le CEDR a souligné que l'incorporation de l'article 4 dans la législation nationale est « obligatoire en vertu de la Convention pour tous les États parties »[56] et condamne les pays qui ne se conforment pas à cette exigence stricte. Par exemple, dans ses Observations finales concernant le Japon, le CEDR a exprimé sa préoccupation concernant la législation nationale, arguant que, bien qu'il existe des dispositions relatives à la diffamation et à d'autres délits pouvant être utilisés en relation avec des idées racistes, « la législation de l'État partie n'est pas pleinement conforme à toutes les dispositions de l'article 4 ».[57] En tant que tel, le CEDR a recommandé que « l'État partie [prenne] les mesures voulues pour réviser sa législation, notamment son Code pénal, afin de donner effet aux dispositions de l'article 4 ».[58] Bien que l'élaboration d'une législation pertinente soit une obligation pour les États parties en voie d'adhésion, le CEDR a souligné que l'adoption d'une législation n'est pas suffisante pour assurer le respect de l'article 4, et que la mise en œuvre correcte de cette législation est une condition préalable nécessaire.[59] Par exemple, dans sa jurisprudence, il a souligné que :

---

49 Recommandation générale nº 35 du CEDR , paragraphe 6.

50 Recommandation générale nº 15 du CEDR, paragraphe 1.

51 Ibid. au paragraphe 10.

52 Drew Mahalic et Joan Gambee Mahalic, The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1987) 9 Human Rights Quarterly 1, 89, https://doi.org/10.2307/761947.

53 Recommandation générale nº 35 du CEDR, paragraphe 8.

54 Résolution nº 66/143 de l'Assemblée générale : Caractère inacceptable de certaines pratiques qui contribuent à alimenter les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée (29 mars 2012), https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/Res%2066%20143%20GA%20inadmissibility%20of%20practicesfuelling%20racism,%20racial%20discrimination,%20xenophobia%20and%20related%20intolerance.pdf.

55 Résolution nº 16/18 du Conseil des droits de l'homme : Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence visant certaines personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions (12 avril 2011), https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/a.hrc.res.16.18_en.pdf ; Résolution nº 19/25 du Conseil des droits de l'homme : Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence visant certaines personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions (10 avril 2012), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A.HRC.19.25_en.pdf.

56 Recommandation générale nº 1 du CEDR : Obligations des États parties (1972) A/8718, p. 37, http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/genrei.htm.

57 Observations finales : Japon, CEDR, CERD/C/JPN/CO/7-9 (2014), paragraphe 10, https://www.mofa.go.jp/files/000060744.pdf.

58 Ibid.

59 Recommandation générale nº 15 du CERD, paragraphe 2.

> Les prescriptions de l'article 4 de la Convention étant impératives, pour y satisfaire, les États parties ne doivent pas se contenter de promulguer des lois punissant les actes de discrimination raciale, mais aussi s'assurer que les lois pénales et autres dispositions de loi interdisant la discrimination raciale sont effectivement appliquées par les juridictions nationales compétentes et les autres institutions de l'État. Cette obligation est implicite dans l'article 4 de la Convention.[60]

L'article 4 prévoit que les États doivent prendre des mesures immédiates et positives afin de satisfaire aux exigences de cet article. Ces mesures ont été définies par le Comité comme une comparaison des « instruments législatifs, exécutifs, administratifs, budgétaires et réglementaires [...] ainsi [que des] plans, politiques, programmes et régimes ».[61]

Cependant, la Recommandation générale nº 15 du CEDR sur l'article 4 de la Convention, qui traite entre autres du discours raciste, ne donne aucune définition de ce type de discours. La Recommandation générale nº 35 du même Comité sur la lutte contre les discours de haine raciale examine plusieurs questions connexes, telles que les facteurs pris en compte pour la pénalisation et le fait que si l'incitation est définie, les discours de haine raciale ne le sont pas. En réalité, cette recommandation reconnaît que l'absence de définition du discours de haine dans la Convention « n'a pas empêché le Comité d'identifier et de nommer les phénomènes de discours de haine et d'étudier les liens entre les discours et les normes consacrées par la Convention ».[62] Ce qui rapproche le plus la Recommandation d'une explication du discours de haine est la remarque suivante :

> Les discours de haine raciale peuvent prendre de nombreuses formes et ne sont pas seulement des remarques directement liées à la race. Comme c'est le cas en ce qui concerne la discrimination visée à l'article premier, un langage indirect peut être employé pour s'attaquer à des groupes raciaux ethniques et dissimuler ainsi son objectif premier.[63]

Malgré le faible seuil de protection de la liberté d'expression attaché à cette remarque, le CEDR a souligné que la liberté d'expression « comporte des devoirs et des responsabilités particuliers, parmi lesquels l'obligation de ne pas diffuser d'idées racistes ».[64] Dans sa Recommandation générale nº 15 sur les mesures visant à éradiquer l'incitation à la discrimination ou les actes de discrimination, le CEDR a souligné que « l'interdiction de la diffusion de toute idée fondée sur la supériorité ou la haine raciale est compatible avec le droit à la liberté d'opinion et d'expression ».[65] Cependant, ce point de vue n'est d'aucune aide substantielle, car il ne s'accompagne d'aucune analyse conceptuelle, contextuelle ou théorique de la liberté d'expression et du discours de haine et ne peut, au mieux, qu'offrir une valeur rhétorique (vide) aux questions profondément ancrées liées à la réglementation du discours de haine. La volonté du CEDR de restreindre la liberté d'expression au nom de la protection des droits et libertés d'autrui, dans le cadre de la réglementation de la haine, s'est également reflétée dans l'affaire *Communauté juive d'Oslo et autres c. Norvège*, qui concernait un défilé commémorant Rudolf Hess, dans laquelle le CEDR a examiné ce que signifie la « clause de sauvegarde » visée à l'article 4. Plus particulièrement, l'interdiction des discours et activités racistes, telle qu'incorporée à l'article 4, devrait « tenir dûment compte de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention », qui comprennent notamment la liberté d'expression. Dans cette affaire, le CEDR a estimé que :

---

60 Gelle c. Danemark, communication nº 34/2004 (15 mars 2006) CERD/C/68/D/34/2004, paragraphe 7.3. Ceci a été réitéré dans les affaires Jama c. Danemark, Adan c. Danemark et TBB-Union turque c. Allemagne.

61 Recommandation générale nº 32 du CEDR, paragraphe 13.

62 Recommandation générale nº 35 du CEDR, paragraphe 5.

63 Ibid. au paragraphe 7.

64 Observations finales du CEDR : États-Unis d'Amérique (2001) CERD/C/59/Misc.17/Rev.3, paragraphe 12, http://hrlibrary.umn.edu/usdocs/conclcomments-usa.html.

65 Recommandation générale nº 15 du CEDR , paragraphe 4.

> donner au droit à la liberté d'expression un rôle plus limité dans le contexte de l'article 4 ne prive pas cette clause de sens et ce d'autant moins que tous les instruments internationaux qui garantissent la liberté d'expression prévoient l'éventualité d'en limiter l'exercice dans certaines circonstances.[66]

En réalité, le CEDR a noté que la « liberté d'expression a bénéficié d'un faible niveau de protection dans les affaires de propos racistes et haineux examinées par d'autres organes internationaux ».[67] Cela est conforme à son point de vue selon lequel la clause de sauvegarde ne peut être exploitée pour « annuler ou justifier une dérogation aux obligations impératives énoncées à l'article 4, points a) et b) ».[68]

En ce qui concerne le traitement effectif des discours et actes interdits en vertu de l'article 4, le CEDR n'a pas été clair. Par exemple, dans sa Recommandation générale nº 31, le Comité a déclaré que « Les États parties devraient se conformer pleinement aux exigences de l'article 4 de la Convention et incriminer pénalement tous les actes de racisme ».[69] Toutefois, dans l'affaire *Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas*, qui concernait des déclarations racistes faites par un employeur, le CEDR a reconnu l'importance du principe d'opportunité selon lequel « la liberté de poursuivre ou de ne pas poursuivre est régie par des considérations d'ordre public »[70] et a déclaré que la Convention « ne peut être interprétée comme remettant en cause la raison d'être de ce principe ».[71] Cependant, il a souligné que la Convention doit être prise en compte dans tous les cas de discrimination raciale.[72] Dans l'affaire *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma et autres c. Allemagne*, le Comité a estimé que les procédures disciplinaires engagées à l'encontre de l'auteur d'une lettre raciste étaient suffisantes pour satisfaire aux exigences de l'article 4.[73] Ainsi, l'article lui-même indique que la diffusion d'idées et d'expressions racistes devrait être « punie par la loi », tandis que la Recommandation générale nº 31 stipule l'exigence de sanctions pénales, mais la jurisprudence du CEDR a également accepté d'autres types de sanctions, telles que celles de nature disciplinaire.

À la lumière de ce qui précède, l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) est conçu pour s'attaquer au discours raciste (et non au discours de haine en général). Toutefois, il n'est pas certain que sa signification soit plus que conceptuelle, les préoccupations relatives à la liberté d'expression sont importantes, tandis que la signification des termes clés de l'article reste floue. En outre, il fait une brève allusion à l'interdiction de « toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale », sans aucune extrapolation adéquate à l'appui sur la sémantique et les notions pertinentes. Ceci est contraire à l'incitation, qui a été expliquée dans une Recommandation générale du CEDR :

> L'incitation s'entend en général de tout acte visant à influencer d'autres personnes pour qu'elles se livrent à certaines formes de comportement, y compris la commission d'un crime, par le biais de l'encouragement ou de menaces. L'incitation peut être explicite ou implicite, au moyen d'actes tels que l'affichage de symboles racistes, la distribution de matériels ou l'emploi de certains mots.[74]

---

66 La communauté juive d'Oslo et autres c. Norvège (15 août 2005), communication nº 30/2003 (CERD/C/67/D/30/2003), paragraphe 10.3, https://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CEDR67/CEDR-C-67-D-30-2003-En.pdf.

67 Ibid. au paragraphe 10.5.

68 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 18e sess. (339 mtg), p. 152, CERD/C/SR.399 (1978), paragraphe 2.

69 Recommandation générale nº 31 du CEDR : La prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale (2005) A/60/18 (2005) 98, paragraphe 4, https://www.refworld.org/docid/48abd56dd.html.

70 Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas, communication nº 1/1984 (10 août 1988) CERD/C/36/D/1/1984, paragraphe 9.4, https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Communication_1_1984_A.Yilmaz%20Dogan%20v.%20Netherland.pdf.

71 Ibid. au paragraphe 9.4.

72 Ibid.

73 Zentralrat Deutscher Sinti und Roma et autres c. Allemagne, CERD/C/72/D/38/2006 (3 mars 2008), CERD/C/72/D/38/2006, paragraphe 7.7, https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Communication_38_2006_Zentralrat%20Deutscher%20Sinti%20und%20Roma%20v.%20Germany.pdf.

74 Recommandation générale nº 35 du CEDR, paragraphe 16.

En ce qui concerne les préoccupations relatives à la liberté d'expression, plusieurs des réserves émises à l'égard de l'article 4 de la CIEDR émanent de ces préoccupations. Par exemple, une pléthore d'États parties ont incorporé des réserves à l'article 4 pour des raisons de liberté d'expression, un exemple aléatoire (mais significatif) étant la réserve de la France, qui indique que :

> En ce qui concerne l'article 4, la France tient à préciser qu'elle interprète la référence qui y est faite aux principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi qu'aux droits énoncés dans l'article 5 de la Convention comme déliant les États parties de l'obligation d'adopter des dispositions antidiscriminatoires qui ne soient pas compatibles avec les libertés d'opinion et d'expression, de réunion et d'association pacifiques qui sont garanties par ces textes.[75]

2.4 La lutte contre le discours de haine au niveau des Nations Unies : modes de sanction ou d'interdiction

L'Observation générale nº 11 du CDH sur l'interdiction de la propagande en faveur de la guerre et de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse prévoit que, pour satisfaire aux obligations de l'article 20, paragraphe 2, les États parties doivent mettre en œuvre une législation pertinente qui interdise directement l'appel qui y est énoncé.[76] L'affaire *Mohamed Rabbae, A.B.S et N.A c. Pays-Bas* a été intentée contre les Pays-Bas pour l'acquittement de Geert Wilders, chef du Parti néerlandais pour la liberté (*Partij voor de Vrijheid*), à la suite des poursuites engagées à son encontre pour ses déclarations racistes. Il s'agit de la seule affaire portée devant le CDH où il existe une extrapolation relativement approfondie des obligations de l'État qui découlent de l'article 20, paragraphe 2.[77] En l'occurrence, le Comité a estimé que l'article 20, paragraphe 2 « ne se contente pas d'imposer aux États parties l'obligation formelle d'adopter une législation interdisant de tels comportements. Une telle loi serait inefficace en l'absence de procédures de plainte et de sanctions appropriées. »

Le CDH a souligné que « l'article 20, paragraphe 2 ne requiert pas expressément l'imposition de sanctions pénales, mais exige que de telles activités de plaidoyer soient “ interdites par la loi ”. Ces interdictions peuvent inclure des sanctions civiles et administratives ainsi que des sanctions pénales. »[78] En l'espèce, le fait que l'État partie dispose d'un cadre législatif établi qui couvre les obligations découlant de l'article 20, paragraphe 2 et que l'État partie ait engagé des poursuites dans cette affaire signifie que les Pays-Bas n'ont pas manqué aux obligations qui leur incombent au titre de l'article 20, paragraphe 2.[79] Il convient de noter que le Comité a précisé que l'obligation découlant de cet article « ne s'étend pas à l'obligation pour l'État partie de garantir qu'une personne accusée d'incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence sera invariablement condamnée par un tribunal indépendant et impartial ». En revanche, l'article 4 de la CIEDR fait de l'expression raciste un « délit punissable par la loi ».

Lors de l'examen de l'article 4 dans l'affaire *Gelle c. Danemark*, le CEDR a observé que les « prescriptions de l'article 4 [de la Convention] étant impératives, [pour y satisfaire, les États parties] ne doivent pas se contenter de promulguer des lois punissant les actes de discrimination raciale, mais aussi s'assurer que les lois pénales et autres dispositions de loi interdisant la discrimination raciale sont effectivement appliquées

---

75 « Human Rights Documents: Compilation of Documents Pertaining to Human Rights » (septembre 1983), p. 679.

76 Observation générale nº 11 : Article 20 - Interdiction de la propagande en faveur de la guerre et de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse (1994), HRI/GEN/1/Rev.1, p. 12, paragraphe 1, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/CCPRGeneralCommentNo11.pdf.

77 Vassilari, Maria et consorts c. Grèce (19 mars 2009), communication nº 1570/2007, https://digitallibrary.un.org/record/653524?ln=fr ; j.R.T. et le W.G. Party c. Canada (6 avril 1983), communication nº 104/1981, http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/104-1981.htm.

78 Mohamed Rabbae, A.B.S et N.A c. Pays-Bas (14 juillet 2016), communication nº 2124/2011, paragraphe 10.4, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/rabbae-v-netherlands/.

79 Ibid., paragraphe 10.7.

par les juridictions nationales compétentes et les autres institutions de l'État. Cette obligation est implicite dans l'article 4 de la Convention. »[80]

Les termes « punissable » et « interdit », bien qu'ils indiquent la nature pénale ou non d'une sanction, ne vont pas loin dans la désignation du type de répercussion que les auteurs de propos haineux devraient avoir en droit. En évaluant l'article 20, paragraphe 2, le Rapporteur spécial sur la liberté d'opinion et d'expression a indiqué qu'il n'était pas nécessaire « de réprimer cette forme d'expression »,[81] tandis que le Plan d'action de Rabat a souligné que « les sanctions pénales visant les formes d'expression illégales devraient être considérées comme des mesures de dernier recours ».[82]

La question de la sanction des mauvais propos est directement liée à la discussion sur l'article 20, paragraphe 2, et sur l'article 4. Il ne semble pas y avoir d'accord au sein des Nations Unies sur les sanctions à imposer à ce type de discours. Cela se reflète dans la divergence résultant de la formulation des deux articles en question, l'article 4 de la CIEDR faisant référence au comportement interdit « punissable par la loi », et l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP faisant référence à l'appel à certains actes « interdit par la loi » plutôt que punissable. Ce qui est paradoxal, c'est que si l'article 4 interdit la diffusion d'idées racistes, l'article 20, paragraphe 2, interdit l'appel à des phénomènes tels que la haine et la violence. Toutefois, c'est la première qui est sanctionnée pénalement selon la lecture de l'article plutôt que la seconde, en dépit du seuil de préjudice moins élevé associé à l'article 4.

3. LES NORMES JURIDIQUES INTERNATIONALES : L'UNION EUROPÉENNE

3.1 Décision-cadre de l'Union européenne sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

Après sept années de négociations,[83] l'Union européenne a élaboré la décision-cadre relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie au moyen du droit pénal. Ce document vise à s'attaquer aux phénomènes du racisme et de la xénophobie qui se manifestent notamment par le discours de haine, en faisant du droit pénal le seul outil possible. Il ne s'agit donc pas d'un outil de lutte contre le discours de haine dans son intégralité, mais plutôt d'un outil qui traite *également* des discours racistes et xénophobes. Étant donné la nature exclusivement pénale de cette loi, le seuil nécessaire pour que le discours soit punissable est élevé et certainement plus élevé que ceux qui existent dans l'un ou l'autre des outils disponibles au niveau des Nations Unies.

L'un des principaux problèmes liés à la décision-cadre est celui de son application uniforme dans les États membres de l'UE, en raison des différences d'approche entre les pays en ce qui concerne la signification du discours de haine et les limites de la liberté d'expression. Le Parlement européen a pris conscience de cette réalité et, en 2017, a appelé à une résolution sur la création d'une définition juridique communément admise du discours de haine dans l'Union européenne (Parlement européen, 2017).[84] La décision-cadre

80 Gelle c. Danemark, communication nº 34/2004 (15 mars 2006) CERD/C/68/D/34/2004, paragraphe 7.3. Ceci a été réitéré dans les affaires Jama c. Danemark, Adan c. Danemark et TBB-Union turque c. Allemagne.

81 Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression (2012) A/67/357, paragraphe 47, https://www.palermo.edu/cele/pdf/SRs-Report.pdf.

82 Plan d'action de Rabat, paragraphe 22.

83 Commission européenne. 2014. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. Rapport de la Commission européenne. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52014DC0027.

84 Parlement européen. 2017. Proposition de résolution du Parlement européen sur la création d'une définition juridique communément admise du discours de haine dans l'Union européenne. Document du Parlement européen. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2017-0172_FR.html?redirect

elle-même ne fournit pas de définition du discours de haine. En revanche, l'article premier, intitulé « Infractions relevant du racisme et de la xénophobie » énonce ce qui suit :

> 1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels ci-après soient punissables :
>
> a) l'incitation publique à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ;
>
> b) la commission d'un acte visé au point a) par diffusion ou distribution publique d'écrits, d'images ou d'autres supports.

La décision-cadre comprend également deux dispositions visant à interdire l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe. Dans son article premier, la décision-cadre[85] indique que les États membres peuvent choisir de ne punir que le comportement qui est soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant. Cette disposition sert d'outil aux États qui souhaitent limiter la portée de l'expression relevant de la décision-cadre.[86] L'article 3 dispose directement que l'interdiction de ces actes doit se faire par le biais du droit pénal et prévoit des peines allant d'un à trois ans d'emprisonnement.

L'article premier de la décision-cadre interdit l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques de certains crimes internationaux dirigés contre des groupes donnés, dans la mesure où ce comportement risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un tel groupe ou d'un membre d'un tel groupe. L'article premier, paragraphe 2, prévoit que le comportement décrit ci-dessus ne peut être considéré comme punissable que s'il est exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public ou s'il est menaçant, injurieux ou insultant, ce qui donne aux États membres la possibilité d'élever encore le seuil (et la protection de la liberté d'expression). Toutefois, on pourrait également faire valoir que ces filets de sécurité sont en réalité futiles puisque le comportement punissable en soi perturbe l'ordre public (en particulier parce que l'incitation doit être publique, haineuse et/ou violente). En outre, un comportement qui cherche publiquement à promouvoir la violence ou la haine à l'égard d'un groupe donné pourrait automatiquement être qualifié d'injurieux ou d'insultant et, éventuellement, de menaçant. Pour mieux protéger la liberté d'expression en ce qui concerne les discours révisionnistes et négationnistes, l'article premier, paragraphe 4, prévoit que les États ne peuvent punir que la négation de crimes internationaux établis par une décision rendue par une juridiction nationale et/ou internationale.

On peut tirer quelques enseignements de cet article. Tout d'abord, l'intention est nécessaire et le comportement punissable doit être public. En outre, le discours doit constituer une incitation. Il ne suffit pas qu'il y ait une simple diffusion d'idées, comme c'est le cas dans l'article 4 de la CIEDR. Contrairement à l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP, qui interdit l'incitation, entre autres, à la discrimination, ce document se limite à interdire l'incitation à la violence ou à la haine, ce qui élève automatiquement le seuil des comportements punissables. À première vue, on peut considérer que cela est raisonnable puisque l'outil (le droit pénal) qui est utilisé dans la décision-cadre est le plus restrictif de tous et qu'à ce titre, le seuil doit être suffisamment élevé. Ce point de vue peut être comparé à celui du CEDR mentionné ci-dessus, qui indique que, aux fins de l'article 4, les États doivent veiller à la mise en œuvre adéquate de « lois pénales et

85 Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32008F0913.

86 Ibid.

autres dispositions légales interdisant la discrimination raciale ». [87] Par conséquent, soit les Nations Unies adoptent un seuil très bas pour ce qui constitue un discours de haine, même lorsque le droit pénal doit être utilisé, soit l'UE est allée trop loin dans ses exigences en matière de seuil parce que le droit pénal est utilisé. Malheureusement, l'UE n'a pris aucune mesure pour développer, que ce soit dans cette décision-cadre ou ailleurs, la possibilité pour les États membres d'utiliser d'autres outils pour lutter contre le discours de haine, qui pourraient émaner du droit civil et donc avoir des exigences de seuil de discours plus faibles en raison de la gravité de ses conséquences. En outre, comme pour tous les autres outils examinés dans ce rapport, le discours doit être raciste ou xénophobe, l'UE ne tenant pas compte de phénomènes tels que l'homophobie et la transphobie et, par conséquent, de leurs dérivés tels que les discours homophobes et transphobes.

En résumé, ce document traite du racisme et de la xénophobie et de leurs dérivés, dont le discours raciste et xénophobe. Il adopte un seuil plus élevé pour définir le discours punissable par rapport à l'article 4 de la CIEDR et à l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP, et ne punit que les discours qui visent les membres d'un groupe caractérisé par sa race, sa couleur, sa religion, son ascendance ou son origine nationale ou ethnique et, à ce titre, ne pénalise que certains types de discours de haine. Le Parlement européen a reconnu ce problème et a recommandé à la Commission européenne de proposer une « refonte » de la décision-cadre afin d'y inclure « d'autres formes de crimes de haine et d'incitation à la haine, y compris pour des motifs liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre ». [88] Plusieurs autres mesures ont été prises depuis lors dans ce domaine, qui sont décrites en détail dans un document rédigé par Uladzislau Belavusau et l'autrice du présent rapport. [89]

4. LES NORMES JURIDIQUES INTERNATIONALES : LE CONSEIL DE L'EUROPE

4.1 La Convention européenne des droits de l'homme et les principes fondamentaux de la Cour européenne des droits de l'homme

4.1 (i) Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme

Bien que la Convention ne limite et/ou ne sanctionne pas spécifiquement les discours qui encouragent la haine raciale ou ethnique,[90] ou d'autres types de discours de haine, la Cour traite principalement les affaires pertinentes, lorsqu'elles se présentent, en vertu de l'article 10 ou de l'article 17.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) prévoit la liberté d'expression :

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

87 Gelle c. Danemark, communication nº 34/2004 (15 mars 2006) CERD/C/68/D/34/2004, paragraphe 7.3. Ceci a été réitéré dans les affaires Jama c. Danemark, Adan c. Danemark et TBB-Union turque c. Allemagne.

88 Résolution du Parlement européen du 4 février 2014 sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre [2013/2183(INI)], https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=635364&l=fr.

89 Alkiviadou N. et Belavusau U., « Rien Que des Mots: Counteracting Homophobic Speech in European and U.S. Law » (2021) 21, International Journal of Discrimination 4.

90 Contrairement à l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP ou à l'article 4, point a), de la CIEDR.

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

L'article 10 de la CEDH fait référence à des « devoirs et responsabilités spéciaux », ce qui n'est présent dans aucun autre article de la Convention et démontre la préoccupation des rédacteurs quant au risque d'abus de ce droit et/ou aux dangers qui y sont associés. La Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) a déclaré que la liberté d'expression « constitue l'un des fondements essentiels [d'une] société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement chacun ».[91] Elle souligne également que cette liberté :

> vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. [92]

Cette affirmation a été réitérée à maintes reprises depuis qu'elle a été formulée pour la première fois en 1976 dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*. Cependant, malgré l'étendue de la protection dont la liberté d'expression devrait bénéficier au vu de la déclaration sur *Handyside*, la jurisprudence parvenue à Strasbourg, qui concerne ce qui est perçu comme un discours haineux, est vigoureusement écartée de la protection de la Convention. L'examen de toutes les affaires pertinentes dépasse le cadre du présent rapport et, par conséquent, trois thèmes différents seront choisis pour démontrer que, nonobstant la déclaration sur *Handyside*, la Cour *n'a pas* protégé les discours offensants, choquants ou dérangeants. Le groupe de réflexion danois Justitia[93] a réalisé une analyse de[94] l'approche de la CrEDH et de la Commission européenne des droits de l'homme, désormais disparue, en matière de discours de haine, dans un total de 60 affaires identifiées[95] qui ont été tranchées entre 1979 et 2020. L'étude révèle qu'en moyenne, les restrictions à la liberté d'expression ont été annulées dans un peu plus d'une affaire de discours de haine sur trois. Plus précisément, 57 de ces affaires ont été portées par les auteurs du discours et 3 par les cibles/victimes. L'analyse révèle que *61 % des affaires introduites par les auteurs ont abouti à la perte du requérant* par la constatation de la non-violation de l'article 10 (21 %), de l'incompatibilité *ratione materiae* (9 %) ou du caractère manifestement infondé (32 %). Seuls 39 % des affaires introduites par les auteurs au motif d'une violation de l'article 10 ont abouti à une décision en faveur du requérant. Ainsi, en moyenne, les restrictions imposées à la liberté d'expression ont été confirmées dans un peu plus d'une affaire de discours de haine sur trois.

4.1 (ii) Article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 17 est la clause de non-destruction de la Convention. Elle s'intitule « Interdiction de l'abus de droit » et prévoit que :

> Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir

91 Handyside c. Royaume-Uni, paragraphe 49.

92 Ibid.

93 Justitia : http://justitia-int.org/en/.

94 Projet Future of Free Speech : https://futurefreespeech.com/hate-speech-case-database/.

95 Commission européenne des droits de l'homme (7 affaires) et Cour européenne des droits de l'homme (53 affaires).

> un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.

Le recours à l'article 17 pour interdire le discours de haine ne doit pas être pris à la légère. L'article 17 a une incidence importante sur la liberté d'expression en ce sens qu'il élimine le discours en question de l'évaluation au titre de l'article 10 et donc du processus conjoint de mise en balance. La Commission européenne des droits de l'homme, désormais disparue, et la Cour ont déclenché cet article sur la foi du contenu, ce contenu étant un discours révisionniste ou négationniste,[96] avec de rares changements tels que dans l'affaire *Norwood*, qui concernait l'islamophobie dont il est question ci-dessous. Il est intéressant de noter que la Cour ne s'est pas contentée d'invoquer l'article 17 en ce qui concerne le révisionnisme et le négationnisme relatifs à l'Holocauste, mais aussi l'antisémitisme sous la forme qui ne cherche pas à contester d'horribles tragédies historiques. Par exemple, dans l'affaire *Ivanov c. Russie*, le requérant, rédacteur en chef d'un journal, a été condamné pour une série de publications dans son journal qui appelaient à l'exclusion des Juifs de la vie sociale, alléguant l'existence d'un lien de causalité entre les malaises sociaux, économiques et politiques et les activités des Juifs, et dépeignant la malignité du groupe ethnique juif. Pour statuer sur cette affaire, la Cour s'est appuyée sur l'article 17.

4.1 (iii) Définition du discours de haine par la Cour européenne des droits de l'homme ?

Pour évaluer l'approche de la CrEDH dans les affaires de discours de haine, il est primordial de se pencher sur la question de sa signification. La première affaire dans laquelle l'expression « discours de haine » a été employée est l'affaire Sürek c. Turquie (1999). Cependant, la Cour n'a pas encore fourni de définition substantielle du discours de haine. Dans l'affaire *Gündüz c. Turquie* (2004), la Cour a indiqué qu'« il ne fait aucun doute que les expressions concrètes constituant un discours de haine, qui peuvent être insultantes pour des individus ou des groupes donnés, ne sont pas protégées par l'article 10 de la Convention ».[97]

Dans cette affaire, la Cour a élargi sa référence au discours de haine en soulignant que :

> La tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent les fondements d'une société démocratique et pluraliste. Cela étant, par principe, il peut être considéré comme nécessaire dans certaines sociétés démocratiques de sanctionner ou même d'empêcher toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), à condition que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnelles au but légitime poursuivi.[98]

Dans ce qui précède, la Cour fait référence au seuil peu élevé de la notion d'« insulte », qui soulève des inquiétudes en ce qui concerne la liberté d'expression. Le point de vue de la Cour sur les « insultes » n'a pas été très clair. Dans l'affaire *Ibragim Ibragimov et autres c. Russie* (2018), qui concernait l'interdiction du livre de l'érudit musulman Said Nrusi, au motif qu'il aurait constitué une littérature extrémiste, la Cour a estimé que, puisque le livre décrivait une interprétation modérée et non violente de l'islam, la restriction à la liberté d'expression n'était pas légitime. Elle a souligné que :

> le simple fait qu'une remarque puisse être perçue comme offensante ou insultante par certains individus ou groupes ne signifie pas qu'elle constitue un « discours de haine ». Si ces sentiments

96 Pour une analyse exhaustive, voir David Keane, « Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights » (2007) 25 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 4, 642, https://doi.org/10.1177/016934410702500404.

97 Gündüz c. Turquie, requête nº 35071/97 (CEDH, 14 juin 2004), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/gunduz-v-turkey/.

98 Ibid. au paragraphe 40.

> sont compréhensibles, ils ne peuvent à eux seuls fixer les limites de la liberté d'expression. La question essentielle en l'espèce est donc de savoir si les déclarations en question, lues dans leur ensemble et dans leur contexte, peuvent être considérées comme encourageant la violence, la haine ou l'intolérance.[99]

Dans l'affaire *Atamanchuk c. Russie* (2020), qui concernait une requête introduite par un journaliste/politicien après qu'il eut été condamné pour avoir fait des déclarations contre des non-Russes, les qualifiant de criminels (sans appeler à la violence), la Cour a estimé que :

> l'incitation à la haine n'implique pas nécessairement un appel explicite à un acte de violence ou à d'autres actes criminels. Les attaques contre les personnes commises en insultant, en ridiculisant ou en calomniant des groupes donnés de la population peuvent suffire pour que les autorités privilégient la lutte contre les discours xénophobes ou autrement discriminatoires face à une liberté d'expression exercée de manière irresponsable. [100]

Dans le premier cas, la simple insulte ne suffisait pas à interdire le discours, alors que dans le second, non seulement l'insulte pouvait être interdite, mais elle était également incorporée dans le cadre de l'incitation à la haine, sans aucune explication sur le lien entre l'insulte et la haine.

Le seuil prévu dans le paragraphe ci-dessus est assez large puisqu'il incorpore même la simple justification de la haine et pas seulement son incitation comme le prévoit la « clause sur le discours de haine » au niveau international, à savoir l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP qui interdit l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Toutefois, compte tenu de l'incongruité qui existe au niveau international en termes de seuils, lorsqu'il s'agit de discrimination raciale, l'approche ci-dessus est davantage conforme à l'article 4 de la CIEDR, qui protège moins la parole. Il prévoit que les États parties doivent condamner « toute propagande [...] qui [prétend] justifier [...] toute forme de haine et de discrimination raciales ».

Au-delà de l'élément d'insulte, qui reste un concept contesté, même dans la jurisprudence de la Cour, les références ci-dessus au discours de haine sont génériques et n'offrent pas de définition substantielle de cette forme de discours. Ce qui se rapproche le plus d'une compréhension conceptuelle du discours de haine, c'est l'affaire *Lilliendahl c. Islande* (2000). Cette affaire concernait des commentaires faits par un citoyen dans un article en ligne au sujet d'une proposition visant à renforcer l'éducation et le conseil dans les écoles sur les questions concernant les personnes qui s'identifient comme lesbiennes, gays, bisexuels ou transgenres. Il a notamment déclaré ce qui suit :

> Nous [...] ne sommes pas intéressés par une quelconque explication de cette *kynvilla* [mot péjoratif pour désigner l'homosexualité, littéralement « déviation sexuelle »] [...] C'est dégoûtant. Pour endoctriner les enfants sur la façon dont *kynvillingar* [littéralement « les pervers sexuels »] *eðla sig* [« copulent »], [principalement utilisé pour les animaux] au lit [...] C'est dégoûtant.

Il a ensuite été inculpé en vertu de l'article 233, point a), du Code pénal général, qui prévoit une amende ou une peine d'emprisonnement pour toute personne qui « se moque, diffame, dénigre ou menace publiquement une personne ou un groupe de personnes » en raison de sa/ses/leur(s) caractéristique(s) protégée(s), dont l'orientation sexuelle. Dans cette affaire, c'est la première fois que la Cour pose directement la question de savoir si le discours revient à un discours de haine au sens de la jurisprudence de la Cour.

---

99 Ibragim Ibragimov et autres c. Russie (requête nº 1413/08 et requête nº 28621/11), paragraphe 115, https://futurefreespeech.com/ibragim-ibragimov-and-others-v-russia/.

100 Atamanchuk c. Russie, requête nº 4493/11 (CEDH, 11 février 2020), paragraphe 52, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/atamanchuk-v-russia/.

Pour répondre à cette question, la Cour a donné une explication du discours de haine fondée sur sa jurisprudence antérieure, en adoptant une catégorisation hiérarchique, plutôt que d'évaluer la substance de ce qui peut réellement entrer dans le cadre du discours de haine. La première concerne les « formes les plus graves de discours de haine »[101] qui sont exclues de toute protection par l'article 17 (sans définition de ce qui constitue les « formes les plus graves de discours de haine »). La seconde concerne les « formes moins graves de discours de haine »[102] qui ne relèvent pas du champ d'application de l'article 10, mais dont la Cour « a considéré qu'il était permis aux États contractants de les restreindre ».[103] En l'espèce, la Cour a intégré non seulement les appels à la violence ou à d'autres actes criminels, mais aussi les insultes, les moqueries et les calomnies afin de lutter contre « le discours préjudiciable dans le contexte des restrictions autorisées à la liberté d'expression ».[104] Elle ne précise pas ce que peut être ce contexte de restriction autorisée, ce qui aurait été attendu compte tenu de la nature fondamentale de la liberté d'expression et du seuil très bas attaché à l'insulte ou à la moquerie.

La Cour a attendu 2020 pour présenter cette vue d'ensemble des niveaux et expliquer l'expression (bien que sans trop de nuances). Ce positionnement en 2020 démontre que le seuil de la CrEDH est bas en réalité puisque les insultes peuvent être interdites, tandis que la référence au discours « préjudiciable » est également révélatrice de cette situation. En outre, la Cour a estimé que pour déterminer si un discours constitue un discours de haine, il convient d'évaluer le contenu de l'expression et la manière dont elle est diffusée.[105] Comme le montre l'analyse jurisprudentielle, la Cour utilise souvent ces champs d'application pour adapter la décision de l'État aux discours protégés et non protégés, le tout dans le cadre d'une large marge d'appréciation.

4.2 Le Comité des Ministres

En 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation nº 97 (20) sur le discours de haine. Ce document définit le discours de haine 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'immigration.

Le document recommande aux pays de prendre des mesures appropriées pour lutter contre le discours de haine, de ratifier le CEDR des Nations Unies et de revoir leur législation nationale afin d'assurer la conformité avec les principes énoncés dans la Recommandation. À titre d'illustration, quelques principes sont exposés ci-après. Premièrement, il devrait exister un cadre juridique solide comprenant des dispositions civiles, pénales et administratives sur le discours de haine. Le Comité rappelle aux pays que certains cas de discours de haine peuvent être « tellement insultants » pour des individus ou des groupes qu'ils ne relèvent pas de l'article 10. L'aperçu ci-dessus permet donc d'identifier trois questions. Premièrement, que la définition du Comité des Ministres inclut la « justification », entre autres, de la haine raciale, adoptant ainsi un large seuil de formes et de types de discours qui entrent dans son champ d'application. Deuxièmement,

101 Lilliendahl c. Islande, requête nº 29297/18 (CEDH, 12 mai 2020), paragraphe 34, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lilliendahl-v-iceland/.

102 Ibid. au paragraphe 35.

103 Ibid.

104 Ibid. au paragraphe 36.

105 Ibid.

que le Conseil de l'Europe considère que le droit (y compris le droit pénal) constitue un mécanisme central pour lutter contre ce qu'il perçoit comme un discours de haine et que l'élément d'« insulte » est également considéré comme relevant de la définition. L'objectif de la Recommandation et, par la suite, des propositions susmentionnées, est de contribuer à « une union plus étroite entre ses membres, en vue notamment de sauvegarder et de réaliser les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun ». Bien qu'elle réaffirme son « profond attachement à la liberté d'expression », la Recommandation n'explique ni n'élabore aucune stratégie ou formule permettant aux pays d'appliquer le droit pénal pour lutter contre le « discours de haine », tel qu'il est défini au sens large, tout en maintenant un niveau élevé de protection de la liberté d'expression. Le recours au droit pénal a également été intégré dans une recommandation de l'Assemblée parlementaire de 2007 intitulée « Blasphème, insultes à caractère religieux et incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion ». Une fois de plus, ce document fait référence à la position importante de la liberté d'expression dans une société démocratique, tout en approuvant sa pénalisation.

5. L'ANALYSE JURISPRUDENTIELLE : LE DISCOURS DE HAINE PAR THÈME

5.1(i) Négation de génocide et antisémitisme – La Cour européenne des droits de l'homme

En ce qui concerne le révisionnisme ou le négationnisme relatifs à l'Holocauste, de nombreuses requêtes ont été déclarées manifestement infondées ou incompatibles *rationae materiae* avec la Convention. Dans une série d'affaires des années 1990[106] portées devant la Commission européenne des droits de l'homme, les requêtes ont été exclues pour des raisons liées à l'article 17. Au sein de la CrEDH, certaines affaires ont été traitées en vertu de l'article 17 et d'autres en vertu de l'article 10. Dans l'affaire de 1998 portant le nom de *Lehideux et Isorni c. France* (1998), les commentaires historiquement révisionnistes sur l'existence de l'Holocauste sont systématiquement exclus de la protection de la Convention.[107] Toutefois, la jurisprudence relative à la négation de l'Holocauste est difficile à concilier avec l'insistance de la Cour, dans d'autres types d'affaires, sur le fait que « la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression »[108] et que « ce n'est pas son rôle d'arbitrer les questions historiques sous-jacentes ».[109]

Dans l'affaire révélatrice *Garaudy c. France* (2003),[110] le requérant a publié un livre qui niait l'Holocauste, affirmant qu'il s'agissait d'un « mythe déguisé en histoire et son utilisation politique ».[111] Les condamnations nationales de Garaudy pour négation de crimes contre l'humanité, diffamation raciale et incitation à la haine raciale ont été considérées comme ne constituant pas une atteinte à sa liberté d'expression, le contenu sous-jacent ayant été soustrait à la protection de l'article 17. La Cour a souligné qu'il existe une « catégorie de faits historiques clairement établis – tels que l'Holocauste – dont la négation ou la révision serait soustraite à la protection de l'article 10 par l'article 17 ».[112]

---

106 Remer c. Allemagne, requête nº 25096/94 6 (CEDH, septembre 1995), Nachtmann c. Autriche, requête nº 36773/97 (CEDH, 9 septembre 1998), Marais c. France, requête nº 31159/96 (CEDH, 24 juin 1996), Honsik c. Autriche, requête nº 25062/94 (18 octobre 1995).

107 Ibid. au paragraphe 47.

108 Giniewski c. France, requête nº 64016/00 (CEDH, 31 janvier 2006), paragraphe 51, citant l'affaire Chauvy et autres c. France, requête nº 64915/01 (29 septembre 2004), paragraphe 69.

109 Ibid.

110 Garaudy c. France, requête nº 65831/01 (CEDH, 24 juin 2003), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/garaudy-v-france/.

111 Ibid.

112 Ibid.

La Cour a établi le lien entre la négation de l'Holocauste et la haine en affirmant que :

> L'objectif réel étant de réhabiliter le régime national-socialiste et, par conséquent, d'accuser les victimes elles-mêmes de falsifier l'histoire. La négation des crimes contre l'humanité est donc l'une des formes les plus graves de diffamation raciale des Juifs et d'incitation à la haine à leur égard.[113]

Dans l'affaire *M'Bala M'Bala c. France* (2015), le requérant, un humoriste, a donné un spectacle au cours duquel il a invité un universitaire, qui avait fait l'objet de plusieurs condamnations en France pour ses opinions négationnistes et révisionnistes, à le rejoindre sur scène à la fin du spectacle. Le requérant a fait appel à un acteur portant un pyjama rayé avec une étoile jaune portant le mot « Juif » – pour décerner à l'universitaire un « prix de l'infréquentabilité et de l'insolence ». Le requérant a été accusé et reconnu coupable d'injures publiques envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion donnée. La Cour a estimé que le spectacle était hautement antisémite, qu'il soutenait la négation de l'Holocauste et que la scène incriminée ne pouvait être considérée comme un divertissement, mais plutôt comme un engagement politique. La Cour a noté que l'art ou l'humour n'offrait pas plus de protection à la négation de l'Holocauste que l'expression régulière.[114] En recourant à l'article 17, la Cour a estimé que la demande était incompatible *ratione materiae*. Cependant, il n'y a pas eu d'analyse de questions telles que l'impact sur le public et la probabilité qu'il choisisse de regarder l'humoriste en question.

La décision la plus importante en matière de négation de l'Holocauste est peut-être l'affaire *Witzsch c. Allemagne*.[115] Dans cette affaire, la Cour a estimé que la liberté d'expression du requérant n'avait pas été bafouée lorsqu'il a été poursuivi pour avoir, dans le cadre d'une lettre *privée*, nié la responsabilité d'Hitler et du parti nazi dans l'Holocauste, sans pour autant nier la survenance de l'Holocauste lui-même. En confirmant la décision de la juridiction nationale selon laquelle un tel sentiment « dénigrait la dignité des défunts » et, ce faisant, exposait « le mépris du requérant à l'égard des victimes », la Cour a estimé que l'expression n'était pas protégée en vertu de l'article 17 de la CEDH.[116] Sans donner d'explication, la Cour a simplement déclaré « non pertinent » le fait que les commentaires aient été limités exclusivement à une lettre privée. L'expression a été faite en tant qu'affirmation individuelle et privée, et non dans le cadre de la propagande d'un mouvement national-socialiste comme envisagé dans la rédaction de l'article 17.

Dans des affaires plus récentes, telles que *Williamson c. Allemagne* (2019) et *Pastörs c. Allemagne* (2020), les requérants avaient nié l'Holocauste lors d'un entretien et d'un discours (politique) respectivement. Les deux requêtes ont été jugées manifestement infondées, seule la seconde ayant fait l'objet d'une certaine forme d'évaluation au titre de l'article 10 et incorporant l'article 17 d'une manière mixte. La différence d'approche entre les deux affaires similaires n'est pas claire.

On pourrait être tenté de comprendre la décision dans les affaires de négation de l'Holocauste comme une tentative paternaliste mal placée mais bien intentionnée de la Cour pour protéger la mémoire des victimes et le sort des survivants de l'Holocauste. Malheureusement, la position de la Cour à l'égard d'autres génocides suggère une norme arbitraire et incohérente lorsqu'il s'agit de déterminer l'exactitude des événements historiques et la protection à accorder aux victimes. L'exemple le plus frappant est celui de l'affaire *Perinçek c. Suisse*, où les poursuites engagées contre le requérant pour avoir publiquement qualifié le génocide arménien de

113 Ibid. au paragraphe 23.

114 M'Bala M'Bala c. France, requête nº 25239/13 (CEDH, 20 octobre 2015), paragraphe 39, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/mbala-v-france-no-2523913/.

115 Witzsch c. Allemagne, requête nº 7485/03 (CEDH, 13 décembre 2005), https://futurefreespeech.com/witzsch-v-germany/.

116 Ibid. au paragraphe 3.

« mensonge international » ont été jugées contraires à l'article 10.[117] La Cour a été influencée par l'absence de consensus juridique en Europe sur la question de savoir si la négation du génocide arménien était punissable par le droit national. Le requérant n'a pas nié le massacre de la population arménienne entre 1915 et 1919 en tant que tel, mais a réfuté sa qualification de génocide. En reconnaissant qu'une discussion sur les événements était une question d'intérêt public, la Cour a souligné que la détermination devrait être faite par « la recherche historique, [qui] est par définition controversée et discutable et ne se prête pas à des conclusions définitives ou à des vérités objectives et absolues ».[118] Cette approche n'a jamais été suivie en ce qui concerne l'Holocauste. La Cour s'est montrée disposée à éclaircir ses arrêts qui avaient confirmé les restrictions de la négation de l'Holocauste parce que, selon elle, cette négation est la cause principale de l'antisémitisme.[119] En ce qui concerne le discours prononcé dans l'affaire suisse, la Cour a déclaré que :

> compte tenu de la teneur générale de ses déclarations, [la Cour] ne les perçoit pas comme une forme d'incitation à la haine ou à l'intolérance. Le requérant n'a pas exprimé de mépris ou de haine à l'égard des victimes des événements de 1915 [...] Il n'a pas traité les Arméniens de menteurs, n'a pas employé de termes injurieux à leur égard et n'a pas tenté de les stéréotyper.

Dans les affaires liées à l'Holocauste, ce lien n'est recherché nulle part, à savoir si le discours constitue une incitation à la haine ou à l'intolérance.[120] En réalité, la Cour a reconnu qu'en ce qui concerne l'Holocauste, « pour des raisons historiques et contextuelles », le lien entre la négation de l'Holocauste et la haine ou l'intolérance a « invariablement été présumé ».[121] Bien qu'il n'ait pas extrapolé de manière adéquate sur le pourquoi et le comment du génocide arménien, il a fait quelque chose d'autre. Il parle en termes temporels et spatiaux, à savoir que les événements ont eu lieu environ quatre-vingt-dix ans auparavant. Il a également déclaré qu'une telle haine ou intolérance ne pouvait exister étant donné que le requérant parlait en Suisse d'un événement qui s'était produit dans l'Empire ottoman. De telles distinctions et investigations contextuelles font défaut lorsqu'il s'agit de la jurisprudence relative au national-socialisme et à la négation de l'Holocauste. La forte différence de normes dévalorise indirectement la mémoire des victimes du génocide arménien par rapport à celle des victimes de l'Holocauste. C'est également l'avis des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, qui ont soutenu, dans leur opinion commune partiellement dissidente que :

> les souffrances d'un Arménien à cause de la politique génocidaire de l'Empire ottoman ne valent pas moins que celles d'un Juif sous la politique génocidaire nazie. Et la négation du Hayots Tseghaspanutyun [...] ou du Meds Yeghern [...] n'est pas moins dangereuse que la négation de l'Holocauste.[122]

Alors qu'aucun historien sérieux ne mettrait en doute la vérité historique de l'Holocauste, le refus de la Cour de protéger la négation ou la banalisation de l'Holocauste sape le fondement même sur lequel repose la documentation des crimes de l'Holocauste, à savoir la liberté académique. Bien que la Cour ne soit pas allée jusqu'à considérer la pénalisation de la négation de l'Holocauste comme une obligation positive, dans l'état actuel des choses, la doctrine de la Cour crée une double norme selon laquelle seul l'Holocauste est protégé de la négation ou de la banalisation. Les dangers de cette approche sans principes et arbitraire sont mis en évidence par la tendance des régimes illibéraux, comme la Russie, à adopter des lois mémorielles protégeant des versions nationalistes spécifiques de la vérité historique.[123]

---

117 Perinçek c. Suisse, requête nº 27510/08 (CEDH, 15 octobre 2015), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ecthr-perincek-v-switzerland-no-2751008-2013/.

118 Ibid. au paragraphe 117.

119 Ibid. au paragraphe 119.

120 Ibid. au paragraphe 233.

121 Ibid. au paragraphe 235.

122 Ibid., opinions communes partiellement dissidentes des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, paragraphe 22.

123 Jacob Mchangama, Foreign Policy : « First They Came for the Holocaust Deniers, and I Did Not Speak Out » (2 octobre 2016) https://foreignpolicy.com/2016/10/02/first-they-came-for-the-holocaust-deniers-and-i-did-not-speak-out/.

La Cour a également traité de l'antisémitisme en tant que question autonome et, comme dans de nombreux cas de négation, s'est appuyée sur l'article 17. Dans l'affaire *Ivanov c. Russie* (2007), le requérant, rédacteur en chef d'un journal, a été condamné pour une série de publications dans son journal qui appelaient à l'exclusion des Juifs de la vie sociale, alléguant l'existence d'un lien de causalité entre les malaises sociaux, économiques et politiques et les activités des Juifs. La Cour a suivi l'arrêt *Norwood*, discuté ci-dessous, jugeant que le discours constituait une « attaque générale et véhémente contre un groupe ethnique » et que, puisque cela va à l'encontre des « valeurs sous-jacentes de la Convention », la Cour a écarté l'application de l'article 17.

Dans l'affaire *Balsytė-Lideikienė c. Lituanie* (2009), les cibles étaient à la fois des Juifs et des Polonais. Dans cette affaire, la propriétaire d'une maison d'édition publiant le « Calendrier lituanien » a introduit une demande. La requérante a déploré une violation de son droit à la liberté d'expression après avoir reçu un avertissement administratif, la confiscation de son calendrier et l'interdiction de le distribuer. Les déclarations figurant dans le calendrier sont les suivantes :

« Par le sang de nos ancêtres à la communauté mondiale des Juifs », « [...] des exécutions contre les Lituaniens et la nation lituanienne, en menant une politique projuive ».

La CrEDH a approuvé le point de vue des juridictions nationales, en indiquant que « les juridictions ont souscrit à la conclusion des experts selon laquelle une représentation partiale et unilatérale des relations entre les nations entravait la consolidation de la société civile et encourageait la haine nationale ».[124]

La Cour a conclu à la non-violation de l'article 10, estimant que les passages incitaient à la haine contre les Polonais et les Juifs. Elle n'a pas expliqué pourquoi elle avait adopté le point de vue susmentionné et quel était le lien entre les déclarations et le préjudice allégué, ni ce que signifiait, par exemple, « la consolidation de la société civile ». La raison de cette divergence dans le choix des articles entre les deux affaires susmentionnées n'est pas claire, l'une des possibilités étant que la Cour n'a pas estimé que les déclarations figurant dans le calendrier constituaient une « attaque générale véhémente ». Il ne s'agit toutefois que d'une supposition, car la Cour n'a jamais élucidé le sens de cette déclaration qui a été utilisée pour déclencher l'application de l'article 17.

Dans l'affaire *Fáber c. Hongrie* (2012), la Cour a traité une plainte suite à l'amende infligée à un individu pour avoir arboré le drapeau des Árpád,[125] un drapeau à rayures chargé de connotations historiques controversées, à moins de 100 mètres d'une manifestation contre le racisme et la haine. La Cour a estimé que le requérant ne s'étant pas comporté de manière violente ou injurieuse et n'ayant pas constitué une menace pour l'ordre public, il n'aurait pas dû être sanctionné pour avoir simplement arboré le drapeau des Árpád. La Cour a indiqué que :

> même en supposant que certains manifestants aient pu considérer le drapeau comme offensant, choquant ou même « fasciste », pour la Cour, son simple déploiement n'était pas susceptible de troubler l'ordre public ou d'entraver l'exercice du droit de réunion des manifestants, car il n'était ni intimidant, ni susceptible d'inciter à la violence en instillant une haine profonde et irrationnelle à l'encontre de personnes identifiables. La Cour souligne que les sentiments négatifs ou même l'indignation, en l'absence d'intimidation, ne peuvent pas représenter un besoin social impérieux au sens de l'article 10, paragraphe 2, d'autant plus que le drapeau en question n'a jamais été interdit.[126]

---

124 Balsytė-Lideikienė c. Lituanie, requête nº 72596/01 (CEDH, 2 février 2009), paragraphe 80, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/balsyte-lideikiene-v-lithuania/.

125 Les racines du drapeau remontent à plus de huit cents ans, à une dynastie médiévale. Cependant, le drapeau a été repris par le tristement célèbre parti hongrois des Croix fléchées, dont le régime fantoche installé par les nazis a commencé à assassiner des milliers de Juifs à la fin de l'année 1944. Il ne s'agit pas d'un symbole illégal en Hongrie.

126 Fáber c. Hongrie, requête nº 40721/08 (CEDH, 24 juillet 2012), paragraphe 56, https://futurefreespeech.com/a

Dans cette affaire, une protection relativement élevée de la liberté d'expression a été défendue, étant donné que le requérant se tenait sur les marches menant aux berges du Danube, l'endroit où en 1944/1945, sous le régime des Croix fléchées, des Juifs ont été exterminés en grand nombre. Le fait que le requérant se tenait à cet endroit précis en tenant un drapeau pouvait être considéré comme un rejet des principes démocratiques. Comme le note l'opinion dissidente du juge Keller, si l'on tient compte du fait que dans des affaires antérieures concernant la négation de l'Holocauste et des questions connexes, la Cour et la Commission ont à plusieurs reprises estimé que ce type de discours ne devait pas bénéficier de la protection de la Convention, le raisonnement qui sous-tend l'autorisation de ce drapeau est frappant.[127] La Cour a reconnu que lorsqu'un requérant exprime du mépris pour les victimes de régimes totalitaires, cela peut entraîner l'application de l'article 17, mais elle a déclaré qu'« elle est convaincue qu'en l'espèce aucun élément abusif de ce type ne peut être identifié ».[128] Malheureusement, la Cour n'a pas vraiment expliqué comment elle était parvenue à ses conclusions à ce sujet, ni pourquoi un symbole était traité différemment par rapport à d'autres formes d'expression liées au nazisme, telles que le discours révisionniste ou négationniste en lien avec l'Holocauste.

Cette affaire démontre que la liberté d'expression, telle qu'elle se manifeste par l'utilisation de ce qui peut être perçu comme des symboles totalitaires, ne peut sortir du champ d'application de l'article 10 que si elle est source d'intimidation. Il s'agit d'un seuil de protection bien plus élevé que pour d'autres formes d'expression. Toutefois, cette approche n'a pas été suivie dans l'affaire plus récente *Nix c. Allemagne* (2018). Le requérant tenait un blog sur lequel il écrivait des articles sur certains sujets concernant l'économie, la politique et la société. En 2014, il a publié une série d'articles de blog sur l'interaction entre l'agence pour l'emploi et sa fille. Il soutenait que son enfant avait été indûment poussée vers la formation professionnelle par l'agence pour l'emploi. Il a écrit un article intitulé « [Nom du membre du personnel] propose une intégration " sur mesure " dans [l'économie] à bas salaires ». Il a placé une photo de Heinrich Himmler, le montrant en uniforme SS, avec l'insigne du parti nazi (comprenant une croix gammée) sur sa poche avant, et portant un brassard à croix gammée. Il a été condamné pour avoir utilisé des symboles d'organisations anticonstitutionnelles. La Cour a reconnu que le requérant n'avait pas cherché à diffuser une propagande totalitaire, à inciter à la violence, à proférer un discours de haine ou à intimider.[129] Néanmoins, en estimant que sa demande était manifestement infondée, la CrEDH a souligné que :

À la lumière de leur rôle historique et de leur expérience, les États qui ont connu les horreurs nazies peuvent être considérés comme ayant une responsabilité morale particulière de se distancier des atrocités de masse perpétrées par les nazis. La Cour estime que le choix du législateur de sanctionner pénalement l'utilisation des symboles nazis, d'interdire l'utilisation de ces symboles dans la vie politique allemande, de maintenir la paix politique (en tenant compte également de la perception des observateurs étrangers) et d'empêcher la renaissance du nazisme doit être perçu dans ce contexte.[130]

L'un des éléments de l'approche de la Cour qui laisse perplexe est la distinction entre la manière dont M. Nix a utilisé les symboles nazis (par opposition à leur utilisation dans l'affaire Fáber). Il tenait son blog pour relater l'expérience de sa fille avec l'agence pour l'emploi et souhaitait contribuer à un débat d'intérêt public. Dans ces circonstances particulières, l'utilisation par l'Allemagne de la loi en question a essentiellement fonctionné comme une forme de loi sur la « sédition », pénalisant les critiques véhémentes et hyperboliques à l'encontre des représentants du gouvernement. Un autre point important est la manière dont le contexte a été abordé. Dans l'affaire *Vajnai*, la Cour a reconnu la « terreur » et la « cicatrice » [131] laissées

127 Ibid. Opinion dissidente du juge Keller.

128 Ibid. au paragraphe 58.

129 Ibid. au paragraphe 51.

130 Ibid. au paragraphe 47.

131 Vajnai c. Hongrie, requête nº 33629/06 (CEDH, 8 juillet 2008), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/vajnai-v-hungary/.

par les régimes communistes dans des pays tels que la Hongrie, mais a également indiqué que ces émotions n'étaient pas suffisantes pour limiter l'application de l'article 10. Ce raisonnement n'a pas été étendu à l'impact émotionnel du nazisme dans l'affaire *Nix*.[132] Au contraire, la Cour a fait référence au droit de pays comme l'Allemagne d'interdire toutes les manifestations liées à ce régime particulier en raison des horreurs vécues sous ce dernier.

En dehors de l'affaire *Fáber*[133], qui peut, au moins indirectement, être liée au nazisme, dans les autres décisions susmentionnées concernant le national-socialisme, la Commission et la Cour se sont abstenues de tout examen de la catégorisation par les autorités nationales des opinions des requérants. Les deux organismes adoptent plutôt une approche rhétorique sans analyse cohérente du préjudice réel causé par le discours contesté, du lien pratique entre l'expression et l'idéologie réelle et du danger que ce discours peut représenter pour l'ordre démocratique. La discussion menée, par exemple, par la Cour dans l'affaire *Vajnai* concernant le cadre temporel du communisme et notamment le fait que vingt ans s'étaient écoulés depuis ce régime n'a pas d'équivalent dans les affaires concernant le nazisme. Bien qu'il ne s'agisse pas de comparer quantitativement ou qualitativement les régimes totalitaires, de telles analyses seraient nécessaires tout au long de la procédure afin de maintenir un certain caractère fondamental à la liberté d'expression. Comme le souligne à juste titre T. Mendel :

> Dans les cas où la Commission ou la Cour européenne a approuvé une condamnation pour discours de haine, elle consacre souvent très peu de temps à l'analyse du discours contesté lui-même, ne fournissant que peu d'analyse juridique à l'appui de sa décision. Il semble parfois que la décision dépende principalement de la question de savoir si le contenu et l'intention du discours en question *semblent* être de nature raciste, plutôt que de l'application d'un critère juridique [...][134]

5.1 (ii) Négation de génocide et antisémitisme : les Nations Unies

Dans l'affaire *J.R.T et le W.G. Party c. Canada*, le requérant a soutenu que ses droits au titre de l'article 19 avaient été bafoués étant donné que l'État partie avait coupé les services téléphoniques des messages enregistrés mettant en garde les appelants contre la juiverie internationale et ses effets destructeurs. En l'espèce, outre le fait qu'il n'a pas constaté de violation de l'article 19 du PIDCP, compte tenu de la nature antisémite et donc discriminatoire, au motif de la race, des messages que le requérant cherchait à diffuser, le CDH a estimé que ces messages « constituent clairement un appel à la haine raciale ou religieuse que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte ».[135] Le CDH est toutefois parvenu à cette conclusion sans fournir d'explication interprétative sur le sens général des termes et concepts contenus dans l'article 20, paragraphe 2, et sans préciser le seuil relatif à la haine.

---

132 Nix c. Allemagne, requête nº 35285/16 (CEDH, 13 mars 2018), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/hans-burkhard-nix-v-germany/.

133 Faber c. Hongrie, requête nº 40721/08 (CEDH, 24 juillet 2012), https://futurefreespeech.com/faber-v-hungary/.

134 Toby Mendel, « Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech? » dans Michael Herz et Peter Molnar (éditeurs) The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Response (Cambridge : Cambridge University Press, 2012), p. 422, doi:10.1017/CBO9781139042871.029.

135 J. R. T. et le W.G. Party c. Canada, communication nº 104/1981 (18 juillet 1981), CCPR/C/OP/2, p. 25, paragraphe 8, point b), https://futurefreespeech.com/j-r-t-and-the-w-g-party-v-canada/.

5.1 (iii) Négation de génocide et antisémitisme : la Cour suprême des États-Unis

Intentée en 1969, l'affaire *Brandenburg c. Ohio*[136] concernait le discours de Brandenburg, un dirigeant du KKK et, plus particulièrement, la demande qu'il avait adressée à un journaliste de couvrir une réunion du KKK au cours de laquelle des personnes brûlaient une croix et prononçaient des discours en portant les tenues du KKK. Les discours faisaient notamment référence à la vengeance contre les Juifs et alléguaient que le gouvernement travaillait avec des groupes de non-Blancs contre les Blancs. Brandenburg a prononcé l'un des discours prônant la violence. Après avoir été montré à la télévision, il a été inculpé en vertu de la loi de l'Ohio sur le syndicalisme criminel pour avoir « prôné [...] le devoir, la nécessité ou le bien-fondé du crime, du sabotage, de la violence ou des méthodes illégales de terrorisme comme moyens d'accomplir une réforme industrielle ou politique ». La Cour a estimé que le discours peut être restreint s'il est susceptible d'inciter ou de produire une action illégale imminente et non pas simplement de préconiser une telle action. À cette fin, la Cour a déclaré qu'en conséquence, nous sommes confrontés dans ce cas à une loi qui, par ses propres termes et telle qu'elle est appliquée, vise à punir la simple promotion et à interdire, sous peine de sanction pénale, la réunion avec d'autres personnes dans le seul but de promouvoir le type d'action décrit. Une telle loi tombe sous le coup de la condamnation des premier et quatorzième amendements.

Ainsi, la Cour a fait un grand pas en avant par rapport au test du « danger clair et présent » décrit dans l'affaire *Schenck c. États-Unis (1919)*,[137] qui impliquait la diffusion de tracts contre la conscription obligatoire par le Parti socialiste. Dans l'affaire Brandenburg, la Cour a élaboré le test de l'action illégale imminente, qui prévoit ce qui suit :

> Les libertés d'expression et de la presse ne permettent pas à un État d'interdire l'appel au recours à la force ou à la violation de la loi, sauf si cet appel vise à inciter ou à produire une action illégale imminente et est susceptible d'inciter ou de produire une telle action.[138]

Ainsi, pour restreindre les discours violents, la violence du discours doit aller au-delà du simple appel à une incitation réelle ou une production d'action, avec un filet de sécurité supplémentaire pris en compte par la Cour, à savoir que cette action doit être imminente. Cependant, la Cour n'a jamais défini l'incitation et n'a pas non plus donné de lignes directrices sur le seuil à partir duquel une telle incitation existe. En outre, l'interdiction de l'appel à la violence comme motif suffisant pour limiter la liberté d'expression est en contradiction directe avec l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP. En effet, cet article interdit non seulement l'appel à la violence, mais aussi à la discrimination et à l'hostilité, qui relèvent de seuils encore plus bas. L'arrêt rendu dans l'affaire *Brandenburg* montre donc la grande différence entre l'approche des États-Unis et celle des Nations Unies en matière de réglementation des discours de haine. Si l'on ajoute à cela l'interdiction de la réglementation fondée sur le contenu, exposée dans l'affaire *R.A.V* ci-dessous, les cadres américain et international sont totalement opposés, l'article 20, paragraphe 2 interdisant par exemple ce type d'appel lorsqu'il s'adresse à des groupes nationaux, raciaux ou religieux.

En 1977, l'affaire *National Socialist Party of America c. Village de Skokie* a été portée devant la Cour suprême. Skokie, un village situé dans la banlieue de Chicago, comptait une population de 70 000 personnes, dont 40 000 Juifs et environ 5 000 survivants des camps de concentration nazis. M. Collin, dirigeant du National Socialist Party of America (NSPA), a alerté les autorités de Skokie d'un défilé d'environ trente à cinquante personnes portant des uniformes semblables à ceux portés par les nazis, y compris des brassards à croix gammée, et tenant des banderoles avec des croix gammées et des messages tels que « liberté d'expression pour les Blancs ». Les autorités de Skokie ont tenté d'interdire le défilé, estimant qu'il « inciterait

136 Brandenburg c. Ohio 395 U.S. 444 (1969), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/brandenburg-v-ohio/.

137 Schenck c. États-Unis 249 U.S. 47 (1919).

138 Brandenburg c. Ohio 395 U.S. 444 (1969), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/brandenburg-v-ohio/, p. 444.

à la haine contre les personnes de confession ou d'ascendance juive ou la favoriserait ».[139] La Cour d'appel du comté de Cook a prononcé une injonction à l'encontre des requérants. Cette injonction leur interdisait d'effectuer l'une des actions suivantes dans le village de Skokie :

> [d]éfiler, marcher ou parader en uniforme du National Socialist Party of America ; [d]éfiler, marcher ou parader ou arborer de toute autre manière la croix gammée sur ou hors de leur personne ; [d]istribuer des brochures ou afficher tout support incitant à la haine ou encourageant la haine contre les personnes de confession ou d'ascendance juive ou la haine contre les personnes de toute confession ou ascendance, de toute race ou religion.[140]

La Cour d'appel de l'Illinois a rejeté une demande de suspension en attendant l'appel. Les requérants ont alors déposé une demande de suspension auprès de la Cour suprême de l'Illinois, ainsi qu'une demande d'appel direct accéléré auprès de ladite cour. La Cour suprême de l'Illinois a refusé à la fois la suspension et l'autorisation d'appel accéléré. Les requérants ont alors déposé une demande de suspension auprès d'un juge fédéral de Cour d'appel, qui a saisi la Cour suprême des États-Unis. Le NSPA a fait valoir que l'interdiction le privait de ses droits au titre du premier amendement au cours de la période examinée. La Cour suprême a annulé le refus de suspension et a renvoyé l'affaire devant la Cour suprême de l'Illinois. Plus particulièrement, elle a estimé que lorsqu'un État cherche à imposer une interdiction d'une telle sévérité, il doit y avoir des « garanties procédurales strictes » qui pourraient inclure un appel accéléré ou une suspension temporaire de l'interdiction, ce qui a été refusé par la Cour suprême de l'Illinois. La Cour suprême a refusé d'examiner la question. Par conséquent, bien que la Cour n'ait pas évalué le contenu réel de cette affaire et n'ait pas déterminé s'il était ou non protégé par le premier amendement, elle a accordé à la manifestation un seuil élevé de protection au titre du premier amendement et a estimé que les garanties procédurales qui auraient dû exister en cas de restriction de ce type étaient importantes et n'avaient pas été respectées.

5.1 (iv) Négation de génocide – La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

L'affaire Ingabire Victoire Umuhoza c. Rwanda concerne l' appel d'une condamnation pénale pour banalisation du génocide. En l'espèce, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a jugé qu'une sanction pénale pour minimisation du génocide portait atteinte au droit à la liberté d'expression du requérant en vertu de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Néanmoins, elle a indiqué que les déclarations « qui nient ou minimisent l'ampleur ou les effets du génocide ou qui insinuent sans équivoque la même chose sortent du domaine de l'exercice légitime du droit à la liberté d'expression et devraient être interdites par la loi ».[141] Comme le soulignent Aswad et Kaye, « une telle approche contraste avec l'approche du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et du Comité de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale à l'égard du déni de génocide, qui n'ont pas été cités dans l'avis ».[142]

---

139 National Socialist Party of America c. Village de Skokie, 432 U.S. 43 (1977), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/national-socialist-party-america-v-village-skokie/.

140 Ibid., p. 43.

141 Umuhoza, [Cour africaine des droits de l'homme et des peuples], paragraphe 158, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ingabire-victoire-umuhoza-v-rwanda/.

142 Evelyn Aswad et David Kaye, « Convergence & Conflict: Reflections on Global and Regional Human Rights Standards on Hate Speech » (2022) 20 *Northwestern Journal of Human Rights* 3, paragraphe 200, https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=njihr.

5.2 (i) Haine ethnique et religieuse – La Cour européenne des droits de l'homme

Étant donné que la majorité des affaires pertinentes examinées dans cette section concernaient des éléments du discours politique, il convient de formuler quelques remarques concernant la protection dont bénéficie cette forme de discours. La jurisprudence de la CrEDH témoigne de la valeur particulièrement élevée accordée au discours politique. Dans l'affaire *Lingens c. Autriche*, la Cour a estimé que la liberté du débat politique « se trouve au cœur même de la notion de société démocratique »,[143] avec l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, indiquant que l'article 10, paragraphe 2, ne permet guère de restreindre le discours politique ou les questions d'intérêt public.[144] La Cour rappelle que le droit à un langage et à un discours hyperboliques et provocateurs est un élément central du discours politique et, dans cette optique, le langage polémique,[145] sarcastique[146] et satirique[147] est autorisé.

L'affaire *Féret c. Belgique* (2009) concerne le dirigeant d'un parti nationaliste belge qui a été interdit d'exercer des fonctions politiques pendant dix ans pour avoir écrit et diffusé des publications contenant des déclarations telles que « s'opposer à l'islamisation de la Belgique » et « sauver notre peuple du risque que constitue l'islam conquérant ». La Cour a estimé qu'il n'y avait pas de violation de l'article 10, mais a rejeté la demande du gouvernement belge d'appliquer l'article 17 (sans aucune explication sur la différenciation entre cette affaire et l'affaire *Norwood*). Elle a estimé que ces déclarations étaient « inévitablement de nature à susciter, notamment parmi les membres les moins avertis du public, des sentiments de méfiance, de rejet ou de haine à l'égard des étrangers ».[148] Dans l'opinion dissidente du juge Sajó, rejoint par les juges Zagrebelsky et Tsotsoria, il a été soutenu que la majorité de la Cour considérait les humains comme des « imbéciles [...] incapables de répondre aux arguments et aux contre-arguments, en raison de l'impulsion irrésistible de leurs émotions irrationnelles ».[149] La CrEDH a également souligné que « recommander des solutions aux problèmes liés à l'immigration en prônant la discrimination raciale était susceptible de provoquer des tensions sociales et de saper la confiance dans les institutions démocratiques ».[150] Le lien réel entre le discours et l'impact grave de l'ébranlement de la confiance dans les institutions démocratiques (quoi que cela signifie) n'est pas clair. Un autre élément préoccupant de cette affaire est que la Cour a adopté une vision très large de ce qui peut constituer un discours de haine en notant que l'incitation à la haine :

> n'exigeait pas nécessairement l'appel d'un acte de violence spécifique ou d'un autre acte criminel. Les atteintes aux personnes commises par le biais d'insultes, de moqueries ou de diffamations visant des groupes de population donnés ou l'incitation à la discrimination, comme dans le cas présent, ont suffi pour que les autorités donnent la priorité à la lutte contre le discours de haine face

---

143 La jurisprudence comprend, entre autres, les affaires suivantes : Lingens c. Autriche, requête nº 9815/82 (CEDH, 8 juillet 1986), paragraphe 42, Özgurluk c. Dayanisma Partisi (ÖDP c. Turquie), requête nº 7819/04 (CEDH, 10 mai 2012), paragraphe 28, Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse, requête nº 16354/06 (CEDH, 13 juillet 2012), paragraphe 46.

144 Wingrove c. Royaume-Uni, requête nº 17419/90 (CEDH, 25 novembre 1996), paragraphe 58 ; Surek c. Turquie nº 1, requête nº 26682/95 (CEDH, 8 juillet 1999), paragraphe 6 ; Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse, requête nº 16345/06 (CEDH, 13 juillet 2012), paragraphe 61.

145 Lopes Gomes da Silva c. Portugal, requête nº 37698/97 (CEDH, 28 septembre 2000), paragraphe 35, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-58817&filename=CASE%20OF%20LOPES%20GOMES%20DA%20SILVA%20v.%20PORTUGAL.docx&l.

146 Katrami c. Grèce, requête nº 19331/05 (CEDH, 6 décembre 2007), https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-83816.

147 Eon c. France, requête nº 26118/10 (CEDH, 14 juin 2013), paragraphe 61, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/eon-v-france/.

148 Féret c. Belgique, requête nº 15615/07 (CEDH, 16 juillet 2009), paragraphe 69, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/feret-v-belgium/.

149 Ibid.

150 Ibid. au paragraphe 77.

> à l'usage irresponsable de la liberté d'expression qui porte atteinte à la dignité des personnes, voire à leur sécurité.[151]

L'affaire Féret situe donc le seuil au niveau des discours qui, entre autres, ridiculisent ou insultent, oubliant l'étendue du choc, de l'offense ou des troubles suscités dans l'affaire *Handyside*. Ce seuil dilue la protection accordée au discours politique en soutenant que, bien que les partis politiques doivent jouir d'une large liberté d'expression au cours d'une campagne électorale, « l'impact du discours raciste et xénophobe devient alors plus important et plus dommageable ».[152] Cependant, il est loin d'être évident de savoir où et quand les lignes sont tracées. La détermination des limites de l'expression dépend de points de vue subjectifs plutôt que de critères objectifs. En tant que telle, la Cour reconnaît essentiellement l'expression de commentaires politiques qui avalisent ce que les États (et donc la Cour en raison d'une large marge d'appréciation) considèrent comme acceptable. Dans l'opinion dissidente susmentionnée, les juges n'ont pas pu concilier l'approche de la majorité compte tenu de la protection primordiale à accorder au discours politique, qui est la pierre angulaire d'une société libre et démocratique.

En 2010, la Cour a déclaré recevable une plainte déposée par le politicien français d'extrême droite controversé *Jean-Marie Le Pen* irrecevable au titre de l'article 10 plutôt que de l'article 17. M. Le Pen a été condamné à une amende de 10 000 euros pour ses remarques qui auraient été désobligeantes à l'égard des musulmans, notamment pour avoir affirmé que « le jour où il n'y aura plus 5 millions mais 25 millions de musulmans en France, ce sont eux qui seront aux commandes ». La Cour a estimé que les commentaires « présentaient la communauté musulmane dans son ensemble sous un jour inquiétant, susceptible de susciter des sentiments de rejet et d'hostilité ». Comme dans l'affaire *Féret*, les propos incriminés ne comportaient pas d'incitation à la violence ou à l'illégalité, à la différence qu'aucune violation n'a été constatée dans l'affaire belge, alors que l'affaire française a été jugée manifestement infondée. Aucune explication de cette différence n'est fournie.[153]

Dans l'affaire *Zemmour c. France*, la CrEDH a estimé à l'unanimité que le droit du requérant au titre de l'article 10 n'avait pas été bafoué. M. Zemmour, journaliste et auteur, avait été condamné pour incitation à la discrimination et à la haine religieuse à l'encontre des musulmans en France, en raison de déclarations faites dans une interview en 2016. Par exemple, il a déclaré que « nous vivons depuis 30 ans une invasion, une colonisation, qui entraîne une conflagration » et « je pense qu'il faut leur (les musulmans vivant en France) donner le choix entre l'islam et la France ». La Cour a suivi la position adoptée dans les affaires *Féret* et *Le Pen*, en ce sens que l'incitation à la haine ne nécessite pas nécessairement l'incitation à la violence mais peut inclure l'incitation à la discrimination.[154] En concluant à la non-violation de l'article 10, elle a notamment indiqué que les déclarations du requérant avaient été faites dans l'intention discriminatoire d'inciter les téléspectateurs à rejeter et à exclure la communauté musulmane dans son ensemble.[155]

Tout comme le droit d'offenser, de choquer et de perturber est difficile à concilier avec l'indulgence de la Cour à l'égard des lois sur le discours de haine en général, l'allégeance de la Cour à une protection solide de la liberté d'expression des hommes politiques est difficile à concilier avec les décisions rendues dans les affaires *Féret*, *Le Pen* et Zemmour.

Au-delà du spectre politique, dans l'affaire *Soulas c. France* (2008), les auteurs d'un livre traitant des incompatibilités supposées entre les cultures européenne et islamique se sont plaints d'une ingérence dans leurs droits au titre de l'article 10 en raison de leur condamnation par le tribunal national pour incitation à

151 Ibid. au paragraphe 73.

152 Ibid. au paragraphe 76.

153 Le Pen c. France, requête nº 18788/09 (CEDH, 20 avril 2010) ,https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/le-pen-v-france/.

154 Zemmour c. France, requête nº 6539/19 (CEDH, 20 décembre 2022), paragraphe 54.

155 Ibid. au paragraphe 65.

la propagande haineuse. Dans son arrêt, la CrEDH a estimé que des phrases telles que « c'est seulement s'il éclate une guerre civile ethnique que la solution pourra être trouvée » pouvaient potentiellement inciter à l'agression contre un groupe donné[156] et qu'il s'agit donc d'un discours inacceptable au titre de l'article 10. Toutefois, ces propos n'ont pas été jugés suffisamment graves pour entrer dans le cadre de l'article 17.[157] Une fois de plus, le lien entre l'incitation alléguée à l'agression et l'expression n'était pas étayé. Fait important, la CrEDH a souligné que le livre lui-même était facile à lire et s'adressait à un large public, ce qui renforçait son potentiel de nuisance. Cela démontre une tendance dans la manière dont la Cour contextualise chaque affaire. Dans l'affaire *Féret*, par exemple, la Cour a examiné le contexte particulier de la période de campagne électorale et les dangers supposés qui y sont liés. L'on pourrait penser que la Cour est prête et désireuse de contextualiser le danger allégué au cas par cas plutôt que de développer et de se conformer à des tests juridiques, et ce, dans le cadre d'une large marge d'appréciation accordée aux États pour interdire des discours. Si la sensibilité au cas par cas et la compréhension du contexte sont indispensables, elles doivent s'inscrire dans le cadre de tests juridiques rigoureux plutôt que dans ce qui apparaît parfois comme une « mesure temporaire et subjective ». [158]

Norwood c. Royaume-Uni (2004) est une affaire qui concerne un organisateur régional du parti d'extrême droite British National Party, qui avait été condamné à une amende pour avoir affiché à la fenêtre de son domicile, peu après le 11 septembre 2001, une affiche représentant les tours jumelles en flammes, accompagnée des mots « Islam out of Britain - Protect the British People » (« L'islam hors du Royaume-Uni - Protégeons les Britanniques » et d'un symbole représentant un croissant et une étoile dans un panneau d'interdiction. En jugeant l'affaire irrecevable, la Cour a estimé que l'expression était :

> « une attaque générale et véhémente contre un groupe religieux, associant ce groupe dans son ensemble à un acte de terrorisme grave, est incompatible avec les valeurs proclamées et garanties par la Convention, notamment la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination. »[159]

La plainte a été considérée comme un abus de la CEDH en vertu de l'article 17 et n'a donc pas bénéficié de la protection de l'article 10. Bien que possible, il n'est pas du tout évident que l'expression « Islam out of Britain » implique une attaque contre tous les musulmans plutôt qu'une attaque contre l'islam en tant que religion, comme l'a soutenu le requérant. En tout état de cause, la Cour n'a pas pris le temps d'expliquer en quoi les faits répondaient effectivement au seuil prévu par l'article 17. Il s'agit de la seule affaire d'islamophobie dans laquelle la Cour a invoqué l'article 17. Si la hiérarchie créée par l'utilisation de cet article pour l'antisémitisme, telle que discutée ci-dessus, n'est en aucun cas satisfaisante, son utilisation dans l'affaire *Norwood* renforce l'effet dissuasif sur le discours puisqu'aucune analyse au titre de l'article 10 n'a été réalisée. On devrait dès lors avancer que les actes du requérant auraient dû, à tout le moins, être examinés au titre de l'article 10, paragraphe 2, afin de déterminer si sa condamnation pour hostilité aggravée à l'égard d'un groupe religieux répondait au critère de restriction légitime, y compris à la question de savoir si une telle restriction était nécessaire dans une société démocratique. L'argument du requérant selon lequel « la critique de la religion ne doit pas être assimilée à une attaque contre ses adeptes » n'a même pas été pris en considération par la Cour, qui s'en est remise à la conclusion des tribunaux britanniques selon laquelle l'expression était plutôt « une attaque contre tous les musulmans du [Royaume-Uni] ». L'arrêt de la Cour suggère que les sensibilités religieuses, telles que définies par l'État défendeur, devraient être privilégiées au détriment de la liberté d'expression.

---

156 Soulas et autres c. France, requête nº 15948/03 (CEDH, 10 juillet 2008), paragraphe 43, https://futurefreespeech.com/soulas-and-others-v-france/.

157 Ibid. au paragraphe 48.

158 Conall Mallory, « Human Rights Imperialists: The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights » (1re édition : Hart 2020).

159 Norwood c. Royaume-Uni, requête nº 23131/03 (CEDH, 16 novembre 2004), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/norwood-v-uk/

Le contexte de l'expression contestée dans l'affaire *Norwood*, à savoir la proximité des attentats du 11 septembre, aurait pu raisonnablement susciter un débat public important, à la fois constructif et hostile, sur la menace terroriste. Cependant, plutôt que de reconnaître l'importance de permettre un débat libre sur une question d'intérêt public majeur, les juridictions, tant nationales qu'européennes, ont choisi d'adopter une approche disproportionnée et très restrictive, en utilisant un paternalisme infondé laissant carte blanche à la restriction. La proximité temporelle entre cette affaire et les attentats contre les tours jumelles peut également avoir conduit à un résultat différent dans l'affaire *Norwood* et d'autres affaires similaires. Cette situation est inacceptable étant donné que la légitimité de la restriction du droit fondamental à la liberté d'expression devrait être régie par la certitude juridique plutôt que par une sensibilité contextuelle *ad hoc*.

Dans l'affaire Šimunić *c. Croatie* (2019), le requérant était un joueur de football qui s'était adressé aux spectateurs d'un match en criant « Pour la patrie » ! Lorsque les spectateurs ont répondu « Prêts ! », le requérant a répété la même chose à trois autres reprises. Les juridictions nationales ont estimé que ladite expression, indépendamment de sa signification littéraire et poétique originale en croate, avait également été utilisée comme salut officiel du mouvement fasciste oustachi et du régime totalitaire de l'État indépendant de Croatie. En outre, les juridictions nationales ont estimé que le mouvement oustachi était issu du fascisme, fondé notamment sur le racisme, et qu'il symbolisait donc la haine à l'égard des personnes ayant une identité religieuse ou ethnique différente et la manifestation d'une idéologie raciste. Le requérant s'est vu infliger une amende d'environ 3 300 euros. S'agissant de cette affaire, la CrEDH a indiqué que :

> la nature de l'amende infligée au requérant et le contexte dans lequel ce dernier a crié la phrase litigieuse, ont établi un juste équilibre entre l'intérêt du requérant à la liberté d'expression, d'une part, et les intérêts de la société à promouvoir la tolérance et le respect mutuel lors de manifestations sportives ainsi qu'à lutter contre la discrimination par le sport, d'autre part, agissant ainsi dans les limites de leur marge d'appréciation.[160]

La Cour a traité l'impact réel et effectif du discours de manière narrative, sans expliquer comment l'exercice de mise en balance a été mené ou comment la restriction reflétait réellement un besoin social impérieux, au-delà de la réitération de ce que les tribunaux nationaux ont constaté et de l'ajout d'une certaine rhétorique, en l'espèce, sur la nécessité de lutter contre le racisme dans le sport.

5.2 (ii) Haine ethnique et religieuse – Les Nations unies

Dans l'affaire *Vassilari, Maria et autres c. Grèce*, le Comité s'est penché sur une allégation de discrimination à l'encontre des Roms. Une lettre avait été envoyée à l'Université de Patras, intitulée « Objection contre les Tsiganes : les habitants recueillent des signatures en faveur de leur déménagement ». Les premier et deuxième auteurs ont déposé une plainte au pénal contre les associations locales en vertu de la loi contre le racisme. Les premier et deuxième requérants ont soutenu que le tribunal de Patras n'avait pas établi la nature raciste de la lettre incriminée et n'avait pas appliqué de manière effective la loi antiraciste visant à interdire la diffusion de discours racistes. Après examen de l'affaire, le CDH a estimé que les auteurs n'avaient pas suffisamment étayé les faits de leur affaire aux fins de la recevabilité de leur plainte au titre de l'article 20, paragraphe 2, rendant ainsi cette partie de la communication irrecevable.[161] En conséquence, le CDH n'a pu parvenir à aucune conclusion réelle quant à l'application et à la signification de l'article 20, paragraphe 2. Dans l'opinion individuelle dissidente qu'il a émise dans cette affaire, M. Abdelfattah Amor s'est plaint que le Comité n'avait pas encore

160 Šimunić c. Croatie, requête nº 20373/17 (CEDH, 22 janvier 2019), paragraphe 45, https://futurefreespeech.com/simunic-v-croatia/.

161 Vassilari c. Grèce, communication nº 1570/2007 (29 avril 2009), CCPR/C/95/D/1570/2007, paragraphe 6.5, https://futurefreespeech.com/vassilari-et-al-v-greece/.

émis d'avis sur l'applicabilité de l'article 20, paragraphe 2, dans le cadre des communications individuelles.[162] M. Amor a ajouté que l'approche du Comité concernant cet article n'était « ni logique ni solide sur le plan juridique »[163], ce qui, selon lui, a entraîné une incertitude quant au champ d'application de l'article 20. Dans l'affaire *Mohamed Rabbae, A.B.S et N.A c. Pays-Bas*, brièvement évoquée ci-dessus, les auteurs ont affirmé être victimes, entre autres, d'une violation de leurs droits au titre de l'article 20, paragraphe 2, en raison de déclarations faites par Geert Wilders, chef du Parti pour la liberté néerlandais, et plus particulièrement que l'acquittement de M. Wilders par la juridiction nationale était contraire à l'article 20, paragraphe 2. C'était la première fois que le CDH procédait à une analyse relativement approfondie de l'article 20, paragraphe 2. Il a estimé que cet article garantissait le droit des personnes à ne pas subir de haine ou de discrimination, mais qu'il était « très finement ciblé » afin de garantir la protection de la liberté d'expression. Il a rappelé que la liberté d'expression pouvait inclure des propos « profondément offensants » et des propos irrespectueux à l'égard d'une religion, sauf si le seuil strict de l'article 20, paragraphe 2, était atteint.[164] Le Comité a reconnu que les Pays-Bas avaient établi un cadre législatif pour satisfaire aux obligations imposées par l'article 20, paragraphe 2, et a souligné que ce cadre permettait aux victimes de déclencher des poursuites et d'y participer. Dans cette optique, et compte tenu de l'existence, de la pertinence et du déclenchement du cadre de l'affaire Wilders, le Comité a estimé que l'État partie avait pris les « mesures nécessaires et proportionnées pour " interdire "les déclarations faites en violation de l'article 20, paragraphe 2 »[165] et n'a donc pas constaté de violation. Avant 2016, le CDH n'avait pas particulièrement contribué à élucider les obligations des États parties, telles qu'elles découlent de l'article 20, paragraphe 2, ce qui pouvait potentiellement limiter l'efficacité de sa mise en œuvre au sein des systèmes nationaux des États parties. Toutefois, dans l'affaire Wilders, il a essentiellement estimé que les États parties devaient démontrer qu'ils avaient mis en place un cadre juridique fonctionnel et pertinent pour l'incorporation de l'article 20, paragraphe 2, dans leur droit national. Cette obligation n'est cependant pas assortie d'une obligation de condamnation.[166]

5.2 (iii) Haine ethnique et religieuse – La Cour suprême des États-Unis

En 1992, la Cour suprême a statué sur l'affaire *R.A.V. c. Ville de St. Paul*, dans laquelle un groupe de jeunes avait placé et brûlé une croix sur la pelouse d'une famille afro-américaine dans un quartier majoritairement blanc. Le requérant, l'un des adolescents impliqués, a été inculpé en vertu de l'Ordonnance sur les crimes motivés par les préjugés dans la ville de Saint-Paul :

> Quiconque place sur une propriété publique ou privée un symbole, un objet, une appellation, une caractérisation ou un graffiti, y compris, mais sans s'y limiter, une croix en feu ou une croix gammée nazie, dont il sait ou a de bonnes raisons de savoir qu'il ou elle suscite la colère, l'inquiétude ou le ressentiment d'autrui sur le fondement de la race, de la couleur, de la croyance, de la religion ou du genre, commet un trouble à l'ordre public et se rend coupable d'un délit.[167]

Bien que la doctrine des paroles de défi ait été développée dans l'arrêt *Chaplinsky*[168] dans un cadre dépassant le discours de haine en tant que tel, et bien que la Cour suprême n'ait pas directement invalidé le

162 Ibid. Opinion individuelle du membre du Comité M. Abdelfattah Amor (opinion dissidente), paragraphe 1.

163 Ibid.

164 Mohamed Rabbae, A.B.S et N.A c. Pays-Bas, communication nº 2124/2011 (14 juillet 2016) CCPR/C/117/D/2124/2011, paragraphe 10(4), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/rabbae-v-netherlands/.

165 Ibid. au paragraphe 10(7).

166 Mohamed Rabbae, A.B.S et N.A c. Pays-Bas, communication nº 2124/2011 (14 juillet 2016), CCPR/C/117/D/2124/2011, paragraphe 10 (7), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/rabbae-v-netherlands/.

167 R.A.V. c. Ville de St. Paul, 505 U.S. 377, 380 (1992), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/r-v-v-city-st-paul/.

168 Chaplinsky c. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

rôle et la pertinence de cette doctrine, elle n'a, depuis lors, confirmé aucune condamnation sur le fondement de la doctrine des paroles de défi.[169] Compte tenu de la forme et du contexte de l'expression examinée dans l'affaire *R.A.V.*, la Cour ne pouvait éviter d'aborder la question de l'applicabilité de la doctrine. Bien qu'elle ne l'ait pas annulée, elle a soutenu que la doctrine ne pouvait pas être appliquée dans ce cas puisque l'ordonnance était propre au contenu, ciblant des groupes particuliers, démontrant ainsi l'implication de l'État dans ce que et comment les gens devraient penser sur des questions particulières et ne s'attaquant pas abstraitement aux thèmes de l'offense et de l'ordre public comme le faisait l'ordonnance dans l'affaire *Chaplinsky.* Plus précisément, la Cour a estimé que l'ordonnance « interdit inconstitutionnellement le discours sur le fondement des sujets qu'il aborde ».[170]

Au cœur de la décision de la Cour se trouve l'interdiction d'une réglementation fondée sur le contenu. Plus particulièrement, la Cour a estimé que :

> Les affichages contenant des invectives abusives, aussi vicieuses ou sévères soient-elles, sont autorisés à moins qu'ils ne portent sur l'un des sujets spécifiques déconseillés. Ceux qui souhaitent employer des « paroles de défi » en rapport avec d'autres idées – pour exprimer l'hostilité, par exemple, sur le fondement de l'affiliation politique, de l'appartenance à un syndicat ou de l'homosexualité – ne sont pas couverts. Le premier amendement ne permet pas à la ville de Saint-Paul d'imposer des interdictions spéciales aux orateurs qui expriment des points de vue sur des sujets peu appréciés.[171]

En outre, la Cour a souligné que « le désir de la ville de Saint-Paul de faire savoir aux groupes minoritaires qu'elle ne tolère pas la haine collective d'un discours motivé par des préjugés ne justifie pas que l'on fasse taire sélectivement un discours au motif de son contenu ».[172] En tant que telle, l'affaire *R.A.V.* souligne que le gouvernement n'est pas autorisé à déterminer, indépendamment des réalités contextuelles dans le domaine de la haine et de la discrimination, les caractéristiques particulières qui doivent être protégées contre des phénomènes tels que le discours de haine. Cette approche diffère unilatéralement de celle de la décision-cadre de l'UE, par exemple, qui interdit, entre autres, l'incitation à la violence ou à la haine pour des motifs spécifiques, à savoir l'appartenance à un groupe ethnique ou religieux. Elle diffère également de l'approche du bas seuil de la CrEDH, telle qu'elle a été démontrée dans des affaires comme l'affaire *Féret* (et les affaires ultérieures qui ont suivi ce paradigme), où une simple insulte à l'encontre d'un groupe présentant des caractéristiques protégées suffisait à conclure à l'absence de violation de l'article 10.

Il convient de noter que, dès le départ, la doctrine a été éliminée de la discussion de la Cour. Plus précisément, elle a jugé que « à supposer que toutes les expressions visées par l'ordonnance soient proscrites en vertu de la doctrine des paroles de défi, nous concluons néanmoins que l'ordonnance est de prime abord inconstitutionnelle ».[173]

Cependant, la Cour ne fait que supposer cela pour présenter son argumentation principale sur l'interdiction de la réglementation fondée sur le contenu, sans jamais examiner si le fait de brûler une croix dans l'affaire *R.A.V.* constituait effectivement des paroles de défi. C'est ainsi qu'est née la question de savoir si une croix en feu, si révélatrice sur le plan historique en Amérique, constituait des paroles de défi. En outre, la Cour a estimé qu'« il existe d'autres moyens de punir un défendeur pour le comportement certes répréhensible de brûler des croix »[174], mais ne fournit pas d'informations complémentaires sur la nature de ces mesures, analogues ou non, ce qui limite la pertinence de cette référence qui rappelle, dans une certaine

169 Geoffrey R. Stone, « Hate Speech and the U.S. Constitution » (1994) 3, East European Constitutional Review 1, 80.

170 R.A.V. c. Ville de St. Paul, 505 U.S. 377 (1992), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/r-v-v-city-st-paul/.

171 Ibid. , p. 391.

172 Ibid., p. 378.

173 Ibid., p. 381.

174 Ibid., p. 377.

mesure, le critère de proportionnalité de la CrEDH. La seule indication de ce que pourraient être de telles mesures figure dans l'opinion concordante du juge White, qui a estimé que la nature de l'ordonnance fondée sur le contenu ne contribuait pas à l'intérêt impérieux de la ville à garantir les droits de l'homme et la non-discrimination, étant donné que ces objectifs auraient pu être atteints par une ordonnance générique (plutôt que par une ordonnance fondée sur les préjugés).

Le juge White a estimé qu'en réalité, le seul intérêt distinctement servi par la limitation du contenu est celui d'afficher l'hostilité spéciale du conseil municipal à l'égard des préjugés particuliers mis en exergue. C'est précisément ce que le premier amendement interdit.[175] Par conséquent, la Cour a incorporé un filet de sécurité à l'exception relative aux paroles de défi en considérant qu'elle s'appliquait dans la mesure où elle était neutre sur le plan du contenu. Cela démontre qu'elle « a fortement favorisé les intérêts de la parole par rapport à ceux de l'égalité de protection ».[176] La façon dont l'affaire *Beauharnais* reproduit l'affaire *R.A.V.* est spectaculaire. Plus précisément, en 1952, la Cour a été confrontée à un cas de diffamation collective dans l'affaire *Beauharnais c. Illinois*.[177] Joseph Beauharnais, président de la White Circle League, a coordonné et participé à la diffusion de tracts demandant au conseil municipal de Chicago de « mettre un terme à l'empiètement, au harcèlement et à l'invasion des Blancs, de leurs biens, de leurs quartiers et de leurs personnes par les Noirs » et a écrit que si la persuasion et la nécessité d'empêcher l'abâtardissement de la race blanche par les Noirs ne nous unissent pas, l'agression, les vols, les couteaux, les armes à feu et la marijuana des Noirs le feront certainement. Beauharnais a été condamné pour sa participation à la diffusion de tracts. La loi en question déclare illégale la distribution de toute publication qui « dépeint la dépravation, la criminalité, l'indécence ou le manque de vertu d'une classe de citoyens, de quelques race, couleur, croyance ou religion que ce soit » ou qui les soumet « au mépris, à la dérision ou à l'opprobre ». La Cour suprême s'est appuyée sur l'arrêt *Chaplinsky* et a confirmé la condamnation de Beauharnais. Plus précisément, elle a estimé que « les propos diffamatoires ne relèvent pas du domaine des discours protégés par la Constitution » et a jugé non pertinent le fait que les propos de Beauharnais n'aient pas constitué un danger clair et présent de préjudice grave. Il est intéressant de noter que la Cour suprême a estimé qu'il suffisait que l'affaire n'implique pas une « restriction sans objet et sans rapport avec la paix et le bien-être de l'État ».

Pour l'essentiel, on pouvait déduire de l'affaire *R.A.V.* qu'aucune réglementation sur le discours de haine, même si le discours en question constitue un discours restrictif, tel que des paroles de défi, ne pourrait être légitime, si la mesure visant à le restreindre ciblait le discours en raison de son contenu particulier. Le souhait de la Cour d'interdire la réglementation fondée sur le contenu émane de son principe plus général selon lequel, dans les catégories d'expression de faible valeur, il existe une « égalité de statut dans le domaine des idées » et « par-dessus tout, le premier amendement signifie que le gouvernement n'a pas le pouvoir de restreindre l'expression en raison de son message, de ses idées, de son sujet ou de son contenu ».[178]

La raison de cette approche n'est pas que la Cour ne trouve aucun mal au discours de haine ou qu'elle le considère comme une fiction en termes d'impact individuel et sociétal, mais plutôt qu'elle interdit au gouvernement d'interférer dans le décryptage de la légitimité de certaines idées et d'apporter à certains groupes une protection accrue par rapport à d'autres. Comme indiqué, l'approche neutre du point de vue du contenu « délimite le pouvoir officiel sur l'estimation des idées ».[179]

L'affaire *Virginie c. Black (2003)* concerne trois personnes, Black, Elliot et O'Mara, qui ont été condamnées séparément à deux reprises pour avoir enfreint une loi de Virginie sur le fait de brûler des croix. M. Black

175 Ibid., p. 396.

176 Ibid., p. 395.

177 Beauharnais c. Illinois, 343 U.S. 250, 252 (1952).

178 Police Department of Chicago c. Mosley 408 US 92 (1972).

179 Edward J. Eberle, « Cross Burning, Hate Speech, and Free Speech in America » (2004) 36 Arizona State Law Journal 1, 972, https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=law_fac_fs.

a été accusé d'avoir enfreint la loi pour son rôle dans un rassemblement du KKK sur une propriété privée, utilisée avec l'autorisation du propriétaire. Les deux autres n'étaient pas membres du KKK, mais ont brûlé la croix dans le jardin du voisin d'Elliot Black. Les trois accusés ont fait appel de leur condamnation, arguant de l'inconstitutionnalité de la loi de Virginie. La loi considère comme un crime « le fait pour toute personne [...], dans l'intention d'intimider une personne ou un groupe [...], de brûler une croix sur la propriété d'autrui, sur une route ou dans un autre lieu public », et précise que « le fait de brûler des croix de la sorte [...] constitue un commencement de preuve de l'intention d'intimider une personne ou un groupe ». La Cour a placé la loi dans un contexte historique, soulignant « la longue et pernicieuse histoire des croix brûlées en tant que signal de violence imminente ».[180] La Cour a précisé que le premier amendement permettait à la Virginie d'interdire l'acte de brûler des croix dans la mesure où il était effectué « dans l'intention d'intimider ».[181] Dans ce cadre, la Cour a adopté le « test de la menace réelle » qui a été défini comme une « ouverture » pour la réglementation du discours de haine.[182] La Cour a jugé que l'acte de brûler des croix peut être interdit s'il constitue une véritable menace, si le but des feux est d'intimider, comme c'est le cas de la croix brûlée dans le jardin de la famille noire.[183] La Cour a poursuivi en soulignant que, s'il n'y a pas de véritable menace d'intimidation, le fait de brûler des croix relève de la liberté d'expression. L'importance de l'intimidation pour garantir la constitutionnalité de l'interdiction est allée plus loin dans la mesure où l'existence d'une croix en feu n'était pas en soi une preuve suffisante d'intimidation. Pour ce motif, et malgré les reconnaissances antérieures de la Cour, celle-ci a annulé la loi, l'élément de preuve étant insuffisant. Plus particulièrement, la Cour a reconnu qu'une croix en feu pouvait constituer une véritable menace, mais qu'elle pouvait également relever du domaine protégé des « messages d'idéologie partagée ».[184] L'existence de la croix ne saurait constituer un commencement de preuve de l'intention. En conséquence, la loi de Virginie a été jugée constitutionnelle en ce qui concerne l'interdiction de brûler des croix, mais inconstitutionnelle en ce qui concerne la présomption d'intimidation liée à l'existence de la croix en feu comme seule justification des poursuites. Cela indique les exigences procédurales complexes qui accompagnent la réglementation du discours de haine, une caractéristique qui constitue un obstacle supplémentaire à la réglementation du discours de haine.

5.3 (i) Orientation sexuelle : la Cour européenne des droits de l'homme

La CrEDH a jugé que le discours de haine visant des personnes au motif de leur orientation sexuelle pouvait entraîner la restriction légitime de l'article 10. La première déclaration de la Cour à cet égard a été faite dans l'affaire, jugée à l'unanimité, de *Vejdeland et autres c. Suède* (2012), qui concernait la promotion de sentiments anti-homosexuels par le biais de tracts déposés dans les casiers des élèves d'un lycée. Les requérants ont soutenu qu'ils attiraient l'attention sur le manque d'objectivité des écoles suédoises en ce qui concerne les questions LGBT. Les tracts contenaient diverses allégations dénigrantes et homophobes, notamment que le mode de vie « pervers » et « libertin » des homosexuels était la cause du VIH et du sida et que les homosexuels cherchaient à minimiser la pédophilie. Dans cette affaire, la Cour a estimé que « la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aussi grave que la discrimination fondée sur la race, l'origine ou la couleur de peau ».[185] La Cour a souligné que l'incitation à la haine ne doit pas nécessairement prôner la violence ou appeler à des actes criminels, comme cela a été établi dans l'affaire *Féret*.[186]

---

180 Virginie c. Black, 538 U.S. 343 (2003), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/virginia-v-black/.

181 Ibid., p. 347.

182 Edward J. Eberle, « Cross Burning, Hate Speech, and Free Speech in America » (2004) 36 Arizona State Law Journal 1, 993, https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=law_fac_fs.

183 Précité dans la note 180.

184 Ibid., p. 354.

185 Vejdeland et autres c. Suède, requête nº 1813/07 (CEDH, 9 mai 2012), paragraphe 55, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/case-of-vejdeland-and-others-v-sweden/.

186 Ibid.

Dans son opinion concordante, le juge Zupančič a exprimé une réticence à l'égard des conclusions de la majorité, mais s'est finalement laissé influencer par les faits spécifiques de l'affaire. Le juge a indiqué que, bien que l'approche des États-Unis à l'égard de la liberté d'expression puisse être considérée comme quelque peu « insensible », l'approche suédoise frise la sensibilité excessive, la distinction découlant d'un soi-disant « débat culturellement prédéterminé ». Il a finalement suggéré que la Cour pourrait « [être allée] trop loin dans la présente affaire [...] en limitant la liberté d'expression en surestimant l'importance de ce qui est dit ».

Dans l'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie (2020),*[187] la Cour a estimé que les requérants avaient été privés d'un recours effectif et que leur droit à la vie privée combiné au principe de non-discrimination avait été bafoué, les autorités ayant refusé d'engager des poursuites pénales contre les commentaires homophobes accompagnant une photo des deux hommes s'embrassant sur Facebook. Il convient ici de faire le lien avec une affaire de 2012 dans laquelle la Grande chambre a pris l'initiative d'identifier une obligation positive à l'article 8 de combattre les « stéréotypes négatifs »[188] (en l'occurrence contre les Roms). Il s'agit de la seule affaire dont nous disposons dans laquelle un discours visant des caractéristiques protégées est considéré comme bénéficiant d'une protection au titre de la Convention, et il est intéressant de noter qu'il s'agit d'une affaire introduite par une personne qui s'est déclarée victime de ce discours, plutôt que par son auteur, ce qui démontre l'étendue de la marge d'appréciation accordée aux États dans le domaine de l'expression. Toutefois, cette affaire a semé les graines de la création d'une obligation *ex officio* de limiter la liberté d'expression en vertu de la CEDH, qui a ensuite mûri dans les affaires *Beizaras et Levickas*.

Dans l'affaire *Lilliendahl c. Islande* (2020), examinée dans la section consacrée aux définitions, la CrEDH a suivi l'arrêt *Vejdeland*, estimant que les commentaires du requérant (par exemple les références aux déviants sexuels) étaient « graves, profondément blessants et préjudiciables ».[189] Le fait que ses commentaires n'étaient pas susceptibles d'atteindre un large public n'a fait aucune différence pour la Cour.

5.3 (ii) Orientation sexuelle : les Nations Unies

L'affaire *Fedotova c. Russie (2012)* concerne une militante LGBTQ qui a apposé des affiches qui comprenaient les déclarations « L'homosexualité est normale » et « Je suis fière de mon homosexualité » près d'un collège. Elle a été condamnée à une amende pour propagande de l'homosexualité auprès des mineurs. Le CDH a constaté une violation de l'article 19 du PIDCP. Le CDH a estimé que l'État partie n'avait pas démontré en quoi l'auteur représentait un risque pour le bien-être des mineurs et a également souligné que l'auteur cherchait à sensibiliser le public à son identité sexuelle plutôt qu'à prôner une orientation sexuelle particulière. Dans cette optique, il a estimé qu'en imposant une amende administrative à l'auteur pour les affiches, la Russie avait violé l'article 19 du PIDCP. Le CDH a indiqué que :

> tout en reconnaissant le rôle des autorités de l'État partie dans la protection du bien-être des mineurs, le Comité observe que l'État partie n'a pas démontré pourquoi, dans les faits de la présente communication, il était nécessaire, pour l'un des buts légitimes du paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte, de restreindre le droit de l'autrice à la liberté d'expression sur le fondement de l'article 3.10 de la loi de la région de Riazan, pour avoir exprimé son identité sexuelle et cherché à la faire

187 Beizaras et Levickas c. Lituanie, requête nº 41288/15 (CEDH, 14 janvier 2020), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/beizaras-and-levickas-v-lithuania/.

188 Aksu c. Turquie, requêtes nº 4149/04 et 41029/04 (CEDH, 15 mars 2012), paragraphe 75, https://futurefreespeech.com/aksu-v-turkey/.

189 Lilliendahl c. Islande, requête nº 29297/18 (CEDH, 12 mai 2020), paragraphe 38, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lilliendahl-v-iceland/.

> comprendre, même si, comme le fait valoir l'État partie, elle avait l'intention de faire participer des enfants à la discussion sur des questions liées à l'homosexualité.[190]

Dans l'affaire similaire *Kiril Nepomnyashchiy c. Russie*, un militant LGBTQ a créé une affiche sur laquelle on pouvait lire « L'homosexualité est une forme saine de sexualité. Les enfants et les adultes devraient le savoir » et l'a affichée près de l'entrée d'une bibliothèque pour enfants. Il a été condamné à une amende pour propagande de l'homosexualité auprès des mineurs. Le CDH a constaté une violation de l'article 19 du PIDCP. Il a estimé que « la formulation de l'article 2.13 de la loi régionale, qui inclut la promotion de la propagande de l'homosexualité, est très ambiguë quant aux actions interdites et ne satisfait donc pas à l'exigence de légalité prévue à l'article 19, paragraphe 3 ».[191]

5.3 (iii) Orientation sexuelle – La Cour suprême des États-Unis

Dans l'affaire *Snyder c. Phelps (2011)*, lors des funérailles d'un Marine, l'église Westboro a dressé des pancartes qui disaient notamment « Dieu merci pour les soldats morts », « Dieu vous déteste » et « Troupes de pédés ». Dans cette affaire, le président de la Cour suprême, M. Roberts, a souligné ce qui suit :

> La parole est puissante. Elle peut inciter les gens à agir, les faire pleurer de joie et de tristesse et, comme ici, leur infliger une grande douleur. Au vu des faits qui nous sont présentés, nous ne pouvons pas réagir à cette douleur en punissant l'auteur de ces paroles. En tant que nation, nous avons choisi une autre voie : protéger même les propos blessants sur des questions d'intérêt public afin de ne pas réprimer le débat public. (Sec. IV)

Il s'agit d'une démarche diamétralement opposée à celle de l'Europe, qui a adopté une position de militantisme et de restriction. Comme parallèle direct à *Snyder*, on peut rappeler l'arrêt *Vejdeland*, dans lequel la CrEDH a autorisé la punition de personnes diffusant des tracts contenant notamment des déclarations telles que « Dites-leur que le VIH et le sida sont apparus tôt avec les homosexuels et leurs mœurs légères » et « Dites-leur que les organisations de lobbying homosexuel essaient également de minimiser la pédophilie et demandent à ce que cette perversité sexuelle soit légalisée ».

Cela ne signifie nullement que l'Europe est sur la bonne voie. Cela reflète simplement la diversité des approches, qui ne sont pas sans poser de problèmes, puisque le discours de haine continue d'être présent sur les deux continents. On peut affirmer sans risque de se tromper que les États-Unis n'autoriseront que l'interdiction d'un discours qui pourrait raisonnablement entraîner une intimidation ou un discours qui pourrait provoquer une action illégale imminente. La caractéristique protégée du discours de haine, telle qu'elle a été développée au niveau européen, est une zone interdite pour l'homologue américain puisque l'affaire *R.A.V.* a donné lieu à l'interdiction de tout type de réglementation du contenu. Par conséquent, on pourrait affirmer que, pour assurer la protection du premier amendement, les discours qui atteignent les seuils susmentionnés liés à l'intimidation ou à l'incitation à la violence sont limités puisque la mesure en question ne protège pas uniquement certains groupes de personnes contre une telle intimidation ou incitation. Bien que cela signifie que la question de savoir qui est protégé ou non ne se pose pas dans le cadre américain, comme c'est le cas pour les équivalents internationaux et européens, une question abordée dans les chapitres précédents, cela semble aller à l'encontre de l'objectif de protection des groupes contextuellement vulnérables contre les attaques.

---

190 Fedotova c. Russie, communication nº 1932/2010 (2012) https://futurefreespeech.com/fedotova-v-russia/.

191 Kirill Nepomnyashchiy c. Russie, communication nº 2318/2013, paragraphe 7.7, https://futurefreespeech.com/kirill-nepomnyashchiy-v-russia/.

5.3 (iv) Orientation sexuelle : l'Afrique du Sud

Dans l'affaire *Qwelane c. Commission sud-africaine des droits de l'homme* (2019),[192] la Cour suprême d'appel (SCA) s'est penchée sur une publication de 2008 de Jon Qwelane, militant anti-apartheid et journaliste bien connu, dans le Sunday Sun. L'article était intitulé « Call me names – but gay is not okay » (« Traitez-moi de tous les noms, mais pas d'homosexuel »), employait un langage homophobe et était accompagné d'un dessin humoristique comparant l'homosexualité à la bestialité. Cette publication a suscité un tollé et la Commission sud-africaine des droits de l'homme a reçu quelque 350 plaintes concernant l'article et la caricature. En 2017, la Haute Cour de Johannesburg (siégeant en tant que Cour de l'égalité) a décidé que certaines déclarations étaient « blessantes[,] nuisibles, incitant au mal et propageant la haine » et contrevenaient donc à l'article 10, paragraphe 1, de la loi sur l'égalité. M. Qwelane a alors fait appel de l'affaire devant le SCA, arguant que la définition du discours de haine contenue dans la loi sur l'égalité était inconstitutionnelle, parce qu'elle interdisait plus d'expression que ne le permettait l'article 16, paragraphe 2, de la Constitution.[193]

Le jugement de la SCA reconnaît que la haine va à l'encontre de la Constitution du pays et reconnaît le « passé douloureux » de l'Afrique du Sud[194] et la nécessité « de se remettre des divisions de notre passé et d'établir une société fondée sur les valeurs démocratiques, la justice sociale et les droits fondamentaux ».[195] En l'espèce, comme dans d'autres arrêts examinés dans le présent rapport, le passé historique du pays a été reconnu, mais, contrairement à la CrEDH, l'accent a été mis sur l'importance de la liberté d'expression.

La SCA a examiné en profondeur la « tension entre le discours de haine et la liberté d'expression »[196], et en particulier la constitutionnalité de l'article 10, paragraphe 1, de la loi sur l'égalité. La Cour a souligné que la norme constitutionnelle énoncée à l'article 16, paragraphe 2), est un critère objectif, à savoir si l'expression constitue un appel à la haine fondé sur l'un des motifs interdits et si cet appel constitue une incitation à causer un préjudice.[197] La Cour a conclu que l'article 10 de la loi sur l'égalité allait en réalité au-delà de ce qui était autorisé par la Constitution en vertu de l'article 16, paragraphe 2, et a averti « qu'il faut veiller à ne pas réprimer les opinions de ceux qui s'expriment par conviction sincère ».[198] Tout en reconnaissant l'importance de la dignité, la Cour a également souligné que « compte tenu de notre histoire... la liberté d'expression doit également être respectée ».[199] À la lumière de ce qui précède, la Cour a fait droit à l'appel, déclarant que l'article 10 de la loi sur l'égalité était contraire à l'article 16 de la Constitution et donc inconstitutionnel et invalide. Le Parlement s'est vu accorder 18 mois à compter du 29 novembre 2019 pour y remédier. Dans l'intervalle, la Cour a jugé que l'article 10 devait indiquer ce qui suit :

> 10(1) Nul ne peut prôner la haine fondée sur la race, l'appartenance ethnique, le sexe, la religion ou l'orientation sexuelle et qui constitue une incitation à nuire.
>
> 10(2) Sans préjudice des recours de nature civile prévus par la présente loi, la Cour peut, conformément à l'article 21(2)(n) et le cas échéant, renvoyer toute affaire concernant l'appel à la haine fondé sur la race, l'appartenance ethnique, le sexe, les religions ou l'orientation sexuelle et constituant une incitation à causer un préjudice, comme le prévoit le paragraphe 1, au Directeur des poursuites

192 Qwelane c. Commission sud-africaine des droits de l'homme (686/2018) [2019] ZASCA 167, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/qwelane-v-south-african-human-rights-commission/.

193 Ibid. aux paragraphes 34, 36.

194 Ibid.

195 Ibid.

196 Ibid. au paragraphe 3.

197 Ibid. au paragraphe 62.

198 Ibid. au paragraphe 70.

199 Ibid. au paragraphe 85.

pénales compétent pour engager des poursuites pénales en vertu de la *common law* ou de la législation en vigueur.

La SCA a fondé son analyse sur le cadre historique, reconnaissant le passé conflictuel du pays, mais, contrairement à d'autres affaires de discours liées à l'apartheid, elle a souligné qu'un seuil élevé devait être atteint lors de la restriction de l'expression. En outre, contrairement à la CrEDH, la SCA n'applique pas une lecture unilatérale de l'histoire dans laquelle le discours de haine est uniquement considéré comme une menace pour le nouvel ordre constitutionnel démocratique et égalitaire. Elle reconnaît également que la restriction de la liberté d'expression, même avec les meilleures intentions du monde, constitue un risque inhérent à un tel ordre constitutionnel et fait partie intégrante de l'arsenal oppressif du régime de l'apartheid. Des tests motivés et objectifs sont nécessaires pour s'assurer que les discours haineux interdits incitent *réellement* à la haine.[200]

La Commission sud-africaine des droits de l'homme a fait appel de la décision de la SCA devant la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (CCSA), arguant de la constitutionnalité de l'article 10, paragraphe 1. L'affaire a été entendue en septembre 2020 et le jugement a été rendu en juillet 2021. La CCSA a estimé que l'article 10 de la loi sur l'égalité était en réalité constitutionnel, à l'exception de sa référence au terme « blessant ». En ce qui concerne le terme « blessant » tel qu'il est incorporé dans la loi sur l'égalité, la CCSA a indiqué que « si un discours qui est simplement blessant est considéré comme un discours de haine, cela place la barre assez bas ».[201]

En conséquence, si la CCSA a restreint la protection de la parole, cela démontre que, malgré le renversement des autres aspects de la décision de la SCA sur l'article 10, la question du seuil est restée importante pour la CCSA lorsqu'elle est confrontée à des restrictions de la parole. L'évaluation de la dignité a également joué un rôle dans la décision concernant le terme « blessant ». La CCSA a souligné que la question centrale était de trouver un équilibre entre la liberté d'expression, d'une part, et la dignité et l'égalité, d'autre part.[202] Il est intéressant de noter que « ce n'est pas seulement le droit à l'égalité et à la dignité que notre Constitution cherche à protéger. Le droit à la liberté d'expression est également protégé. »[203] Elle a en outre souligné que « l'interdiction des discours blessants servirait certainement à protéger les droits à la dignité et à l'égalité des victimes de discours de haine. Toutefois, les propos blessants ne cherchent pas nécessairement à répandre la haine contre une personne en raison de son appartenance à un groupe particulier... Par conséquent, le rapport entre la limitation et ses objectifs n'est pas proportionnel. »[204]

À la question du seuil et de la dignité s'ajoute celle de la transparence. La Cour a souligné qu'« il est difficile pour un citoyen ordinaire de savoir si son comportement sera “ blessant ” ou “ nuisible ” et donc s'il atteint le seuil requis par l'article 10 ». Pour les raisons évoquées ci-dessus, la Cour a donc estimé que le terme « blessant » était vague et constituait une violation de l'état de droit.[205]

En ce qui concerne l'incitation au préjudice, la CCSA a indiqué qu'« il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité entre l'expression et le préjudice effectivement causé ».[206] Elle a soumis à des juridictions étrangères, notamment à la CrEDH, l'affaire *Vejdeland c. Suède* , dans laquelle la Cour a estimé que l'incitation à la haine n'implique pas nécessairement un appel à la violence ou à d'autres actes criminels.[207] Comme indiqué plus haut, il s'agit de l'une des affaires illustrant la faiblesse du seuil fixé par la CrEDH pour ce qui

200 Ibid. aux paragraphes 62, 85, 88, 96.

201 Qwelane c. Commission sud-africaine des droits de l'homme et autre CCT13/20 [2021] ZACC 22, paragraphe 139, https://global-freedomofexpression.columbia.edu/cases/qwelane-v-south-african-human-rights-commission-2/.

202 Ibid. au paragraphe 2.

203 Ibid. au paragraphe 67.

204 Ibid. au paragraphe 139.

205 Ibid. au paragraphe 156.

206 Ibid. au paragraphe 107.

207 Ibid. au paragraphe 108.

est de la liberté d'expression. En outre, la CCSA a souligné que la Constitution exige que « nous ne devions pas seulement réagir aux incidences ou aux systèmes de discrimination injuste, mais aussi les prévenir ».[208] Elle a donc estimé que la SCA avait eu tort de conclure qu'il n'y avait pas de preuves démontrant un lien entre l'article en question et les attaques ultérieures contre la communauté LGBT+.[209] Elle a également évalué la probabilité de préjudice à travers le prisme de la dignité, en soulignant que :

> La probabilité d'infliger un préjudice et de propager la haine ne fait aucun doute. Il est difficile de concevoir une atteinte plus flagrante à la dignité des personnes LGBT+. Leur dignité en tant qu'êtres humains, méritant un traitement sur un pied d'égalité, a été dénigrée de manière désastreuse par un journaliste respecté dans un article lu par un vaste public.[210]

En résumé, l'arrêt de la CCSA signifie que la référence au terme « nuisible » ou l'incitation à un tel préjudice ainsi que la promotion de la haine, telles qu'elles sont incorporées dans la loi sur l'égalité, sont constitutionnelles. Nous soutenons que le problème de la liberté d'expression réside dans l'élément « nuisible ». La SCA a estimé que cela ne correspondait pas au seuil de l'article 16, paragraphe 2, de la Constitution, qui se limite (aux fins de la discussion actuelle) à la restriction des discours dans la mesure où ils constituent une incitation à la violence imminente ou un appel à la haine. L'élément « préjudiciable » ou « nuisible » n'est pas incorporé dans la Constitution et ne figure pas non plus dans l'équivalent des Nations Unies, à savoir l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP, qui interdit l'appel à la haine qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.

Si l'importance de la dignité dans l'ordre constitutionnel sud-africain est évidente, on pourrait faire valoir que la CCSA n'a pas suffisamment étayé le lien qu'elle a établi entre la dignité de la communauté LGBT d'une part et l'interdiction des discours « nuisibles » d'autre part. Bien qu'elle ait déclaré que leur dignité en tant qu'êtres humains avait été « dénigrée de manière désastreuse » par l'article, étant donné le seuil élevé et l'importance accordée à la liberté d'expression dans cette juridiction (non pas qu'elle l'emporte sur la dignité), le lien de causalité entre la dignité et le « désastre » allégué aurait dû être plus manifeste. En tant que telle, la décision de la CCSA dans l'affaire *Qwelane* est vulnérable à certaines des mêmes critiques que la jurisprudence de la CrEDH en matière de discours de haine en ce qui concerne le seuil applicable ainsi que la prévisibilité et l'arbitraire. Néanmoins, malgré une approche moins stricte de la liberté d'expression par rapport à la position de la SCA, le précédent établi dans l'affaire *Qwelane* continue d'inclure certaines conclusions qui peuvent être utiles pour limiter la réglementation du discours de haine, en exemptant explicitement les simples expressions « blessantes » de la clause de limitation de l'article 16, paragraphe 2.

6. CONCLUSION

Le cadre des Nations Unies traite du discours de haine à travers les motifs de limitation de l'article 19 du PIDCP (liberté d'expression) et énonce des obligations positives d'interdire le discours de haine (bien qu'il n'y soit pas fait référence en tant que tel) dans l'article 20, paragraphe 2. Les Nations Unies sont d'une importance capitale dans le contexte mondial en ce qui concerne l'approche du discours de haine par les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif, étant donné qu'il s'agit de la seule organisation mondiale concernée par la question à l'étude. Le Plan d'action de Rabat, les résultats du CDH et les Recommandations du Rapporteur spécial sur la liberté d'expression ont fait des deux articles du PIDCP un bon point de référence pour les institutions et les autorités afin de conceptualiser ce qu'est le discours de haine, en l'accompagnant d'une protection de la liberté d'expression. Toutefois, le cadre des Nations Unies n'est pas sans faille, notamment en ce qui concerne l'incohérence des seuils et de la protection de la parole lorsqu'on compare le PIDCP et la CIEDR, en particulier l'article 20, paragraphe 2, et l'article 4 de ces deux instruments. En

208 Ibid. au paragraphe 110.

209 Ibid.

210 Ibid. au paragraphe 181.

outre, le cadre des Nations Unies se concentre uniquement sur les discours attaquant les caractéristiques raciales, ethniques et religieuses, aucun(e) pacte/convention n'interdisant directement les attaques contre l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Comme le montre l'analyse jurisprudentielle, les cas de discours homophobes, par exemple, ne peuvent être portés devant le CDH qu'en vertu de l'article 19, sans qu'aucune obligation positive relative aux caractéristiques sexuelles/de genre ne soit intégrée, comme c'est le cas pour la religion et l'appartenance ethnique (article 20, paragraphe 2).

Au niveau européen, il existe deux institutions compétentes, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. En ce qui concerne la première institution, les propos interdits devraient, en théorie, aller au-delà des types d'expression qui « choquent, offensent ou dérangent », [211] ce qui, selon la CrEDH relève du champ de protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Malgré cette déclaration, les jugements relatifs au discours de haine démontrent que Strasbourg s'est éloignée de la doctrine relative à l'affaire *Handyside*.

Ce qui différencie la CrEDH d'autres juridictions telles que les juridictions supérieures d'Afrique du Sud, mais plus encore la Cour suprême des États-Unis, c'est le seuil très bas accordé à la liberté d'expression lorsqu'il s'agit de discours de haine. Même les discours insultants ont été considérés comme des discours de haine, la Cour précisant qu'il n'est pas nécessaire qu'ils équivalent à et/ou incitent à la violence pour qu'ils dérogent aux critères de limitation de l'article 10. Un autre problème clé identifié en lien avec la CrEDH est l'absence d'évaluation des notions/du sens/du contexte/de l'impact/de la possibilité de préjudice et d'autres thèmes qui, s'ils étaient pris en compte (comme le font les juridictions supérieures d'Afrique du Sud), pourraient conduire, à tout le moins, à des décisions plus étayées. On pourrait avancer que cela est dû à la nature différente de la CrEDH, qui est une juridiction régionale réglementant un large éventail de croyances et d'idéologies qui marquent les parties contractantes, par opposition aux juridictions nationales qui sont là pour servir le pays individuellement plutôt qu'une région. La CrEDH est une juridiction régionale (avec tout ce qui accompagne ce statut, comme indiqué ci-dessus), tandis que la doctrine de la marge d'appréciation donne aux États une « marge de manœuvre »[212] lorsqu'il s'agit de remplir leurs obligations au titre de la Convention. Néanmoins, il semble que la CrEDH évite d'analyser des questions telles que le lien entre le discours et le préjudice et l'impact de la restriction sur les personnes tenant les propos/celles qui les entendent (voir par exemple la référence à la perception par la Cour des personnes comme des « imbéciles » dans l'opinion dissidente rendue dans l'affaire *Féret*. En outre, la Cour n'offre pas de lignes directrices claires sur les cas où l'article 17 de la CEDH, plutôt que les clauses limitatives de l'article 10, devrait être appliqué. Bien que nous soyons plus habitués à voir cela dans des cas de négation de l'Holocauste/d'antisémitisme, il y a eu des applications de l'article 17, comme dans l'affaire *Norwood*. En ce qui concerne le statut de la CrEDH en tant que juridiction régionale adoptant la marge d'appréciation, on peut établir un contraste avec le système interaméricain où il incombe à l'État de démontrer que l'interdiction du discours de haine remplit les conditions de légalité, de nécessité et de légitimité.[213]

En outre, l'impact de l'approche de la CrEDH en matière de discours de haine s'étend au-delà des parties contractantes du Conseil de l'Europe. Par exemple, comme le soulignent Aswad et Kaye, « le système africain a cité favorablement une variété de points de vue de la Cour européenne »[214] tandis que la Commission

---

211 Comme l'a déclaré la CrEDH dans l'affaire Handyside c. Royaume-Uni, requête nº 5493/72 (CEDH 1976), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/handyside-v-uk/.

212 Conseil de l'Europe, « The Margin of Appreciation », https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

213 Bureau du Rapporteur spécial pour la liberté d'expression, Commission interaméricaine des droits de l'homme, « Inter-American Legal Framework Regarding the Right to Freedom of Expression » (2009), p. 24, http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/INTER-AMERICAN%20LEGAL%20FRAMEWORK%20OF%20THE%20RIGHT%20TO%20FREEDOM%20OF%20EXPRESSION%20FINAL%20PORTADA.pdf.

214 Evelyn Aswad et David Kaye, « Convergence and Conflict: Reflections on Global and Regional Human Rights Standards on Hate Speech » (2022) 20 Northwestern Journal of Human Rights 3, p. 209, https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol20/iss3/1/.

des droits de l'homme de l'Organisation de la coopération islamique s'est appuyée sur la jurisprudence de la CrEDH pour « justifier son écart par rapport aux protections de la liberté d'expression des Nations Unies en ce qui concerne le blasphème, les discours qui heurtent la sensibilité religieuse et les expressions qui témoignent d'une intolérance religieuse ».[215]

Aux États-Unis, les discours et leurs vecteurs sont presque absolument protégés, à moins qu'ils ne répondent à des seuils très élevés liés aux menaces ou à la violence, et tant que les restrictions sont neutres sur le plan du contenu. C'est le premier amendement qui a justifié les motifs de réserve imposés à l'article 4 de la CIEDR et à l'article 20 du PIDCP. Comme cela a été démontré dans l'affaire *Brandenburg*, pour restreindre les discours violents, la violence du discours doit aller au-delà du simple appel à la violence pour devenir une incitation réelle ou une production d'action, avec un filet de sécurité supplémentaire incorporé par la Cour, à savoir qu'une telle action doit être imminente. En outre, le fait que l'appel à la violence ne constitue pas un motif suffisant pour limiter l'expression est en contradiction directe avec l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP. En effet, cet article interdit non seulement l'appel à la violence, mais aussi à la discrimination et à l'hostilité, qui relèvent de seuils encore plus bas. L'arrêt rendu dans l'affaire *Brandenburg* montre donc la grande différence entre l'approche des États-Unis et celle des Nations Unies en matière de réglementation du discours de haine. Si l'on ajoute à cela l'interdiction de la réglementation fondée sur le contenu, énoncée dans l'affaire *R.A.V*, les cadres américain et onusien sont totalement opposés, l'article 20, paragraphe 2 interdisant par exemple ce type d'appel lorsqu'il s'adresse à des groupes nationaux, raciaux ou religieux.

Il y a donc un contraste direct avec les obligations des Nations Unies, mais aussi avec les pratiques de la région européenne dans laquelle, bien que nous soyons témoins de différents seuils de ce qui doit être restreint, le dénominateur commun du traitement du discours de haine est la protection de caractéristiques particulières par le biais d'une réglementation du discours de haine. C'est non seulement possible, mais aussi nécessaire pour que les États parties puissent remplir leurs obligations vis-à-vis des Nations Unies, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Le juge Zupančič résume bien les différences dans son opinion concordante dans l'affaire *Vejdeland*. Plus précisément, il souligne (en citant parfois la Cour suprême des États-Unis) que :

> Cette affaire [...] peut à juste titre être comparée à l'affaire *Snyder c. Phelps.* [...] Il est intéressant de noter que la Cour suprême américaine adopte une position très libérale en ce qui concerne le contenu des messages controversés. Le fait que la déclaration puisse être considérée comme inappropriée ou controversée « n'est pas pertinent pour déterminer si elle traite d'une question d'intérêt public ». En d'autres termes, la liberté d'expression dans l'affaire Synder [...] ne devait pas être entravée par des considérations de proportionnalité tant que la déclaration en question pouvait être « équitablement considérée comme se rapportant à toute question d'ordre politique, social ou autre concernant la communauté ». [216]

En tant que telles, les obligations du premier amendement des États-Unis rendent difficile la conformité avec les motifs de limitation de l'article 19 et les obligations de l'article 20, paragraphe 2. D'autre part, l'approche trop restrictive de la CrEDH à l'égard du discours de haine se fait au détriment de l'article 10 de la CEDH. En guise de solution intermédiaire, l'examen des juridictions supérieures d'Afrique du Sud pourrait s'avérer bénéfique, car elles sont plus proches que les autres de la lettre et de l'esprit de l'article 19 et de l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP. En même temps, l'attention portée par le système judiciaire sud-africain au contexte, à l'histoire et au préjudice est une pratique qui devrait être suivie par d'autres tribunaux lorsqu'ils traitent de la question controversée du discours de haine.

---

215 Ibid.

216 Vejdeland et autres c. Suède, requête nº 1813/07 (CEDH, 9 mai 2012), https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/case-of-vejdeland-and-others-v-sweden/, opinion concordante du juge Zupančič, paragraphe 1.

Global Freedom of Expression
Columbia University