

International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation

Volume 3, Issue 1, 2022

Print ISSN: 2682-4213

Online ISSN: 2682-4221

L'incitation à la Haine à la Lumière de la Jurisprudence

DOI: 10.21608/IJDJL.2021.91274.1107

Pages 183-226

Dolly Hamad-Najjar

Formatrice à l'Institut Supérieur de la Magistrature, Tunisie

Correspondance: Dolly Hamad-Najjar, Formatrice à l'Institut Supérieur de la Magistrature, Tunisie.

E-mail: dollyhamad@yahoo.com

Received Date: 17 August 2021, **Accept Date :** 06 October 2021

Citation: Dolly Hamad-Najjar, L'incitation à la Haine à la Lumière de la Jurisprudence, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 3, Issue 1, 2022, Pages (183-226)

المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع
المجلد ٣ ، العدد ١ ، ٢٠٢٢

التحريض على الكراهية في ضوء الاجتهاد

معرف الوثيقة الرقمية: 10.21608/IJDJL.2021.91274.1107

الصفحات ١٨٣-٢٢٦

دوللى حمد-نچار

مستشار قانوني ومدرّب بالمعهد العالي للقضاء ، تونس

المراسلة: دوللى حمد-نچار ، مستشار قانوني ومدرّب بالمعهد العالي للقضاء ، تونس .

البريد الإلكتروني: dollyhamad@yahoo.com

تاريخ الإرسال: ١٧ أكتوبر ٢٠٢١ ، تاريخ القبول: ٦ أكتوبر ٢٠٢١

نسق توثيق المقالة: دوللى حماد-نچار ، التحريض على الكراهية في ضوء الاجتهاد ، المجلة الدولية للفة والقضاء و التشريع ، المجلد ٣ ، العدد ١ ، ٢٠٢٢ ، صفحات (١٨٣-٢٢٦)

Abstract

Pour de nombreux textes internationaux comme nationaux, un certain type de discours se voit privé de la protection offerte par la liberté d'expression, voire doit être incriminé. e».

Sur le plan international en effet, le racisme est réprimé, entre autres, par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et par le PIDCP.

En vertu des dispositions de l'article 20 du PIDCP, certains discours doivent être restreints. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 20, « 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 ».

De même, l'article 4, alinéa a, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale prescrit aux États parties de 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». L'expression «discours de haine» n'est pas expressément utilisée dans la Convention mais cela n'a pas empêché le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 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 (Recommandation générale no 35, § 5).

L'incitation à la haine est ainsi un abus de la liberté d'expression (I) et constitue un acte criminel (II).

Keywords: Incitation, haine, liberté d'expression

الملخص

وفقاً للعديد من النصوص الدولية والوطنية، لا يتمتع نوع معين من الخطاب من الحماية التي توفرها حرية التعبير، لا بل يجب تجريمه في بعض الأحيان. على المستوى الدولي تحديداً، تمّ منع العنصرية، من بين أمور أخرى، من قبل الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. فبموجب الفقرة ٢ من المادة ٢٠، "تحظر بالقانون أية دعوة إلى الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية تشكّل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف". وبالمثل، نصّت المادة ٤ (أ) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري على "اعتبار كل نشر للأفكار القائمة على التفوق العنصري أو الكراهية العنصرية، وكل تحريض على التمييز العنصري وكل عمل

من أعمال العنف أو تحريض على هذه الأعمال يرتكب ضد أي عرق أو أية جماعة من لون أو أصل اثني آخر، وكذلك كل مساعدة للنشاطات العنصرية، بما في ذلك تمويلها، جريمة يعاقب عليها القانون". وبالرغم من أن مصطلح خطاب التحريض على الكراهية لم يستخدم صراحةً في الاتفاقية، فإن هذا الافتقار إلى الإشارة الصريحة لم يمنع لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري من تحديد وتسمية ظواهر خطاب التحريض على الكراهية واستكشاف العلاقة بين ممارسات الخطاب ومعايير الاتفاقية (التوصية العامة رقم ٣٥، فقرة ٥).

وبالتالي، فإن التحريض على الكراهية هو انتهاك لحرية التعبير (أولاً) ويشكل فعلاً جرمياً (ثانياً).

الكلمات المفتاحية: تحريض، كراهية، حرية التعبير

Dr Dolly Hamad-Najjar⁽¹⁾

Pour de nombreux textes internationaux comme nationaux, un certain type de discours se voit privé de la protection offerte par la liberté d'expression, voire doit être incriminé. Les formes d'expression résultant, révélant ou encourageant l'hostilité envers un groupe, ou envers un individu en raison de son appartenance à un groupe sont couramment définis comme «discours de haine».

Sur le plan international, le racisme est réprimé, entre autres, par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et par le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP).

En vertu des dispositions de l'article 20 du PIDCP, certains discours doivent être restreints. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 20, « 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 ».

De même, l'article 4, alinéa a, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale prescrit aux États parties de 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». L'article 4, alinéa b, de la Convention prescrit en outre d'interdire les organisations ainsi que tous les autres types d'activités de propagande organisée qui «

⁽¹⁾ Docteure en Droit, consultante juridique, formatrice à l'Institut supérieur de la magistrature (Tunisie).

incitent à la discrimination raciale et l'encouragent », et de déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités⁽²⁾.

L'expression « discours de haine » n'est pas expressément utilisée dans la Convention mais cela n'a pas empêché le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 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 (Recommandation générale n° 35 sur la « Lutte contre les discours de haine raciale » (2013)⁽³⁾, § 5).

Dans l'Affaire Azul Rojas Marin contre Pérou (12 mars 2020)⁽⁴⁾, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme commence par rappeler le principe de non-discrimination, fondement de la qualification de crime de haine. Pour la Cour, un crime de haine se définit comme un crime en raison de son appartenance, réelle ou supposée, à un certain groupe social, le plus souvent défini par la race, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap, l'ethnie, la nationalité, le sexe ou encore l'identité de genre.

Sur le plan national, et au sens de l'article 2 de la loi algérienne n° 20-05 du 28 avril 2020 relative à la prévention et à la lutte contre la discrimination et le discours de haine, on entend par discours de haine « Toutes formes d'expression qui propagent, encouragent ou justifient la discrimination ainsi que celles qui expriment le mépris, l'humiliation, l'hostilité, la détestation ou la violence envers une personne ou un groupe de personnes, en raison de leur sexe, race, couleur, ascendance, origine nationale ou ethnique, langue, appartenance géographique, handicap ou état de santé ».

Dans la zone « Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe » (OSCE), les lois se réfèrent aux crimes motivés par un préjugé envers des individus en raison de leur appartenance à un groupe racial, religieux, ethnique ou national. De plus en plus, les États participants mentionnent l'orientation sexuelle, le sexe et le handicap.

⁽²⁾TPIR, Chambre de première instance I, Affaire n° ICTR-99-52-T, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, Jugement du 3 décembre 2003, § 985.

⁽³⁾La présente recommandation met l'accent sur l'ensemble des dispositions de la Convention qui permettent d'identifier les formes d'expression qui constituent des discours de haine (Recommandation générale n° 35, § 3).

Le Comité a déjà abordé la question des discours de haine dans des recommandations générales importantes, notamment les Recommandations générales n° 7 (1985) sur l'application de l'article 4; n° 15 (1993) sur l'article 4, qui traitait de la compatibilité entre l'article 4 et le droit à la liberté d'expression; n° 25 (2000) sur la dimension sexiste de la discrimination raciale; n° 27 (2000) sur la discrimination à l'égard des Roms; n° 29 (2002) sur la discrimination fondée sur l'ascendance; n° 30 (2004) sur la discrimination à l'égard des nonressortissants; n° 31 (2005) sur la prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale; et n° 34 (2011) sur la discrimination raciale à l'égard des personnes d'ascendance africaine.

⁽⁴⁾Série C n° 402.

L'incitation à la haine est ainsi un abus de la liberté d'expression (I) et constitue un acte criminel (II). À cet égard, un exposé de la jurisprudence internationale et nationale strictement relative à l'incitation à la haine servira pour refléter l'intérêt du recours en justice en cas de violations.

I- L'incitation à la Haine : un Abus de la Liberté d'expression

Combattre le discours de haine ne signifie nullement la restriction de la liberté d'expression, l'incitation à la haine étant une limitation de la protection offerte par cette liberté ; ainsi le droit international des droits de l'Homme permet de limitations à la liberté d'expression dans certaines circonstances notamment quand il s'agit de l'incitation à la haine (A) qui prend plusieurs formes (B).

A- Le Fondement de la Limite à la Liberté d'expression

La liberté d'expression est un droit humain fondamental qui constitue un élément de toute démocratie. Consacrée par des traités internationaux et régionaux, elle a souvent une valeur constitutionnelle comme c'est le cas de la Constitution libanaise (Préambule et article 13) et de la Constitution tunisienne (article 31).

Dans certains contextes toutefois, ce droit fondamental semble entrer en conflit avec le principe de non-discrimination et nécessiter une médiation. Nombre de conventions internationales viennent définir les limites de la liberté d'expression et encadrer son exercice.

Le PIDCP dispose en son article 19 § 2, que toute personne a droit à la liberté d'expression⁽⁵⁾, tout en précisant au paragraphe 3 que l'exercice de ces libertés comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales et peut en conséquence être soumis à certaines restrictions pour le respect des droits ou de la réputation d'autrui et pour la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. Et selon l'article 20, 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.

Il convient de préciser que la limitation de la liberté d'expression constitue dans l'esprit de l'article 20 du PIDCP une obligation et non une option. Par conséquent, elle doit être explicitement indiquée dans les textes législatifs.

La Convention relative aux droits de l'enfant consacre également ce principe dans son article 13 où l'enfant a droit à la liberté d'expression ; reprenant les dispositions du PIDCP,

⁽⁵⁾La Déclaration universelle des droits de l'Homme porte en son article 7 que tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination et contre toute provocation à une telle discrimination, et en son l'article 19 que tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression.

l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi.

L'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est également un outil principal pour combattre les discours de haine ; d'autres articles de la Convention peuvent servir tout aussi utilement à atteindre les objectifs visés (à titre d'exemple l'article 5 qui garantit le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, notamment dans la jouissance du droit à la liberté d'opinion et d'expression, l'article 6 et l'article 7)⁽⁶⁾.

Le Plan d'action de Rabat sur l'interdiction de l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence⁽⁷⁾ rassemble les conclusions et recommandations ancrées dans le droit international des droits de l'Homme qui ont trois objectifs : mieux comprendre les schémas législatifs, les pratiques judiciaires et les politiques relatives à la notion d'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, tout en assurant le plein respect de la liberté d'expression telle que définie aux articles 19 et 20 du PIDCP; procéder à une évaluation complète de l'état d'avancement de l'application de l'interdiction de l'incitation conformément au droit international des droits de l'Homme ; identifier les actions possibles à tous les niveaux.

Le Plan⁽⁸⁾ suggère d'utiliser un seuil élevé pour définir les limites de la liberté d'expression, l'incitation à la haine et l'application de l'article 20 du PIDCP afin de déterminer si le seuil d'incitation à la haine est atteint ou non. Il décrit une grille d'évaluation du seuil en six points, qui tient compte (1) du contexte social et politique, (2) du statut de l'orateur, (3) de l'objet, à savoir l'intention d'inciter le public à prendre pour cible un certain groupe, (4) du contenu et de la forme du discours, (5) de l'ampleur de sa diffusion et (6) de la probabilité du préjudice, y compris l'imminence.

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) dans l'affaire Nahimana, Barayagwiza et Ngeze a exposé le droit international en la matière qui protège à la fois le droit de ne pas subir de discrimination et le droit à la liberté d'expression (§ 983). S'étant

⁽⁶⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 35, § 8.

⁽⁷⁾ Adopté par des experts lors de la réunion de clôture qui s'est tenue à Rabat les 4 et 5 octobre 2012.

⁽⁸⁾ La grille d'évaluation du seuil de Rabat est utilisée par les autorités nationales pour les communications audiovisuelles en Tunisie, en Côte d'Ivoire et au Maroc. Par ailleurs, dans son arrêt du 17 juillet 2018, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait référence au Plan d'action de Rabat dans le cadre de plusieurs documents internationaux pertinents. L'opération de maintien de la paix des Nations Unies en République centrafricaine applique la grille d'évaluation du seuil de Rabat pour surveiller l'incitation à la violence. La Stratégie et le Plan d'action des Nations Unies pour la lutte contre les discours de haine, lancé en juin 2019, font également référence au Plan d'action de Rabat.

intéressée à Kangura⁽⁹⁾ et à la Radio télévision libre des Mille Collines (RTL), la Chambre de première instance relève que certains des articles et des émissions retenus par le Procureur ont valeur de rappels historiques, d'analyse politique ou de défense d'une conscience ethnique face à la répartition inégale des privilèges au Rwanda. Ainsi, l'intervention de Barayagwiza sur les ondes de la RTL le 12 décembre 1993 est un récit personnel bouleversant de la discrimination dont il a fait l'objet en tant que Hutu (§ 1019).

La Chambre estime essentiel de distinguer entre le débat sur la conscience ethnique et l'apologie de la haine ethnique. Pour la Chambre, le débat public sur le bien-fondé des Accords d'Arusha, quand bien même il prendrait la forme de critiques, constitue un exercice protégé de la liberté d'expression (§ 1020).

De sa part, la jurisprudence relative à l'article 19 du PIDCP confirme le devoir de restreindre la liberté d'expression pour protéger d'autres droits. Dans l'affaire *Ross contre Canada*, le Comité des droits de l'Homme des Nations unies a confirmé la sanction disciplinaire prononcée contre un instituteur au Canada pour des propos qu'il avait tenus et qui avaient été jugés pour avoir «dénigré la religion et les convictions des Juifs et engagé les véritables chrétiens à non seulement contester la validité des convictions et des enseignements juifs, mais également à afficher leur mépris à l'égard des personnes de religion et d'ascendance juives, qui menaceraient la liberté, la démocratie et les croyances et les valeurs chrétiennes». Le Comité a noté que la Cour suprême du Canada a estimé qu'« il était raisonnable de supposer l'existence d'un lien de cause à effet entre les expressions de l'auteur et l'atmosphère scolaire envenimée »⁽¹⁰⁾.

Une autre affaire, *J.R.T. and the W.G. Party contre Canada*, plainte alléguant la violation du droit à la liberté d'expression tiré de l'article 19 du PIDCP, a été déclarée irrecevable par le Comité des droits de l'Homme. Les auteurs de la plainte s'étaient vus interdire d'utiliser les services d'un téléphone public après les avoir utilisés pour communiquer des messages d'alerte contre les dangers de la juiverie internationale menant le monde à la guerre, au chômage et à l'inflation et à la destruction des valeurs et des principes dans le monde. Le Comité a estimé que les opinions diffusées constituaient clairement un appel à la haine raciale ou religieuse que les États parties au PIDCP ont l'obligation d'interdire en vertu de l'article 20 § 2. Dès lors, il a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la plainte en vertu du droit d'un État, tiré de l'article 19, de restreindre la liberté d'expression parce que dans cette

⁽⁹⁾ « Réveille-les », nom du journal publié en kinyarwanda et en français.

⁽¹⁰⁾ Cité dans : TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 986.

affaire la restriction était une obligation découlant de l'article 20 du Pacte⁽¹¹⁾.

La jurisprudence sur l'incitation recommande de prendre en considération le contexte s'agissant d'apprécier l'impact potentiel des propos tenus. Dans l'affaire Robert Faurisson contre France, le Comité a relevé que, replacée dans le contexte, la contestation de l'existence des chambres à gaz, fait historique dûment prouvé, aurait pour effet de nourrir l'antisémitisme⁽¹²⁾.

Le Comité a étudié la signification du terme « incitation » utilisé au paragraphe 2 de l'article 20 du PIDCP. L'auteur de la plainte contestait comme constituant une violation de la liberté d'expression qu'il tire de l'article 19 du Pacte sa condamnation en France pour avoir publié son opinion mettant en doute l'existence de chambres à gaz à Auschwitz et dans d'autres camps de concentration nazis. Le Gouvernement français avait estimé qu'en contestant la réalité de l'extermination des Juifs pendant la seconde guerre mondiale, l'auteur conduisait ses lecteurs sur la voie de comportements antisémites, soutenant plus généralement que le racisme n'était pas une opinion, mais une agression, et que chaque fois que le racisme parvenait à s'exprimer publiquement, l'ordre public était immédiatement et gravement mis en danger. Le Comité a estimé dans ladite affaire que la restriction apportée à la publication de ces idées ne violait pas la liberté d'expression consacrée à l'article 19 et que la restriction était effectivement nécessaire au sens du paragraphe 3 de l'article 19⁽¹³⁾.

De même, dans l'affaire Zana, la CEDH a examiné la déclaration faite à propos de massacres par l'ancien maire de Diyarbakir, en tenant compte du fait qu'il se perpétrait des massacres au même moment si bien que, de l'avis de la Cour, cette déclaration était « de nature à aggraver une situation déjà explosive ... »⁽¹⁴⁾.

La Convention européenne des droits de l'Homme a en effet donné lieu à une jurisprudence abondante sur la manière de concilier le droit à la liberté d'expression, garanti par son article 10 § 1, et le droit de restreindre l'exercice de cette liberté, notamment lorsque ces mesures sont nécessaires à « la sécurité nationale » et « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui », en application de son article 10 § 2. À cette fin, la solution retenue ici consiste à apprécier i) si les restrictions sont prévues par la loi ; ii) si leur objectif est légitime ; et iii) si elles peuvent être considérées comme nécessaires dans une société démocratique, à savoir qu'il existe « un besoin social impérieux » et une intervention « proportionnée au but

⁽¹¹⁾Ibid., § 987.

⁽¹²⁾Ibid., § 1004.

⁽¹³⁾Ibid., § 988.

⁽¹⁴⁾Ibid., § 1004.

légitime poursuivi ».

Si le texte de l'article 10 de la Convention européenne est comparable à celui de l'article 19 du PIDCP, la Convention ne comporte toutefois pas de disposition comparable à l'article 20 du Pacte qui interdit l'incitation à la discrimination, l'hostilité ou la violence fondée sur des motifs nationaux, raciaux ou religieux. Cependant, nombre des affaires qui ont été jugées par la CEDH en application de l'article 10 intéressent des textes de droit interne qui interdisent ce type d'incitation⁽¹⁵⁾.

Pour la Cour, fidèle aux dispositions de l'article 10 de la Convention européenne, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès. Il en découle notamment que toute « formalité », « condition », « restriction » ou « sanction » imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi» (dans ce sens, *Handyside contre Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49).

La tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (...), si l'on veille à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi» (*Erbakan contre Turquie*, 6 juillet 2006, § 56). Le critère qui détermine une telle qualification est pour la Cour le fait que le requérant « avait pour but d'attiser la haine ou la violence ».

Dans *Fáber contre Hongrie* (24 juillet 2012), le requérant se plaignait d'avoir été condamné à payer une amende pour avoir déployé le drapeau des Árpád, 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 conclu à la violation de l'article 10 (liberté d'expression) lu à la lumière de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) de la Convention européenne. Elle a admis que le déploiement d'un symbole qui était omniprésent lorsqu'un régime totalitaire était au pouvoir en Hongrie puisse créer un malaise chez les victimes et leurs proches parents, susceptibles à juste titre de prendre ce déploiement pour un manque de respect. Toutefois, elle a estimé que de tels sentiments, tout à fait compréhensibles, ne pouvaient à eux seuls fixer les limites de la liberté d'expression. Eu égard à l'absence de violence, à la distance qui séparait le requérant des manifestants, ainsi qu'à l'absence de tout risque avéré

⁽¹⁵⁾Ibid., § 991.

pour la sécurité publique, la Cour a estimé que les autorités hongroises n'avaient pas fourni de justification pour les poursuites et l'amende infligés au requérant pour avoir refusé de replier le drapeau en question. Le simple déploiement de ce drapeau n'avait pas perturbé l'ordre public ni porté atteinte au droit des manifestants de se réunir car cette action n'était ni intimidante ni susceptible d'inciter à la violence.

Également dans l'affaire Otegi Mondragon contre Espagne (15 mars 2011), la CEDH a conclu à la violation de la liberté d'expression, jugeant que la condamnation du requérant avait été disproportionnée au but légitime visé, à savoir la protection de la réputation du roi d'Espagne, garantie par la Constitution espagnole. La Cour a notamment observé que, s'il est vrai que le langage utilisé par le requérant avait pu être considéré comme provocateur, il était essentiel de prendre en compte le fait que, même si certains termes du discours de l'intéressé avaient donné à ses déclarations une connotation hostile, ils n'exhortaient pas pour autant à l'usage de la violence, et qu'il ne s'agissait pas d'un discours de haine⁽¹⁶⁾.

Dans le même sens, l'affaire Stern Taulats et Roura Capellera contre Espagne (13 mars 2018) concernait la condamnation pénale de deux ressortissants espagnols pour avoir mis le feu à une photographie du couple royal au cours d'un rassemblement sur la place publique à l'occasion d'une visite institutionnelle du Roi. La Cour a conclu à la violation de la liberté d'expression, jugeant en particulier que l'acte reproché aux requérants s'inscrivait dans le cadre d'une critique politique, et non personnelle, de l'institution de la monarchie en général et en particulier du Royaume d'Espagne. Elle a par ailleurs relevé qu'il s'agissait de l'une de ces mises en scène provocatrices qui sont de plus en plus utilisées pour attirer l'attention des médias et qui ne vont pas au-delà d'un recours à une certaine dose de provocation permise pour la transmission d'un message critique sous l'angle de la liberté d'expression. En outre, la Cour n'était pas convaincue que l'acte en question puisse raisonnablement être considéré comme une incitation à la haine ou à la violence.

Par contre, pour la Cour de cassation française (Chambre criminelle, n°1824 du 15 octobre 2019), la Cour d'appel n'a pas méconnu les textes dès lors que le propos⁽¹⁷⁾, « figurant en couverture d'un ouvrage censé l'illustrer, renfermait l'imputation de faits contraires à l'honneur ou à la considération, suffisamment précis, qui visait un groupe de personnes

⁽¹⁶⁾Dans son discours, le requérant (porte-parole d'un groupe parlementaire de la gauche indépendantiste basque) décrivait le roi d'Espagne comme « le chef suprême de l'armée espagnole, c'est-à-dire le responsable des tortionnaires et celui qui protège la torture et qui impose son régime monarchique à notre peuple au moyen de la torture et de la violence ».

⁽¹⁷⁾En raison de la couverture d'un livre écrit par lui sous le titre « Les milliards d'Israël », suivi du sous-titre « Escrocs juifs et financiers internationaux » et une banderole supportant l'inscription suivante « Comment prendre l'argent dans la poche des goys ».

pris en raison de leur seule appartenance à une religion déterminée, et excédait les limites admissibles de la liberté d'expression... ».

Et dans son arrêt n° 104 du 1^{er} février 2017 (Cassation criminelle), « pour confirmer le jugement entrepris, l'arrêt retient qu'en rappelant délibérément que des Roms avaient provoqué de feu dans leur campement et en regrettant l'appel prématuré des services de secours, ce qui sous-entend que les personnes concernées auraient pu brûler vives dans leur caravane, le prévenu a, ainsi, stigmatisé un groupe, les Roms, insufflé la haine et, en toute connaissance de cause, provoqué à la violence envers eux ; que les juges ajoutent que les propos incriminés démontrent l'intention animant leur auteur, qui a rappelé une énumération de méfaits graves, imputés à des Roms, en les associant à l'idée de ne pas appeler les secours en cas d'incendie de leurs caravanes, et a pris le risque de susciter immédiatement chez certains de ses administrés des réactions de rejet, voire de haine et de violence ; que la cour d'appel retient enfin que les limites du droit à la libre expression ont été dépassées, les propos tenus suscitant un sentiment d'hostilité ou de rejet envers un groupe de personnes déterminées ».

Dans l'affaire Virginia contre Black, la Cour suprême des États-Unis a interprété la garantie de la liberté d'expression du premier amendement à la Constitution comme permettant l'interdiction de brûler des croix dans l'intention d'intimider. De l'avis de la Cour, le Ku Klux Klan ayant dans le passé terrorisé des Américains d'origine africaine en brûlant des croix, ce fait, en tant que symbole reconnu de haine et de « menace véritable », n'était pas protégé comme mode d'expression symbolique. La Cour a jugé que la Constitution permettait de proscrire l'intimidation « lorsque son auteur profère une menace contre une personne ou un groupe de personnes dans l'intention de faire craindre à la victime une atteinte à son intégrité physique ou la mort »⁽¹⁸⁾.

La Cour suprême estime que la prohibition du discours susceptible d'entraîner la violence raciale est conforme aux prescriptions du premier amendement. Pour ce faire, les juges recourent à la théorie du clear and present danger. La jurisprudence américaine admet que la liberté d'expression puisse être limitée dès lors que sont réunis les trois éléments permettant de caractériser un danger clair et imminent : « les circonstances doivent impliquer un mal substantiel extrêmement sérieux dont le degré d'imminence est très élevé »⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾Cité dans : TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1010.

⁽¹⁹⁾Amélie Robitaille-Froidure, « Racisme aux États-Unis : le premier amendement au secours de l'intolérance, pas de la violence », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, En ligne le 08 October 2020, consulté en ligne le 12 août 2021, <http://journals.openedition.org/crdf/6157>.

B- Les Formes de l'incitation à la Haine

Pour le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, les discours de haine raciale peuvent prendre de nombreuses formes et ne sont pas seulement des remarques directement liées à la race, quelle que soit la forme dans laquelle ils se manifestent, à l'oral ou à l'écrit, diffusés par le biais de médias électroniques tels qu'Internet et les réseaux sociaux, ainsi qu'à des formes non verbales d'expression telles que des symboles, des images et des comportements racistes lors de rassemblements sportifs⁽²⁰⁾.

Concernant plus particulièrement la responsabilité d'un portail d'actualités sur Internet en raison des commentaires laissés par les internautes sur ce dernier, l'affaire Delfi AS contre Estonie du 16 juin 2015 (Grande Chambre) est la première dans laquelle la CEDH a été appelée à examiner un grief relatif à cette responsabilité⁽²¹⁾.

La Cour a conclu à la non-violation de la liberté d'expression. Elle a d'abord observé que deux réalités contradictoires étaient au cœur de l'affaire : d'une part les avantages d'Internet, notamment le fait qu'il constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression, d'autre part les risques qu'il présente, en particulier le fait qu'il permet que des propos diffamatoires, haineux ou appelant à la violence soient diffusés comme jamais auparavant dans le monde entier, en quelques secondes, et demeurent parfois en ligne pendant fort longtemps. La Cour a par ailleurs noté que la nature illicite des commentaires reposait à l'évidence sur le fait que la majorité d'entre eux s'analysaient au premier coup d'œil en une incitation à la haine ou à la violence contre le propriétaire de la compagnie de navigation.

L'affaire concernait donc les « devoirs et responsabilités », au sens de l'article 10 § 2 de la Convention européenne, qui incombent aux portails d'actualités sur Internet lorsqu'ils fournissent à des fins commerciales une plateforme destinée à la publication de commentaires émanant d'internautes sur des informations précédemment publiées et que certains internautes y déposent des propos clairement illicites portant atteinte aux droits de la personnalité de tiers et constituant un discours de haine et une incitation à la violence envers ces tiers. Or, dans des cas tels que celui-ci, où les commentaires déposés par des tiers se présentent sous la forme d'un discours de haine et de menaces directes à l'intégrité physique d'une personne, la Cour a considéré que, pour protéger les droits et intérêts des individus et de la société dans son ensemble, les États contractants pouvaient être fondés

⁽²⁰⁾Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 35, § 7.

⁽²¹⁾La société requérante, qui exploite à titre commercial un portail d'actualités, se plaignait que les juridictions nationales l'aient jugée responsable des commentaires injurieux laissés par ses visiteurs sous l'un de ses articles d'actualités en ligne, qui concernait une compagnie de navigation. À la demande des avocats du propriétaire de la compagnie de navigation, la société requérante avait retiré les commentaires injurieux environ six semaines après leur publication.

à juger des portails d'actualités sur Internet responsables sans que cela n'empêche violation de l'article 10 de la Convention, si ces portails ne prennent pas de mesures pour retirer les commentaires clairement illicites sans délai après leur publication, et ce même en l'absence de notification par la victime alléguée ou par des tiers. Sur la base de l'appréciation concrète de ces éléments et compte tenu en particulier du caractère extrême des commentaires en cause, du fait qu'ils avaient été laissés en réaction à un article publié par la société requérante sur un portail d'actualités que celle-ci exploitait à titre professionnel dans le cadre d'une activité commerciale, de l'insuffisance des mesures prises par l'intéressée pour retirer sans délai après leur publication des commentaires constitutifs d'un discours de haine et d'une incitation à la violence et pour assurer une possibilité réaliste de tenir les auteurs des commentaires pour responsables de leurs propos, ainsi que du caractère modéré de la sanction (320 euros) qu'elle a été condamnée à payer, la Cour a conclu que la décision des juridictions estoniennes de tenir la société requérante pour responsable avait été justifiée et n'avait pas constitué une restriction disproportionnée du droit de l'intéressée à la liberté d'expression.

Par contre, dans l'affaire *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu Zrt contre Hongrie* (2 février 2016)⁽²²⁾, la Cour a conclu à la violation de l'article 10. Elle a rappelé en particulier que, même s'ils ne sont pas les éditeurs des commentaires au sens traditionnel du terme, les portails d'actualités sur Internet doivent en principe assumer certains devoirs et responsabilités. La Cour a toutefois considéré qu'en l'espèce, lorsqu'ils avaient tranché la question de la responsabilité des requérants, les juges hongrois n'avaient pas dûment mis en balance les droits divergents en cause, à savoir d'une part celui des requérants à la liberté d'expression et d'autre part celui des sites d'annonces au respect de leur réputation commerciale ; notamment, ils avaient admis d'emblée que les commentaires étaient illicites car attentatoires à la réputation des sites web d'annonces immobilières.

Il est à noter que la situation des requérants en l'espèce présentait un certain nombre de différences avec celle de la requérante dans l'affaire *Delfi AS*, où la Cour a dit qu'un portail d'actualités sur Internet exploité à titre commercial était responsable des commentaires injurieux laissés sur le site par ses visiteurs. Notamment, la présente affaire ne présentait pas ces éléments cruciaux que constituaient dans l'affaire *Delfi AS* le discours de haine et l'incitation à la violence. Bien qu'injurieux et grossiers, les commentaires ne constituaient

⁽²²⁾Cette affaire concernait la responsabilité d'un organe d'autorégulation des prestataires de services de contenu sur Internet et d'un portail d'actualités sur Internet pour des commentaires grossiers et injurieux laissés par des internautes sur leurs sites web à la suite de la publication d'une opinion critiquant les pratiques commerciales trompeuses de deux sites web d'annonces immobilières.

pas ici des propos clairement illicites.

Quoi qu'il en soit, 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. La notion d'incitation en tant qu'infraction non accomplie signifie qu'il n'est pas nécessaire que l'incitation aboutisse à des actes, mais lorsqu'ils réglementent les formes d'incitation, les États parties à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale devraient tenir compte, en tant qu'aspects importants de l'infraction d'incitation, de l'intention de l'orateur, et du risque imminent ou de la probabilité que le comportement recherché ou préconisé par l'orateur débouche sur l'incitation⁽²³⁾.

En ce qui concerne la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, les discours de haine raciale comprennent toutes les formes de discours dirigées contre des groupes spécifiques tels que les peuples autochtones, les migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile. 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⁽²⁴⁾, tels que les manifestations d'islamophobie, d'antisémitisme et autres manifestations de haine dirigées contre des groupes ethnoreligieux, ainsi que les manifestations extrêmes de haine telles que l'incitation au génocide et terrorisme⁽²⁵⁾.

L'incitation à la haine ethnique est ainsi l'une des formes d'abus de la liberté d'expression. Une décision du TPIR est caractéristique à cet égard ; dans l'affaire Nahimana, Barayagwiza et Ngeze, la Chambre de première instance estime que le discours incitant à la haine ethnique résulte du recours à des stéréotypes pour décrire tel ou tel groupe ethnique et du dénigrement de ce groupe. Le ton de l'émission est différent et traduit l'hostilité et le ressentiment qui habitent le journaliste. Bien que cette émission, qui n'appelle en aucune manière les auditeurs à agir, ne constitue pas une incitation directe, elle montre le chemin qui conduit de la conscience ethnique au stéréotype ethnique préjudiciable (§ 1021).

Dans l'affaire Pavel Ivanov contre Russie du 20 février 2007, la CEDH a déclaré la requête

⁽²³⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 35, § 16.

⁽²⁴⁾ Cette notion est soumise, dans la jurisprudence de la CEDH, à deux régimes juridiques distincts. Tout d'abord, sont exclus de la protection conventionnelle par le biais de l'article 17 relatif à l'abus de droit : les discours racistes, xénophobes, antisémites ou négationnistes. Ensuite, certains discours sont soumis à des limitations de la protection offerte par l'article 10 sur la liberté d'expression; il s'agit par exemple des discours relatifs à l'apologie de crimes de guerre ou du terrorisme, d'incitation à l'hostilité, certaines hypothèses restreintes de discrimination raciale, ou des propos négationnistes concernant le génocide arménien.

⁽²⁵⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 35, § 6.

irrecevable (incompatible *ratione materiae*) estimant que, par ses articles, le requérant (propriétaire et rédacteur en chef d'un quotidien) avait cherché à inciter à la haine envers le peuple juif⁽²⁶⁾. Une attaque aussi générale et véhémement dirigée contre un groupe ethnique va à l'encontre des valeurs qui sous-tendent la Convention, notamment la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination.

L'incitation à la haine raciale en est une autre forme ; la Cour suprême américaine a admis la constitutionnalité de la prohibition du discours par lequel un locuteur entend susciter une réaction raciste chez son auditoire. Saisie de la condamnation d'un membre du Klu Klux Klan en application d'une loi de l'État d'Ohio réprimant l'apologie de la violence ou l'utilisation de moyens illégaux à des fins d'accomplir des réformes politiques, la Cour suprême a considéré qu'une telle loi n'est pas contraire aux prescriptions⁽²⁷⁾ du premier amendement⁽²⁸⁾.

Sur le plan régional, la CEDH a conclu à la non-violation de la liberté d'expression dans l'affaire Soulas et autres contre France (10 juillet 2008) qui concernait une procédure pénale engagée à l'encontre des requérants, lesquels étaient à l'origine de la publication d'un ouvrage intitulé «La colonisation de l'Europe» et sous-titré «Discours vrai sur l'immigration et l'islam». À l'issue de cette procédure, ils furent condamnés pour délit de provocation à la haine et à la violence à l'égard des communautés musulmanes d'origine maghrébine et de l'Afrique sub-maghrébine.

La Cour a noté, entre autres, que pour condamner les requérants, les juridictions internes avaient souligné que les propos utilisés dans le livre avaient pour objet de provoquer chez les lecteurs un sentiment de rejet et d'antagonisme, accru par l'emprunt au langage militaire, à l'égard des communautés visées, désignées comme l'ennemi principal, et d'amener les lecteurs à partager la solution préconisée par l'auteur, celle d'une guerre de reconquête ethnique. Considérant les motifs avancés à l'appui de la condamnation des requérants comme suffisants et pertinents, elle a estimé que l'ingérence dans l'exercice du droit de ceux-ci à la liberté d'expression était nécessaire dans une société démocratique.

Dans le même sens, dans Féret contre Belgique (16 juillet 2009), le requérant était député et président du parti politique Front National en Belgique. Lors de la campagne électorale de ce parti, plusieurs types de tracts avaient été distribués avec notamment pour message de

⁽²⁶⁾Il était l'auteur d'une série d'articles, qu'il avait publiés, décrivant les Juifs comme la source des problèmes en Russie et préconisait de les exclure de la vie sociale.

⁽²⁷⁾*Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969) : « [...] the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action ».

⁽²⁸⁾Amélie Robitaille-Froidure, *op. cit.*

«s'opposer à l'islamisation de la Belgique», d'«interrompre la politique de pseudo-intégration», de « renvoyer les chômeurs extra-européens »⁽²⁹⁾. La CEDH a conclu à la non-violation de la liberté d'expression. Selon elle, le discours du requérant risquait inévitablement de susciter, particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet, voire de haine à l'égard des étrangers. Son message diffusé dans le contexte électoral avait une résonance accrue et il constituait bien une incitation à la haine raciale. Par la suite, la condamnation du requérant a été justifiée afin de protéger l'ordre public et les droits d'autrui (ceux de la communauté immigrée).

En revanche dans *Jersild contre Danemark* (23 septembre 1994), la CEDH a opéré une distinction entre, d'une part, les membres de la communauté des « blousons verts » qui avaient ouvertement proféré des propos racistes et, d'autre part, le requérant qui avait cherché à exposer, analyser et expliquer ce groupe particulier de jeunes, et à traiter d'aspects spécifiques d'une question qui préoccupait déjà alors vivement le public⁽³⁰⁾. Le reportage dans son ensemble n'avait pas poursuivi l'objectif de propager des idées et opinions racistes, mais d'informer le public sur une question de société. Par conséquent, la Cour a conclu à la violation de la liberté d'expression.

Concernant la haine religieuse, elle est très fréquemment soulevée devant les tribunaux ; dans l'affaire *Norwood contre Royaume-Uni* (16 novembre 2004), le requérant avait apposé sur sa fenêtre une affiche du Parti national britannique, auquel il appartenait, représentant les Twin Towers en flamme. Une phrase était jointe à l'image : « Islam dehors – protégeons le peuple britannique », ce qui a entraîné sa condamnation pour attaque aggravée envers un groupe religieux.

La CEDH a estimé en particulier qu'une attaque aussi véhémente, à caractère général, contre un groupe religieux, établissant un lien entre l'ensemble du groupe et un acte terroriste grave, est contraire aux valeurs proclamées et garanties par la Convention européenne, à savoir la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination. La Cour a dès lors jugé que le fait pour le requérant d'exposer l'affiche à sa fenêtre s'analysait en un acte qui relève de l'interdiction de l'abus de droit (article 17) et ne pouvait donc pas bénéficier de la protection de l'article 10 (liberté d'expression) de la Convention.

⁽²⁹⁾Le requérant avait été condamné pour incitation à la discrimination raciale à des travaux d'intérêt général et à une inéligibilité de 10 ans.

⁽³⁰⁾Journaliste, le requérant avait réalisé un reportage contenant des extraits d'un entretien télévisé conduit par lui-même avec trois membres d'un groupe de jeunes, se dénommant les « blousons verts », qui s'étaient exprimés de manière injurieuse et méprisante à l'égard des immigrés et des groupes ethniques établis au Danemark. Le requérant avait été condamné pour complicité de diffusion de propos racistes.

Dans l'affaire *Le Pen contre France* (20 avril 2010), la Cour a déclaré la requête irrecevable (manifestement mal fondée) ; certes, les propos du requérant⁽³¹⁾ (à l'époque des faits président du parti politique « Front national ») qu'il avait tenus sur les musulmans en France dans un entretien⁽³²⁾ au quotidien *Le Monde* s'inscrivaient dans le cadre du débat d'intérêt général relatif aux problèmes liés à l'installation et à l'intégration des immigrés dans les pays d'accueil. Cependant, en l'espèce, ces propos avaient assurément été susceptibles de donner une image inquiétante de la communauté musulmane dans son ensemble, pouvant susciter un sentiment de rejet et d'hostilité. Il opposait, d'une part, les Français et, d'autre part, une communauté dont l'appartenance religieuse était expressément mentionnée et dont la forte croissance était présentée comme une menace, déjà présente, pour la dignité et la sécurité des Français. Ainsi les motifs de la condamnation du requérant qu'avaient retenus les juridictions internes étaient pertinents et suffisants. En outre, la condamnation prononcée n'avait pas été disproportionnée.

Dans le même sens, l'affaire *Belkacem contre Belgique* du 27 juin 2017 concernait la condamnation du requérant, dirigeant et porte-parole de l'organisation « Sharia4Belgium » qui fut dissoute en 2012, pour incitation à la discrimination, à la haine et à la violence en raison de propos qu'il avait tenus dans des vidéos publiées sur Youtube à propos de groupes non-musulmans et de la charia.

La Cour a déclaré la requête irrecevable (incompatible *ratione materiae*), relevant en particulier que, dans ses propos, le requérant appelait les auditeurs à dominer les personnes non-musulmanes, à leur donner une leçon et à les combattre. La Cour a estimé que les propos en question avaient une teneur fortement haineuse et que le requérant cherchait, par ses enregistrements, à faire haïr, à discriminer et à être violent à l'égard de toutes les personnes qui ne sont pas de confession musulmane.

S'agissant des propos de l'intéressé relatifs à la charia, la Cour a par ailleurs rappelé qu'elle avait déjà jugé que le fait de défendre la charia en appelant à la violence pour l'établir pouvait passer pour un discours de haine, et que chaque État contractant pouvait prendre position contre des mouvements politiques basés sur un fondamentalisme religieux. En l'espèce, la Cour a estimé que le requérant tentait de détourner l'article 10 (liberté d'expression) de la

⁽³¹⁾ Condamné pour « provocation à la discrimination, à la haine, à la violence envers un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

⁽³²⁾ Dans lequel il affirmait notamment que « le jour où nous aurons non plus 5 millions, mais 25 millions de musulmans, ce seront eux qui commanderont ».

Convention européenne de sa vocation, en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires à l'esprit de la Convention.

Par contre, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 dans l'affaire *Erbakan* contre Turquie (6 juillet 2006). À l'époque des faits, le requérant était président du *Refah Partisi* (Parti de la Prospérité), dissous en 1998 pour avoir mené des activités contraires aux principes de laïcité. Il a été condamné pour avoir prononcé un discours public dans lequel il aurait tenu des propos incitant en particulier à la haine et à l'intolérance religieuse.

La Cour a considéré que les propos – à les supposer réellement prononcés – tenus par un homme politique célèbre lors d'un rassemblement public révélaient davantage une vision de la société structurée exclusivement autour des valeurs religieuses et paraissaient ainsi difficilement conciliables avec le pluralisme qui caractérise les sociétés actuelles où se confrontent les groupes les plus divers. Soulignant que la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'Homme, elle a estimé qu'il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance. Cependant, vu le caractère fondamental du libre jeu du débat politique dans une société démocratique, la Cour a conclu que les motifs avancés pour justifier la nécessité des poursuites engagées contre le requérant n'étaient pas suffisants pour la convaincre que l'ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé à la liberté d'expression fût nécessaire dans une société démocratique.

Le négationnisme et le révisionnisme sont également des formes d'incitation à la haine ; C'est d'ailleurs la position qu'a retenue la jurisprudence, notamment celle de la CEDH qui, à plusieurs reprises, a eu à se prononcer sur la question de la prohibition du discours négationniste.

Dans l'affaire *Garaudy* contre France du 24 juin 2003, le requérant, auteur d'un ouvrage intitulé *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, avait été condamné pour contestation des crimes contre l'humanité, diffamation publique envers un groupe de personnes (en l'espèce la communauté juive) et provocation à la haine raciale. La Cour a déclaré la requête irrecevable (*incompatibile razione materiae*) estimant que le contenu des propos du requérant constituait une négation de l'Holocauste et a rappelé que la contestation des crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aigües de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. Elle a affirmé que les propos contestant la réalité de faits historiques clairement établis ne poursuivaient pas de but scientifique ou historique, mais l'objectif de réhabiliter le régime national-socialiste et d'accuser de falsification de

l'histoire les victimes elles-mêmes.

Dans le même sens, l'affaire M'Bala M'Bala contre France (20 octobre 2015) concernait la condamnation de Dieudonné M'Bala M'Bala, humoriste engagé en politique, pour injure publique envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, en l'espèce les personnes d'origine ou de confession juive. À la fin d'un spectacle, l'intéressé avait invité Robert Faurisson, l'universitaire condamné en France à plusieurs reprises en raison de ses thèses négationnistes et révisionnistes consistant à nier l'existence des chambres à gaz dans les camps de concentration, à le rejoindre sur scène pour recevoir les applaudissements du public et se faire remettre le « prix de l'infrequentabilité et de l'insolence ».

Déclarant la requête irrecevable, aux yeux de la Cour, il ne s'agissait pas d'un spectacle qui, même satirique ou provocateur, relèverait de la protection de l'article 10 de la Convention européenne, mais en réalité, dans les circonstances de l'espèce, d'une démonstration de haine et d'antisémitisme, ainsi que d'une remise en cause de l'holocauste. Partant, la Cour a considéré qu'en l'espèce le requérant avait tenté de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention.

L'apologie est également une forme d'incitation à la haine, que ce soit l'apologie du terrorisme, de crimes de guerre ou de la violence et l'incitation à l'hostilité.

Dans sa résolution 1624 /2005 adoptée le 14 septembre 2005, le Conseil de sécurité des Nations unies a appelé tous les États membres à prendre toutes les mesures appropriées, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, afin de contrecarrer l'incitation aux actes terroristes motivés par l'extrémisme et l'intolérance⁽³³⁾ et de prévenir les menées subversives de terroristes et de leurs partisans contre les établissements d'enseignement et les institutions culturelles et religieuses (§ 3).

En faisant le lien entre la résolution du Conseil de sécurité et les dispositions du PIDCP, l'on peut affirmer que les États parties au pacte doivent s'assurer que les mesures antiterroristes sont conformes aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 19. Ainsi les infractions d'incitation, d'apologie et d'hommage du terrorisme ne doivent conduire à la

⁽³³⁾En Tunisie, la loi organique n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent considère « coupable d'infraction terroriste...par quelque moyen que ce soit, commet, intentionnellement, à l'intérieur ou à l'extérieur de la République, l'apologie, d'une manière publique et expresse, d'une infraction terroriste, de ses auteurs, d'une organisation, d'une entente, de ses membres, de ses activités ou de ses opinions et idées liées à ces infractions terroristes » (article 31).

restriction de la liberté d'expression que lorsque ceci est nécessaire à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Dans ce sens, le Conseil d'État français (n° 446303, Juge des référés, formation collégiale, 25 novembre 2020)⁽³⁴⁾ a rejeté la requête de la Fédération musulmane de Pantin qui a demandé d'ordonner la suspension de l'exécution de l'arrêté par lequel le préfet a prononcé la fermeture pour une durée de six mois du lieu de culte « Grande mosquée de Pantin ».

La provocation à la violence, à la haine ou à la discrimination en lien avec le risque de commission d'actes de terrorisme, à la commission d'actes de terrorisme ou à l'apologie de tels actes peut, outre des propos tenus au sein du lieu de culte, résulter des propos exprimés, dans les médias ou sur les réseaux sociaux, par les responsables de l'association chargée de la gestion de ce lieu ou par les personnes en charge du culte qui y officient ainsi que des propos émanant de tiers et diffusés dans les médias ou sur les réseaux sociaux relevant de la responsabilité de cette association ou de ces personnes en charge du culte (§ 4).

Peut également révéler la diffusion, au sein du lieu de culte, d'idées ou de théories provoquant à la violence, à la haine ou à la discrimination en lien avec le risque de commission d'actes de terrorisme, à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie notamment, la fréquentation du lieu de culte par des tiers prônant ces idées ou théories, l'engagement en faveur de telles idées ou théories des responsables de l'association chargée de la gestion de ce lieu et des personnes en charge du culte qui y officient ou la présence, sur le lieu de culte ou dans des lieux contrôlés par l'association gestionnaire ou les officiants du culte, d'ouvrages ou de supports en faveur de ces idées ou théories (§ 5).

L'arrêté contesté est motivé par le rôle joué par le président de l'association gestionnaire de ce lieu de culte qui a relayé sur le compte «Facebook» de la mosquée une vidéo d'un parent d'élève publiée à la suite du cours portant sur la liberté d'expression dispensé par un professeur d'histoire au collège ainsi que le message d'un internaute indiquant l'identité et les coordonnées de ce professeur. La diffusion, sur le compte «Facebook» de la mosquée qui compte près de 100 000 abonnés, de cette vidéo et d'un commentaire qui n'ont été retirés qu'après l'attentat du 16 octobre 2020 ayant causé la mort du professeur et dont les propos ont pour objectif d'accréditer l'idée délétère, dans un contexte particulièrement sensible, que les autorités publiques mèneraient en France un combat, notamment au sein de l'éducation nationale, contre la religion musulmane et ses pratiquants, constitue une provocation à la violence et à la haine en lien avec le risque de commission d'actes de terrorisme (§ 11).

⁽³⁴⁾ <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-25/446303>.

Par ailleurs, le président de l'association a publié sur son compte «tweeter», un message faisant part de sa commisération à la suite de la perquisition réalisée au domicile du président de l'association «Barakacity» lequel a notamment publié un «tweet» faisant l'apologie de la mort en martyr et deux messages haineux à l'encontre du journal Charlie Hebdo (§ 14).

L'arrêt est fondé également sur le rôle d'un imam de la mosquée qui serait impliqué dans la mouvance islamiste radicale d'Ile-de-France ainsi que sur la fréquentation de ce lieu de culte par des individus appartenant à cette même mouvance (§ 10).

La «Grande mosquée de Pantin» est ainsi devenue un lieu de rassemblement pour des individus appartenant à la mouvance islamique radicale dont certains ont été impliqués dans des projets d'actes terroristes. Le faible nombre de ces partisans d'un islamiste radical, identifiés comme tels, ne saurait constituer une circonstance atténuante compte tenu de l'influence dangereuse que de tels individus sont susceptibles d'exercer sur les autres fidèles (§ 13).

Dans ces conditions, le préfet a pu, sans commettre d'erreur de droit ou de fait, estimer que les propos tenus et les idées et théories diffusées par le lieu de culte « Grande mosquée de Pantin » constituaient des provocations justifiant, en vue de prévenir la commission d'actes de terrorisme, sa fermeture provisoire sur le fondement de l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure (§ 17)⁽³⁵⁾.

Sur le plan régional, la CEDH a conclu à la non-violation de la liberté d'expression dans *Leroy contre France* (2 octobre 2008) quant à la condamnation du requérant (un dessinateur) pour complicité d'apologie du terrorisme à la suite de la publication dans un hebdomadaire basque, le 13 septembre 2001, d'un dessin symbolisant l'attentat contre les tours jumelles du World Trade Center avec une légende pastichant le slogan publicitaire d'une marque célèbre « Nous en avons tous rêvé... le Hamas l'a fait ».

La Cour a estimé en particulier que le dessin ne se limitait pas à critiquer l'impérialisme américain, mais soutenait et glorifiait sa destruction par la violence. À cet égard, la Cour s'est basée sur la légende accompagnant le dessin et a constaté que le requérant exprimait sa solidarité morale avec les auteurs qu'il présumait être ceux de l'attentat du 11 septembre 2001. Par les termes employés, le requérant avait jugé favorablement la violence perpétrée à l'encontre de milliers de civils et porté atteinte à la dignité des victimes. Par ailleurs, l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible, à savoir le pays basque, n'était pas

⁽³⁵⁾Voir également, Cassation égyptienne n° 5523/88 du 10 décembre 2020, Bulletin législatif et juridique, Cour de Cassation, Chambre criminelle, n° avril 2021, p. 16 (création ou utilisation d'un site Web dans le but de promouvoir des actes terroristes).

à négliger et, malgré la diffusion limitée de l'hebdomadaire, la Cour a néanmoins constaté que celle-ci entraîna des réactions, pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région. Par conséquent, la Cour a jugé pertinents et suffisants les motifs retenus par les juridictions internes pour condamner le requérant et, eu égard au caractère modéré de l'amende à laquelle ce dernier avait été condamné et au contexte dans lequel la caricature litigieuse avait été publiée, elle a estimé que la mesure prise contre le requérant n'avait pas été disproportionnée au but légitime poursuivi.

Dans les affaires turques intéressant des considérations de sécurité nationale, la Cour distingue soigneusement entre les propos qui renseignent sur la motivation des activités terroristes et ceux qui font l'apologie du terrorisme. Dans l'arrêt *Sürek* (n° 1) contre Turquie du 8 juillet 1999 (Grande Chambre)⁽³⁶⁾, la Cour a jugé une revue hebdomadaire responsable de la publication de lettres de lecteurs critiques du Gouvernement, invoquant les termes violents employés dans celles-ci, qui l'ont conduite à y voir un appel à une vengeance sanglante car ils réveillent des instincts primaires et renforcent des préjugés déjà ancrés.

En revanche, dans l'arrêt *Sürek et Özdemir*, la Cour a confirmé le droit de la même revue de publier un entretien avec un dirigeant du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) dans lequel celui-ci se disait déterminé à poursuivre son objectif par la violence au motif que, pris dans son ensemble, le texte devait être considéré comme ayant valeur d'informations et non comme un discours de haine et une incitation à la violence. Qu'elle se soit attachée à la violence du discours montre que la Cour a voulu rechercher l'intention, ainsi qu'il ressort des questions posées dans l'opinion concordante dans ladite espèce : « Le langage visait-il à enflammer ou à inciter à la violence ? »⁽³⁷⁾.

La Cour a également conclu à la violation de la liberté d'expression dans l'affaire *Faruk Temel* contre Turquie du 1^{er} février 2011 condamné pour propagande pour avoir fait l'apologie du recours à la violence ou à d'autres méthodes terroristes ; le requérant, président d'un parti politique légal, avait lu, lors d'une réunion de son parti, une déclaration à la presse par laquelle il dénonçait l'intervention des États-Unis en Irak et l'isolement cellulaire du dirigeant d'une organisation terroriste (il critiquait également la disparition de personnes placées en garde à vue).

⁽³⁶⁾Le requérant était propriétaire d'une revue hebdomadaire dans laquelle avaient été publiées deux lettres de lecteurs condamnant de manière virulente les actions militaires des autorités dans le Sud-Est de la Turquie et accusant celles-ci de réprimer brutalement la lutte pour l'indépendance et la liberté menée par la population kurde.

⁽³⁷⁾Cité dans : TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1002.

Elle a constaté en particulier que le requérant s'était exprimé en tant qu'acteur politique et membre d'un parti politique d'opposition afin de présenter le point de vue de son parti sur des questions d'actualité et d'intérêt général. Elle a considéré que sa déclaration, dans son ensemble, n'avait incité ni à l'usage de la violence, ni à la résistance armée, ni au soulèvement et qu'elle n'avait pas constitué non plus un discours de haine⁽³⁸⁾.

S'agissant de l'apologie de crimes de guerre, la Cour a conclu à la violation de la liberté d'expression dans l'affaire *Lehideux et Isorni contre France* (23 septembre 1998); les requérants avaient rédigé un texte, paru dans le quotidien *Le Monde*, qui présentait le maréchal Pétain sous un jour favorable, occultant la politique de collaboration que celui-ci avait menée avec le régime nazi⁽³⁹⁾.

Elle a considéré que le texte incriminé, tout en passant pour polémique, ne pouvait être qualifié de négationniste puisque les auteurs ne s'étaient pas exprimés en leur qualité personnelle, mais au nom de deux associations légalement constituées et avaient davantage fait l'éloge d'un homme que de la politique pro-nazie. Enfin, la Cour a relevé que les événements évoqués dans le texte se sont produits plus de quarante ans avant la parution du texte et que le recul du temps entraînait qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant⁽⁴⁰⁾.

Il convient de signaler que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans la Recommandation générale n° 35 (2013) recommande que la négation ou les tentatives publiques de justification de crimes de génocide et de crimes contre l'humanité, tels que définis en droit international, soient déclarées délits punissables par la loi, à condition qu'elles constituent clairement un acte d'incitation à la haine ou à la violence raciale (§ 14).

Concernant enfin l'apologie de la violence et l'incitation à l'hostilité et notamment les responsabilités qu'assument les rédacteurs et journalistes, la CEDH a conclu à la non-violation de la liberté d'expression dans l'affaire *Sürek* (précitée) constatant que les lettres litigieuses appelaient à une vengeance sanglante et que l'une d'entre elles citait les gens par leur nom, attisait la haine à leur égard et les exposait à un éventuel risque de violence physique.

⁽³⁸⁾Voir aussi: *Erdal Tas contre Turquie* du 19 décembre 2006 (condamnation pour propagande contre l'indivisibilité de l'État en raison de la publication d'une déclaration d'une organisation terroriste suite à la publication dans un journal d'un article consistant en une analyse de la question kurde).

⁽³⁹⁾Le texte se terminait par une invitation à écrire à deux associations, ayant comme objectif de défendre la mémoire du maréchal Pétain, afin d'obtenir la révision de son procès et de sa condamnation en 1945 à la peine de mort et à la dégradation nationale, et d'obtenir sa réhabilitation.

⁽⁴⁰⁾Également concernant l'apologie de crimes de guerre, *Özgür Gündem contre Turquie* du 16 mars 2000 sur la condamnation d'un quotidien pour la publication de trois articles qui contenaient des passages préconisant l'intensification de la lutte armée, glorifiant la guerre et énonçant l'intention de combattre jusqu'à la dernière goutte de sang).

Selon la Cour, le requérant, même s'il ne s'était pas personnellement associé aux opinions exprimées dans les lettres, n'en avait pas moins fourni à leurs auteurs un support pour attiser la violence et la haine. La Cour a estimé qu'en tant que propriétaire de la revue, il partageait indirectement les devoirs et responsabilités qu'assument les rédacteurs et journalistes lors de la collecte et de la diffusion d'informations auprès du public, rôle qui revêt une importance accrue en situation de conflit et de tension⁽⁴¹⁾.

Dans un autre sens, la Cour a conclu à la violation de la liberté d'expression dans l'affaire *Gündüz contre Turquie* (4 décembre 2003) qui concerne la condamnation du requérant qui se réclamait d'une secte islamiste et qui, lors d'une émission de débat télévisé diffusée à une heure tardive, il avait fortement critiqué les notions de laïcité et de démocratie et en militant ouvertement pour la charia.

La Cour a notamment constaté que le requérant, qui représentait les idées extrémistes de sa secte déjà bien connues du public, participait activement à une discussion publique animée. Ce débat pluraliste cherchait à présenter la secte et ses idées non conformistes, notamment l'incompatibilité de sa conception de l'islam avec les valeurs démocratiques, thème largement débattu dans les médias turcs et soulevant un problème d'intérêt général. En l'espèce, la Cour a estimé que les propos du requérant ne passaient pas pour un appel à la violence, ni pour un discours de haine fondé sur l'intolérance religieuse. Le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne pouvait passer pour un discours de haine. L'appel au boycott en tant que forme spécifique d'expression soulève la question de l'incitation à la haine ; l'arrêt *Baldassi et autres contre France* (11 juin 2020) de la CEDH porte sur le droit à l'appel au boycott où la Cour a constaté une violation de la liberté d'expression.

L'affaire concerne la condamnation pénale des militants de la cause palestinienne participant à la campagne internationale BDS (« Boycott, Désinvestissement et Sanctions ») initiée par des ONG palestiniennes après l'avis de la Cour internationale de justice relatif à l'illégalité du mur de séparation israélien, dans le but de faire pression sur « Israël » afin qu'il se conforme au droit international. Ils furent condamnés pour incitation à la discrimination économique sur le fondement de l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en raison de leur participation à des actions appelant au boycott des produits israéliens.

⁽⁴¹⁾Voir aussi : *Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. S. contre Turquie*, décision sur la recevabilité du 14 novembre 2006 (suspension d'un an du droit de diffusion, à la suite d'une série de programmes radio jugés contraires aux principes de l'unité nationale et de l'intégrité territoriale et susceptibles d'inciter notamment à la violence).

Le boycott est avant tout une modalité d'expression d'opinions protestataires. L'appel au boycott, qui vise à communiquer ces opinions tout en appelant à des actions spécifiques qui leurs sont liées, relève donc en principe de la protection de l'article 10 de la Convention européenne (§ 63).

Il constitue cependant une modalité particulière d'exercice de la liberté d'expression en ce qu'il combine l'expression d'une opinion protestataire et l'incitation à un traitement différencié de sorte que, selon les circonstances qui le caractérisent, il est susceptible de constituer un appel à la discrimination d'autrui. Or l'appel à la discrimination relève de l'appel à l'intolérance, lequel, avec l'appel à la violence et l'appel à la haine, est l'une des limites à ne dépasser en aucun cas dans le cadre de l'exercice de la liberté d'expression (§ 64).

La Cour constate d'une part, les actions et les propos reprochés aux requérants concernaient un sujet d'intérêt général, celui du respect du droit international public par « Israël » et de la situation des droits de l'Homme dans les territoires palestiniens occupés, et s'inscrivaient dans un débat contemporain, ouvert en France comme dans toute la communauté internationale. D'autre part, ces actions et ces propos relevaient de l'expression politique et militante.

La Cour en déduit que la condamnation des requérants ne repose pas sur des motifs pertinents et suffisants, par une application des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10.

Il convient de signaler que la Cour n'a eu que rarement l'occasion d'examiner la question de la compatibilité d'un appel au boycott avec l'article 10 de la Convention européenne, et notamment dans l'affaire *Willem contre France* 16 (juillet 2009)⁽⁴²⁾ où elle avait conclu à une non-violation de l'article 10 de la Convention, après avoir constaté que le requérant n'avait pas été condamné pour ses opinions politiques mais pour une incitation à un acte discriminatoire.

A ces formes d'incitation à la haine, la CEDH déclare irrecevables, en raison de leur incompatibilité avec les valeurs de la Convention, les requêtes dont les auteurs s'inspirent d'une doctrine totalitaire ou expriment des idées représentant une menace pour l'ordre démocratique et risquant de conduire à la restauration d'un régime totalitaire (Schimanek

⁽⁴²⁾Dans cette affaire, le requérant était un maire qui, en 2002, lors d'une réunion du conseil municipal en présence de journalistes, puis sur le site Internet de la commune, avait annoncé avoir demandé aux services municipaux de restauration de boycotter les produits alimentaires israéliens, afin de protester contre la politique menée par le Premier ministre israélien à l'égard des Palestiniens. En annonçant sa décision, le requérant avait agi en sa qualité de maire et usé de pouvoirs attachés à celle-ci au mépris de la neutralité et du devoir de réserve qu'elle lui imposait. Il avait fait cette annonce sans avoir ni ouvert le débat au sein du conseil municipal ni fait procéder à un vote, et il ne pouvait donc prétendre avoir favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général.

contre Autriche, 1^{er} février 2000)⁽⁴³⁾, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (Vejdeland et autres contre Suède du 9 février 2012 concernant la condamnation des requérants pour distribution, dans un établissement d'enseignement secondaire, d'une centaine de tracts jugés insultants envers les homosexuels par les tribunaux)⁽⁴⁴⁾ ; pour la Cour, sans constituer un appel direct à des actes haineux, les déclarations avaient un caractère grave et préjudiciable et a souligné que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est tout aussi grave que la discrimination fondée sur la race, l'origine ou la couleur (dans le même sens, l'affaire Azul Rojas Marin contre Pérou (12 mars 2020) où la Cour interaméricaine des droits de l'Homme s'est prononcée pour la première fois sur des faits de torture à l'encontre d'un membre de la communauté LGBTI et a déclaré l'État du Pérou responsable de crime de « haine » et d'une discrimination envers la requérante.

II- L'incitation à la Haine : un Acte Incriminé

Les crimes de haine peuvent être considérés comme des cas extrêmes de discrimination ; il s'agit néanmoins de deux concepts différents entre lesquels il importe de bien faire la distinction (B).

Par ailleurs, la position en droit international, faisant une distinction entre la discrimination en tant que violation des droits de l'Homme et les infractions internationales, est claire. On voit bien le passage du droit international des droits de l'Homme au droit international pénal, qui suppose non seulement l'interdiction d'un comportement donné mais aussi son incrimination (A).

A- En Droit International Pénal : L'incitation Directe et Publique à Commettre le Génocide

L'incitation directe et publique à commettre le génocide est expressément prévue dans le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale à l'article relatif à la responsabilité pénale individuelle (article 25) comme un crime particulier, punissable en tant que tel, et non pas dans l'article 6 relatif au crime de génocide. En droit romano-germanique, l'incitation est en principe considérée comme un acte de complicité alors que dans la common law, elle apparaît comme une forme particulière de la commission d'une infraction ou du moins comme une infraction à part⁽⁴⁵⁾. On voit bien là l'influence de la common law dans le Statut.

Inscrite par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) parmi les actes criminels au même titre que le génocide, l'intention en vue de commettre un

⁽⁴⁵⁾L. Egounlety, Le système de preuve devant le TPIR, mémoire, Université d'Abomey- Calavi (Bénin), Faculté de Droit, 2001, p. 59.

génocide et la tentative de génocide, elle a été reprise dans les statuts des deux tribunaux pénaux internationaux ad hoc (article 4, § 3 du Statut du TPIY et l'article 2, § 3 du Statut du TPIR). Le génocide du Rwanda constitue l'illustration récente la plus grave de l'incitation à la haine notamment par des moyens d'information. La définition, l'analyse et la portée de sa prohibition par le TPIR constituent à ce jour sa jurisprudence la plus exhaustive⁽⁴⁶⁾. Cette jurisprudence est de nature à servir de référence déterminante et mérite en conséquence d'être explicitée. Tel est le cas du « procès des média » qui a mis en accusation le directeur et l'actionnaire principal d'une radio ainsi que le directeur d'un journal pour incitation directe et publique au crime de génocide.

La jurisprudence internationale s'appuie sur les principes des droits de l'Homme pour dégager un principe selon le contenu des propos d'incitation, principe selon lequel la liberté d'expression ne protège pas l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence pour des motifs raciaux, ethniques, religieux ou autres motifs.

Plus précisément, la jurisprudence relative à l'incitation à la haine a dégagé un certain nombre de principes cardinaux qui renseignent utilement sur les facteurs qu'il convient de retenir pour définir les éléments constitutifs de « l'incitation directe et publique à commettre le génocide » s'agissant des mass média⁽⁴⁷⁾.

Il convient de signaler que cette incrimination est reconnue dans l'ordre juridique international depuis le procès de Nuremberg. Elle fut alors créée de façon prétorienne pour poursuivre et juger Julius Streicher, auteur d'écrits violemment antisémites, pour crime contre l'humanité.

Qualifiée par le TPIR dans le jugement Akayesu de « la plus célèbre condamnation pour incitation » et dans le jugement Ruggiu de « particulièrement pertinente », l'affaire Julius Streicher a vu celui-ci condamné à la peine de mort par le Tribunal militaire international de Nuremberg pour des articles antisémites qu'il avait publiés dans son hebdomadaire *Der Stürmer*. Dans son jugement, le Tribunal de Nuremberg a invoqué les propres écrits de Streicher, des articles qu'il avait publiés, et la lettre d'un lecteur qu'il avait publiée, appelant tous à l'extermination des Juifs. Le jugement de Nuremberg a déclaré que, bien que dans sa déposition à la barre, Streicher ait nié toute connaissance des exécutions massives de Juifs, il avait en fait sans cesse été informé de la déportation et du massacre de Juifs en Europe de l'Est. Cependant, le jugement ne relève pas expressément de lien de causalité directe entre

⁽⁴⁶⁾Doudou Diène, Étude sur l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale et religieuse en Afrique, en ligne, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Nairobi/NairobiStudyF.pdf>.

⁽⁴⁷⁾TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1000.

la publication de Streicher et tels ou tels actes d'assassinat ; il qualifie plutôt son œuvre de poison « versé dans l'esprit de milliers d'Allemands [qui] leur fit accepter la politique national-socialiste de persécution et d'extermination des Juifs ». Bien qu'il ait jugé que Streicher n'ait jamais été un des conseillers intimes d'Hitler et n'avait même pas participé à l'élaboration de la politique, le Tribunal de Nuremberg l'a néanmoins déclaré coupable de crimes contre l'humanité pour avoir incité au meurtre et à l'extermination des Juifs, acte considéré comme constitutif de « persécution » au sens du Statut du Tribunal militaire international.

Dans un autre sens, Hans Fritzsche, également poursuivi du chef d'incitation constitutive de crime contre l'humanité, a été acquitté par le Tribunal militaire international. Chef de la Section de radiodiffusion du Ministère de la propagande durant la guerre, Fritzsche était bien connu pour ses émissions hebdomadaires. Au soutien de sa défense, il a prétendu avoir repoussé des demandes de Goebbels tendant à le voir inciter à l'antagonisme et attiser la haine, et n'avoir jamais défendu la théorie de la « race supérieure ». En réalité, il avait expressément prohibé l'emploi du terme par la presse et la radio allemandes qu'il contrôlait. Il a également déclaré avoir fait part de l'inquiétude que lui inspirait le contenu du journal *Der Stürmer*, publié par Julius Streicher, et avoir essayé par deux fois de l'interdire.

Dans son jugement d'acquittement, le Tribunal a estimé que Fritzsche n'avait exercé aucun contrôle sur la formulation des directives de propagande, qu'il n'avait été qu'une courroie de transmission à la presse de directives reçues d'en haut. Concernant l'accusation selon laquelle il avait incité à la perpétration de crimes de guerre en falsifiant sciemment des nouvelles pour exciter les passions dans le cœur des Allemands, le Tribunal a conclu que bien qu'il ait parfois répandu de fausses nouvelles, il n'a pas été prouvé qu'il les connût comme telles⁽⁴⁸⁾.

Le TPIR a envisagé les éléments constitutifs du crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide pour la première fois dans l'affaire Akayesu, relevant à cette occasion que, lors de l'adoption de la Convention sur le génocide, cette infraction avait été retenue « en raison notamment de son importance dans la préparation du génocide »⁽⁴⁹⁾. Mais que signifie « l'incitation directe et publique » et comment peut-on la démontrer?

Le Tribunal la définit comme le fait de directement provoquer l'auteur ou les auteurs à commettre le génocide, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics soit par des placards ou affiches, exposés au

⁽⁴⁸⁾Ibid., § 981 et 982.

⁽⁴⁹⁾Ibid., § 978.

regard du public, soit par tout autre moyen de communication audiovisuel⁽⁵⁰⁾.

1- L'élément Moral du Crime d'incitation à Commettre le Génocide

Selon le TPIR, l'élément moral du crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide réside dans l'intention de directement amener ou provoquer autrui à commettre un génocide⁽⁵¹⁾. Cet élément moral suppose donc la volonté de créer, par lesdits agissements, chez la ou les personnes à qui il s'adresse, l'état d'esprit propre à susciter ce crime. Cela veut dire que celui qui incite à commettre le génocide est lui-même forcément animé de l'intention spécifique au génocide, celle de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel⁽⁵²⁾.

Dans l'affaire Nahimana, Barayagwiza et Ngeze, l'intention génocide inspirant les activités de la CDR est contenue dans le slogan « Tubatsembasembe » ou « Exterminons-les », qui rythmait les ralliements et manifestations de la CDR. Suivant la ligne de conduite adoptée, les communiqués de la CDR exhortaient la population hutue à « neutraliser par tous les moyens possibles » l'ennemi, désigné comme étant le groupe ethnique tutsi. De l'avis de la Chambre de première instance, la ligne éditoriale qui ressort des articles de Kangura et des émissions de la RTLM caractérise l'intention génocide. D'autres propos tenus par chaque accusé, pris individuellement, révèlent encore cette intention génocide⁽⁵³⁾.

Les rédacteurs en chef et éditeurs ont été généralement tenus responsables des médias qu'ils contrôlent. Pour déterminer l'étendue de cette responsabilité, la jurisprudence retient l'intention, c'est-à-dire le but du discours – recherchant si le but ainsi poursuivi est ou non légitime (par exemple, recherche historique, diffusion de nouvelles et d'informations, responsabilité des pouvoirs publics). Les termes mêmes employés ont souvent été retenus comme révélateurs de l'intention. Ainsi, dans l'affaire Faurisson, le Comité des droits de l'Homme a considéré que l'expression « la magique chambre à gaz » laissait supposer que l'auteur était inspiré par l'antisémitisme et non par la recherche de la vérité historique. Dans l'affaire Jersild, les commentaires par lesquels le journaliste s'est distancié des propos racistes tenus par son invité ont été le facteur décisif qui a conduit la CEDH à juger que l'émission

⁽⁵⁰⁾ Procureur contre Jean Paul Akayesu, § 559. Également, Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1017.

⁽⁵¹⁾ Procureur contre Jean Paul Akayesu, § 560.

⁽⁵²⁾ Voir à cet égard Procureur contre Georges Ruggiu, Affaire n° ICTR-97-32-I, (Chambre de première instance) Jugement du 1^{er} juin 2000, § 14 ; Procureur contre Eliezer Niyitegeka, § 431 et Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1012.

⁽⁵³⁾ TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 964 et 965.

télévisée avait pour objet la diffusion de nouvelles plutôt que la propagation d'opinions racistes⁽⁵⁴⁾.

En ce qui concerne le lien de causalité, le TPIR rappelle que l'incitation est un crime, quel que soit l'effet vers lequel elle tend. En recherchant si tel ou tel discours manifeste l'intention de commettre le génocide et, par la suite, caractérise l'incitation, la Chambre de première instance considère que le fait qu'il y a bel et bien eu génocide est un élément important. Que les médias aient eu l'intention de créer cet effet ressort en partie de ce que leurs actes ont effectivement eu cet effet (§ 1029).

Les émissions de la RTLM étaient comme le battement de tambour, appelant les auditeurs à agir contre l'ennemi et ses complices, c'est-à-dire la population tutsie. De par sa nature et son audience, la radiodiffusion a fait de la RTLM un instrument nuisible redoutable. Contrairement à la presse écrite, l'effet de la radio est immédiat. Le pouvoir de la voix humaine, entendue par la Chambre lors de l'audition des enregistrements sonores en kinyarwanda, ajoute au-delà de toute expression à la qualité et à la portée du message véhiculé. Ainsi, la radio accentue la psychose, le sentiment de danger et d'urgence poussant les auditeurs à passer à l'acte. Le dénigrement de l'ethnie tutsie était accentué par le mépris viscéral filtrant des ondes – rires sarcastiques et ricanements déplaisants. Autant d'éléments qui ont grandement amplifié l'impact des émissions de la RTLM (§ 1031).

La Chambre a jugé au-delà de tout doute raisonnable que Ferdinand Nahimana et Jean-Bosco Barayagwiza étaient animés de l'intention génocide. Elle a conclu au-delà de tout doute raisonnable qu'ils étaient coupables d'incitation directe et publique à commettre le génocide (§ 1033 et 1034).

Quant à Hassan Ngeze, en qualité de fondateur, de propriétaire et de rédacteur en chef de Kangura, il contrôlait directement la publication et tout son contenu, ce dont il a essentiellement assumé la responsabilité. La Chambre a conclu que Ngeze était habité de l'intention génocide. Il s'est servi de sa publication pour susciter la haine, attiser la peur et inciter au génocide. Il n'est pas douteux que Kangura a joué et passait pour avoir joué un rôle non négligeable dans la mise en place des conditions qui ont conduit à des actes de génocide. Cela étant, la Chambre a déclaré Hassan Ngeze coupable d'incitation directe et publique à commettre le génocide (§ 1038).

2- Le Caractère Direct et Public du Crime d'incitation au Génocide

La jurisprudence du TPIR offre un précédent pour l'interprétation de « l'incitation directe

⁽⁵⁴⁾Ibid., § 1001.

et publique à commettre le génocide ». Dans le jugement Akayesu, le Tribunal s'est intéressé au sens de chaque élément entrant dans « l'incitation directe et publique ».

En ce qui concerne « l'incitation », il a observé que, dans les systèmes tant de common law que de droit romano-germanique, « l'incitation » ou la « provocation », terme utilisé en droit romano-germanique, est définie comme l'encouragement ou la provocation à commettre un délit.

Le caractère direct de l'incitation veut que l'incitation prenne une forme directe et provoque expressément autrui à entreprendre une action criminelle alors qu'une simple suggestion, vague ou indirecte, est quant à elle insuffisante pour constituer une incitation directe⁽⁵⁵⁾. De plus, le TPIR rappelle qu'une incitation peut être directe et néanmoins implicite⁽⁵⁶⁾. Il considère toutefois qu'il est approprié d'évaluer le caractère direct d'une incitation à la lumière d'une culture et d'une langue données⁽⁵⁷⁾.

La Chambre de première instance évalue donc au cas par cas si elle estime, compte tenu de la culture du Rwanda et des circonstances spécifiques de la cause, que l'incitation peut être considérée comme directe ou non, en s'appuyant principalement sur la question de savoir si les personnes à qui le message était destiné en ont directement saisi la portée⁽⁵⁸⁾.

Elle a jugé dans l'affaire du chanteur rwandais Simon Bikindi que l'appel lancé par Bikindi à la « majorité », afin qu'elle se « soulève » et qu'elle « cherche partout » parce qu' « il ne faudrait épargner personne » en faisant savoir immédiatement après de manière sans équivoque que les Tutsis étaient la minorité, est constitutif d'incitation directe à détruire le groupe ethnique tutsi. Elle estime également que les propos tenus par Bikindi à la population sur le chemin du retour, pour lui avoir notamment posé la question suivante : « avez-vous tué les Tutsis ici ? » et lui avoir demandé si elle avait tué les « serpents » sont constitutifs d'appel direct à tuer les Tutsis. De l'avis de la Chambre, il est inconcevable que dans le contexte marqué par les meurtres à grande échelle de la population tutsie qui prévalait en juin 1994 au Rwanda, le public auquel ce message était destiné, à savoir les personnes debout sur la route, ait pu ne pas avoir immédiatement compris son sens et ses implications. Elle considère par conséquent que les propos tenus par Bikindi tels que relayés par les haut-parleurs sur la route principale

⁽⁵⁵⁾ Procureur contre Jean Paul Akayesu, § 557.

⁽⁵⁶⁾ Procureur contre Eliezer Niyitegeka, § 431.

⁽⁵⁷⁾ Procureur contre Jean Paul Akayesu, § 557-558. Également, Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1011.

⁽⁵⁸⁾ TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1011.

sont constitutifs d'incitation directe et publique à commettre le génocide⁽⁵⁹⁾.

Quant au caractère public de l'incitation⁽⁶⁰⁾, il se matérialise selon le TPIR dans l'affaire Ruggiu, par un appel à commettre un crime, lancé dans un lieu public⁽⁶¹⁾, à un certain nombre d'individus ou encore un appel lancé au grand public par des moyens tels que les médias de masse, radio ou télévision par exemple (§ 17 ; dans le même sens, Eliezer Niyitegeka, § 431). Le tribunal considère que le caractère public de l'incitation au génocide peut être plus particulièrement examiné à la lumière de deux facteurs, à savoir le lieu où l'incitation a été formulée et le fait de savoir si l'assistance a été ou non sélectionnée ou limitée⁽⁶²⁾.

Dans l'affaire Bikindi, la Chambre de première instance rappelle sa conclusion établissant qu'à la fin du mois de juin 1994, sur une route principale, Bikindi s'est servi d'un amplificateur de voix pour déclarer que la majorité de la population, les Hutus, devait se soulever pour exterminer la minorité, les Tutsis. Sur le chemin du retour, Bikindi s'est servi du même dispositif pour demander aux gens s'ils avaient tués les Tutsis en désignant ces derniers par le vocable de « serpents ». La Chambre considère que ces deux déclarations, qui avaient été relayées par des haut-parleurs, ont été faites publiquement⁽⁶³⁾.

S'agissant plus particulièrement des médias, la Chambre de première instance dans l'affaire Nahimana, Barayagwiza et Ngeze envisage franchement le rôle des médias dans le génocide qui a eu lieu au Rwanda en 1994 et la question juridique connexe de savoir ce qui donne prise à une responsabilité pénale individuelle du chef d'incitation directe et publique à commettre le génocide. À la différence d'Akayesu et d'autres personnes qui, de l'avis du Tribunal, s'étaient livrés à de l'incitation par leur propre discours, les accusés en l'espèce ont systématiquement fait usage des médias écrits et radiophoniques, non seulement pour diffuser leurs propres discours mais encore ceux de biens d'autres, et véhiculer ainsi des idées et mobiliser la population en masse. En appréciant le rôle des mass média, la Chambre doit s'intéresser non seulement au contenu de tels ou tels émissions et articles, mais également à l'application générale de ces principes à l'élaboration des programmes

⁽⁵⁹⁾<https://www.legal-tools.org/doc/c9bbfb/pdf/>

⁽⁶⁰⁾A cet égard, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, dans ses indicateurs sur le génocide, a insisté sur l'importance du lieu lorsqu'il s'agit d'évaluer la signification et les effets potentiels des discours de haine raciale (Recommandation générale n° 35, § 15).

⁽⁶¹⁾Dans le jugement Akayesu, le Tribunal a cité la Commission du droit international qui a défini l'incitation « publique » comme « la communication d'un appel à perpétrer un acte criminel à un certain nombre d'individus dans un lieu public ou au public en général ... en passant par des médias comme la radio ou télévision ».

⁽⁶²⁾Procureur contre Jean Paul Akayesu, § 556.

⁽⁶³⁾<https://www.legal-tools.org/doc/c9bbfb/pdf/>

médiatiques, ainsi qu'aux responsabilités inhérentes à la propriété et au contrôle institutionnel des médias (§ 979).

Le ton de la déclaration est aussi important aux fins de cette appréciation que son contenu. Que Nahimana ait été conscient de ce que le ton entre en ligne de compte dans la culpabilité est attesté par sa réticence à se reconnaître dans la réflexion « Ce sont eux qui ont tout l'argent », lorsqu'il a été interrogé à ce sujet. Il finira par déclarer qu'il n'aurait pas tenu ce langage mais aurait rendu compte de la même réalité différemment. La Chambre considère aussi important le contexte dans lequel la déclaration est faite. Une généralisation d'ordre ethnique provoquant le ressentiment contre des membres de l'ethnie en question aurait un impact accru dans un contexte de génocide. Elle aurait plus de chance d'entraîner la violence. En même temps, le contexte serait un indice que l'incitation à la violence était l'intention de la généralisation en cause (§ 1022).

Nombre des écrits parus dans Kangura mélangeaient haine ethnique et discours propre à inspirer la peur, d'une part, et appel à la violence qui devait être dirigée contre la population tutsie, qualifiée d'ennemi ou de complice de l'ennemi, d'autre part. L'Appel à la conscience des Bahutu et la couverture du numéro 26 de Kangura sont deux exemples notoires de message clairement adressé aux lecteurs de Kangura, invitant la population hutue à « se réveiller » et à prendre les mesures nécessaires pour dissuader l'ennemi tutsi de décimer les Hutus. La Chambre note que l'appellation Kangura elle-même signifie « réveiller autrui ». Ce à quoi elle voulait réveiller les Hutus ressort de son contenu, à savoir une litanie d'injures ethniques présentant la population tutsie comme incarnant le mal et appelant à l'extermination des Tutsis à titre préventif. La Chambre relève l'attention accrue que les numéros de Kangura publiés en 1994 portent à la crainte d'une attaque du FPR et à la menace que le massacre de civils tutsis innocents s'en suivrait (§ 1036).

Jean-Bosco Barayagwiza, l'un des principaux fondateurs de la CDR, a joué un rôle déterminant dans la formation et l'essor de ce parti. Il en était un décisionnaire. Le meurtre de civils tutsis a été encouragé par la CDR, comme l'atteste le chant « tubatsembatsembe » ou « exterminons-les », repris par Barayagwiza lui-même et par les militants et Impuzamugambi de la CDR en sa présence lors de meetings et de manifestations publics, le pronom « les » étant compris comme visant la population tutsie. La CDR a également encouragé le meurtre de civils tutsis en publiant des communiqués et d'autres écrits qui appelaient à l'extermination de l'ennemi, celui-ci étant désigné comme la population tutsie. La Chambre a relevé que

Barayagwiza a personnellement concouru à cet appel au génocide⁽⁶⁴⁾ (§ 1035).

Tel n'était pas le cas dans l'affaire Simon Bikindi où le Procureur tendait à établir que l'accusé a participé au génocide en composant, en enregistrant et en diffusant des chansons prônant la haine ethnique, qui furent ensuite utilisées dans le cadre d'une campagne de propagande visant à faire passer les Tutsis pour l'ennemi, de même qu'à sensibiliser ses auditeurs et à les inciter à attaquer et à tuer les Tutsis. Le Procureur a fait référence à trois compositions musicales précises visées dans l'acte d'accusation : Twasezereye («Nous avons dit adieu à la monarchie»), Nanga Abahutu («Je déteste les Hutus») et Bene Sebahinzi («Les fils du père des cultivateurs»).

Eu égard au contenu incendiaire des commentaires des journalistes de la RTLM qui accompagnaient la diffusion incessante des chansons de Simon Bikindi, la Chambre de première instance a estimé que les compositions musicales de Bikindi ont été utilisées par la RTLM dans le cadre d'une campagne de propagande visant à susciter le mépris de la population tutsie et à promouvoir la haine contre elle, de même qu'à inciter les auditeurs à prendre pour cible ses membres et à commettre contre eux des actes de violence.

Il est constant qu'en 1994, les trois chansons de Simon Bikindi ont été utilisées pour attiser les flammes de la haine ethnique, ainsi que pour susciter le ressentiment et la crainte du Tutsi. Étant donné la force de la tradition orale au Rwanda et la faveur dont jouissait la RTLM à l'époque, la Chambre considère que la diffusion des chansons de Bikindi a eu un effet amplificateur sur le génocide. Toutefois, il n'existe aucun élément de preuve tendant à établir que Bikindi a joué un rôle quelconque dans ces émissions ou dans la diffusion des trois chansons en 1994. Sur la base de ses constatations factuelles, la Chambre a conclu que les chansons en question ne sont pas constitutives d'incitation directe et publique à commettre le génocide⁽⁶⁵⁾.

On rappelle que Bikindi a finalement été déclaré coupable d'incitation directe et publique de commettre un génocide sur la base des deux déclarations faites en juin 1994.

Par ailleurs, le TPIR a recherché dans le jugement Akayesu si le crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide peut être puni même si l'incitation n'est pas suivie d'effet et a conclu que le crime devrait être considéré comme une infraction dite inchoate en common law ou une infraction formelle en droit romano-germanique, c'est-à-dire punissable

⁽⁶⁴⁾Quant à Hassan Ngeze, il roulait souvent avec un mégaphone dans son véhicule, invitant la population hutue à se rendre aux meetings de la CDR et annonçant que les Inyenzi seraient exterminés, le terme Inyenzi renvoyant à la minorité ethnique tutsie et étant compris dans ce sens (§ 1039).

⁽⁶⁵⁾<https://www.legal-tools.org/doc/c9bbfb/pdf/>

comme telle. Le Tribunal a souligné que « ces actes sont, en eux-mêmes, particulièrement dangereux parce que porteurs d'un très grand risque pour la société, même s'ils ne sont pas suivis d'effet » et a estimé que « le génocide relève évidemment de cette catégorie de crimes dont la gravité est telle que l'incitation directe et publique à le commettre doit être pénalisée en tant que telle, même dans les cas où l'incitation n'aurait pas atteint le résultat escompté par son auteur»⁽⁶⁶⁾.

Pour cerner plus précisément les contours du crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide, la Chambre de première instance dans l'affaire Nahimana, Barayagwiza et Ngeze retient les conclusions factuelles dégagées par le Tribunal dans le jugement Akayesu, à savoir que la foule à laquelle s'adressait l'accusé, quand il l'exhortait à s'unir pour éliminer l'ennemi, les complices des Inkotanyi, avait compris cet appel comme un appel à tuer les Tutsis, que l'accusé avait conscience que ses propos seraient ainsi compris et qu'il y avait une relation de cause à effet entre ses propos et les massacres généralisés de Tutsis qui s'en sont suivis dans la commune⁽⁶⁷⁾.

Dans ce jugement, le Tribunal a considéré, à l'occasion de ses conclusions juridiques concernant le chef d'incitation directe et publique à commettre le génocide, qu' « il y avait une relation de cause à effet entre les propos [de l'accusé à la foule] et les massacres généralisés de Tutsis qui s'en sont suivis [dans la commune] ». La Chambre relève que cette relation de cause à effet n'est pas une condition indispensable pour que soit constituée l'incitation. C'est parce qu'il a pour potentiel de provoquer le génocide que le discours caractérise l'incitation. Ainsi qu'il résulte des conclusions juridiques concernant le génocide, lorsque ce potentiel se réalise, il y a crime de génocide ainsi qu'incitation au génocide⁽⁶⁸⁾.

La Chambre de première instance fait observer que comme l'entente, le crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide est une infraction formelle qui se prolonge dans le temps jusqu'à l'accomplissement des actes envisagés. Elle considère en conséquence que la publication de Kangura de son premier numéro en mai 1990 jusqu'à sa livraison de mars 1994, dont l'impact a atteint son paroxysme dans les faits survenus en 1994, relève de la compétence temporelle du Tribunal dès lors que cette publication est réputée constituer une incitation directe et publique à commettre le génocide (§ 1017).

⁽⁶⁶⁾Cité dans : TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur contre Ferdinand Nahimana, Jean Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze, § 1013.

⁽⁶⁷⁾Ibid., § 1014.

⁽⁶⁸⁾Ibid., § 1015.

B- Les Crimes de Haine en Droit Comparé

Les crimes de haine sont des actes criminels commis en raison d'une motivation discriminatoire ou d'un préjugé envers certains groupes d'individus. Un crime de haine comporte donc deux éléments distincts, (1) un acte constituant une infraction selon le droit pénal ; (2) un mobile discriminatoire à l'origine de l'acte.

L'auteur d'un crime de haine va par conséquent sélectionner sa victime en raison de son appartenance à un groupe particulier. Dans le cas où le crime inclut des dommages causés à des biens, ceux-ci sont choisis à cause de leur association avec le groupe visé ; ils peuvent comprendre toutes sortes de cibles, comme des lieux de culte, des centres sociaux, des véhicules ou des domiciles privés.

À la lumière des dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et des principes énoncés dans la Recommandation générale n° 15 et dans la Recommandation générale n° 35, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale recommande aux États parties de déclarer délits punissables par la loi et de sanctionner efficacement l'incitation à la haine, au mépris ou à la discrimination envers des membres d'un groupe racial ou ethnique en raison de la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.

Le Comité recommande toutefois que seules les formes graves de discours racistes soient considérées comme des infractions pénales, pouvant être prouvées au-delà de tout doute raisonnable, les formes moins graves devant être traitées par d'autres moyens que le droit pénal, compte tenu notamment de la nature et de l'étendue des conséquences pour les personnes et les groupes visés. L'imposition de sanctions pénales devrait être régie par les principes de légalité, de proportionnalité et de nécessité (Recommandation générale n° 35 (2013), § 12).

Il convient de noter que l'article 4 de la Convention exige que certaines formes de comportement soient déclarées délits punissables par la loi mais n'offrent pas d'orientations détaillées aux fins de l'incrimination des différentes formes de comportement. Pour qualifier les actes de discrimination et d'incitation de délits punissables par la loi, le Comité considère que les éléments ci-après devraient être pris en compte: Le contenu et la forme du discours⁽⁶⁹⁾; le climat économique, social et politique dans lequel le discours a été prononcé et diffusé; la position et le statut de l'orateur dans la société et l'audience à laquelle le discours est adressé (le Comité ne cesse d'appeler l'attention sur le rôle joué par les personnalités politiques et

⁽⁶⁹⁾Déterminer si le discours est provocateur et direct, comment il est construit et sous quelle forme il est distribué, et le style dans lequel il est délivré.

autres décideurs dans l'apparition d'un climat négatif envers les groupes protégés par la Convention); la portée du discours – notamment la nature de l'audience et les modes de transmission⁽⁷⁰⁾; les objectifs du discours – le discours consistant à protéger ou à défendre les droits fondamentaux de personnes et de groupes ne devrait pas faire l'objet de sanctions pénales ou autres (§ 15).

Dans l'arrêt *Beizaras et Levickas contre Lituanie* (14 janvier 2020), la CEDH souligne la nécessité d'apporter une réponse pénale à des agressions verbales et menaces physiques directes motivées par des attitudes homophobes.

Cet arrêt est intéressant en ce qu'il apporte des clarifications concernant la question de savoir si des mesures relevant du droit pénal sont nécessaires dans des cas d'agressions verbales et de menaces physiques directes motivées par des attitudes discriminatoires⁽⁷¹⁾.

Sur la nécessité de mesures pénales dans le contexte de l'espèce, la Cour souligne qu'on ne peut mettre en œuvre de sanction pénale qu'à titre d'ultima ratio, y compris contre des individus responsables des expressions de haine les plus graves, incitant autrui à la violence. Il en va également ainsi pour les discours de haine portant sur l'orientation sexuelle et la vie sexuelle d'autrui. Cela étant, la présente affaire concerne des appels non dissimulés à porter atteinte à l'intégrité physique et mentale des requérants. Une protection relevant du droit pénal s'imposait donc. Le code pénal lituanien offrait pareille protection mais celle-ci a été déniée aux requérants en raison de l'attitude discriminatoire des autorités, attitude qui se trouve à la base du manquement des autorités à leur obligation positive de mener une enquête effective aux fins de déterminer si les commentaires litigieux s'analysaient en une incitation à la haine et à la violence.

Par contre, la CEDH a estimé dans l'affaire *Stern Taulats et Roura Capellera contre Espagne* (13 mars 2018), que la peine d'emprisonnement encourue par les requérants n'avait été ni proportionnée au but légitime poursuivi (la protection de la réputation ou des droits d'autrui), ni nécessaire dans une société démocratique.

La CEDH a eu en effet l'occasion de statuer sur nombre d'affaires relatives à l'incrimination de l'incitation à la haine ; elle a notamment traité la question de la gravité de la sanction dans l'affaire *Gündüz contre Turquie* du 13 novembre 2003 ; le requérant, dirigeant d'une secte

⁽⁷⁰⁾ Si le discours a été diffusé via les médias classiques ou Internet, ainsi que la fréquence et la portée de la communication, en particulier lorsque la répétition du discours témoigne de l'existence d'une stratégie délibérée visant à susciter l'hostilité envers des groupes ethniques et raciaux.

⁽⁷¹⁾ Également, *R.B. contre Hongrie* n° 64602/12, 12 avril 2016, §§ 80 et 8485- ; *Király et Dömötör contre Hongrie*, n°10851/13, 17 janvier 2017, § 76) ; *Alkovic contre Monténégro*, n° 66895/10, 5 décembre 2017, § 8, 11, 65 et 69.

islamiste, avait été reconnu coupable d'incitation au crime et d'incitation à la haine religieuse à raison de déclarations faites au cours d'une interview retranscrite dans la presse. Il fut condamné à quatre ans et deux mois d'emprisonnement et à une amende.

La Cour a déclaré la requête irrecevable (manifestement mal fondée), jugeant que la gravité de la sanction infligée au requérant ne pouvait être considérée comme disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi, à savoir la prévention de l'incitation publique au crime.

La Cour a notamment observé que les déclarations pouvant être qualifiées de discours de haine, d'apologie de la violence ou d'incitation à la violence, comme c'était le cas en l'espèce, ne sauraient passer pour compatibles avec l'esprit de tolérance et vont à l'encontre des valeurs fondamentales de justice et de paix qu'exprime le Préambule à la Convention. Certes, la peine infligée au requérant, laquelle s'était trouvée aggravée par le fait que l'infraction avait été commise par des moyens de communication de masse, avait été sévère. La Cour a toutefois estimé que l'inscription dans le droit interne de sanctions dissuasives pouvait se révéler nécessaire lorsqu'un comportement atteint le niveau de celui constaté en l'espèce et devient intolérable en ce qu'il constitue la négation des principes fondateurs d'une démocratie pluraliste (également, l'affaire Smajic contre Bosnie-Herzégovine (18 janvier 2018), les peines infligées à l'intéressé, à savoir une peine d'emprisonnement avec sursis et la saisie de ses ordinateurs, n'avaient pas été excessives).

Par contre, l'affaire Perinçek contre Suisse (15 octobre 2015) concernait la condamnation pénale du requérant, un homme politique turc, qui avait publiquement exprimé en Suisse l'opinion que les déportations massives et massacres subis par les Arméniens au sein de l'Empire ottoman en 1915 et les années suivantes ne constituaient pas un génocide. Les tribunaux suisses avaient estimé en particulier que les intentions de l'intéressé apparaissaient être racistes et nationalistes et que ses propos ne contribuaient à aucun débat historique.

La CEDH a conclu à la violation de la liberté d'expression. Consciente de l'importance considérable que la communauté arménienne attache à la question de savoir si ces déportations massives et massacres doivent être considérés comme un génocide, elle a jugé qu'il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu en l'espèce. La Cour a tenu compte en particulier des éléments suivants : les propos du requérant se rapportaient à une question d'intérêt public et n'étaient pas assimilables à un appel à la haine ou à l'intolérance ; le contexte dans lequel ils avaient été tenus n'était pas marqué par de fortes tensions ni par des antécédents historiques particuliers en Suisse ; les propos ne pouvaient

être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une réponse pénale en Suisse ; aucune obligation internationale n'imposait à la Suisse de criminaliser des propos de cette nature ; les tribunaux suisses apparaissaient avoir censuré le requérant pour avoir simplement exprimé une opinion divergente de celles ayant cours en Suisse ; et l'ingérence avait pris la forme grave d'une condamnation pénale.

Sur le plan national, l'exemple de nombreuses législations est tout à fait caractéristique de la volonté étatique de prohiber le discours de haine. Toutefois, d'un État à l'autre, les caractéristiques protégées par la législation relative aux crimes de haine varie considérablement. La Tunisie a été le premier pays de la région de l'Afrique du Nord et du Moyen-Orient (région MENA) à promulguer une loi qui pénalise la discrimination raciale⁽⁷²⁾, y compris « l'incitation à la haine, à la violence et à la ségrégation, à la séparation, à l'exclusion ou la menace de le faire à l'encontre de toute personne ou groupe de personnes fondé sur la discrimination raciale » (article 9 de la loi organique n° 2018-50 du 23 octobre 2018 relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale).

Dans un précédent, le Tribunal de grande instance de Sfax a condamné en février 2019 une femme qui a agressé un enseignant et l'a qualifié de propos racistes à cause de la couleur de sa peau, en exécution de la loi. Il s'agit de la première condamnation en Tunisie fondée sur cette loi.

En Algérie, la loi n° 20-05 du 28 avril 2020 relative à la prévention et à la lutte contre la discrimination et le discours de haine incrimine la discrimination et le discours de haine (article 30 et suivants).

Il est important à cet égard de faire la distinction entre le délit de diffamation et le délit de l'incitation à la haine. L'incitation à la haine concerne des propos haineux ou violents, mais sans accusation précise. Au contraire, le fait d'accuser un groupe ou une personne d'un fait précis portant atteinte à leur honneur (le non-respect de la loi par exemple) est un cas de diffamation. Par exemple, si on accuse tel groupe ethnique de fraude sociale, c'est un cas de diffamation raciste et non une incitation à la haine raciale⁽⁷³⁾.

Comme l'a précisé la Cour de cassation française (Chambre criminelle, n° 1824 du 15 octobre 2019), l'arrêt « énonce que le délit de diffamation aggravée vise à protéger l'honneur et la considération d'une personne ou d'un groupe de personnes, tandis que le délit de provocation à la haine, à la discrimination et à la violence a pour objet de préserver une

⁽⁷²⁾<https://www.arab-reform.net/fr/publication/une-loi-contre-les-discriminations-raciales-en-tunisie-bilan-en-demi-teinte-dune-loi-pionniere/>

⁽⁷³⁾<https://www.demarches.interieur.gouv.fr/particuliers/incitation-haine-violence-discrimination-raciale>

valeur sociale et la paix civile, de sorte que les deux délits, qui ne sont pas incompatibles entre eux, visent la protection d'intérêts distincts » ; « en prononçant ainsi, et dès lors que, ces deux infractions visées à la prévention ne comportant pas d'éléments constitutifs inconciliables entre eux, il n'a pu résulter de cette qualification cumulative aucune incertitude dans l'esprit du prévenu quant à l'étendue de la poursuite, la cour d'appel a fait une exacte application du texte... ».

Quant à la violation des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 29, alinéa 1^{er}, et 32, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et « pour confirmer le jugement s'agissant du délit de diffamation publique raciale, l'arrêt énonce que la couverture incriminée, qui associe notamment les mots « juifs » et « escrocs », mais qui doit se comprendre dans sa totalité, ne vise pas seulement des « escrocs juifs », mais, par la généralisation qui résulte de la composition de la page, vise l'ensemble des Juifs auxquels elle impute de s'enrichir de manière illégale au détriment des personnes non-juives, ce qui constitue un fait susceptible de preuve et attentatoire à l'honneur puisque pénalement répréhensible ».

L'incitation à la haine se différencie également de l'injure ; l'auteur de l'injure vise en effet à blesser la cible de ses propos par son seul fait. À l'inverse, l'auteur d'une incitation à la haine cherche non seulement à convaincre les témoins de ses propos, mais aussi à les pousser à agir ; par exemple, si on dénigre un groupe religieux et qu'on invite d'autres internautes à commettre des actes violents contre eux.

D'une manière incontestable, les tribunaux accordent une importance au contenu du discours ; Il en est le cas de l'arrêt de la Cour de cassation égyptienne (n° 39725 du 24 février 2018) selon lequel il ne suffit pas d'avancer la preuve d'un discours général sans préciser les propos incitant à la violence⁽⁷⁴⁾.

Pour la Cour de cassation française (Chambre criminelle, arrêt n° 104 du 1^{er} février 2017)⁽⁷⁵⁾, « en prononçant ainsi lors d'une réunion publique », le maire de la commune a tenu les propos suivants : « les Roms piquent des câbles électriques et après ils les brûlent pour récupérer le cuivre et ils se sont mis à eux-mêmes le feu dans leurs propres caravanes. Ce qui est presque dommage, c'est qu'on ait appelé trop tôt les secours ! ...les Roms, c'est un cauchemar... » ; la Cour d'appel a justifié sa décision, dès lors qu'elle a relevé, à bon droit, que les éléments constitutifs du délit prévu par l'article 24, alinéa 8, devenu l'alinéa 7, de la loi du

⁽⁷⁴⁾https://www.cc.gov.eg/criminal_judgments.

⁽⁷⁵⁾On note qu'en France, l'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination raciale est une infraction punie par la loi. Cette infraction constitue un délit, si l'incitation est publique, et une contravention si l'incitation est privée.

29 juillet 1881 étaient réunis et que l'exercice de la liberté d'expression, proclamée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, peut être soumis à des restrictions ou sanctions qui constituent, comme en l'espèce, des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la protection des droits d'autrui.

Pour confirmer le jugement entrepris, l'arrêt retient que les faits ont été commis par un homme politique, maire d'une commune depuis treize ans, dont la mission est avant tout d'assurer la sécurité de l'ensemble des personnes sur sa commune ; les juges ajoutent que, compte tenu de la personnalité du prévenu et de la gravité des faits qui lui sont reprochés, une peine complémentaire d'inéligibilité pour une durée d'un an lui est infligée ; ils ont apprécié le caractère proportionné de l'atteinte portée au principe de la liberté d'expression défini par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour européenne, et par conséquent la Cour d'appel a justifié sa décision.

Quant au Conseil d'État français (n° 451743, Juge des référés, formation collégiale, 3 mai 2021)⁽⁷⁶⁾, il a rejeté la requête de l'association « Génération identitaire » d'ordonner la suspension de l'exécution du décret du Président de la République portant dissolution de l'association ; il considère qu'il ressort de la motivation du décret litigieux que, pour prononcer la dissolution, l'auteur du décret s'est fondé, sur le fait que l'association promouvait une idéologie provoquant à la haine, à la violence et à la discrimination des individus à raison de leur origine, de leur race ou de leur religion, et sur ce qu'elle employait dans sa communication comme dans son organisation, une symbolique et une rhétorique martiales, l'identifiant implicitement ou explicitement à une formation paramilitaire (§ 7).

En effet, l'association « Génération identitaire » a pour objet « la défense et la promotion des identités locales, régionales, française et européenne (...) ». Cette association, sous couvert de contribuer, selon ses dires, au débat public sur l'immigration et de lutte contre le terrorisme islamiste, propage, depuis plusieurs années, des idées, par ses dirigeants, ses structures locales et ses militants tendant à justifier ou encourager la discrimination, la haine ou la violence envers les étrangers et la religion musulmane⁽⁷⁷⁾ (§ 10).

Par ailleurs, l'association souhaite « entrer en guerre », utilise une imagerie et une

⁽⁷⁶⁾<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-05-03/451743>.

⁽⁷⁷⁾Il en va ainsi notamment des slogans, messages ou prises de position tels que « Immigration, Racaille, Islamisation-Reconquête - Génération identitaire » ou encore des termes du « Pacte » que les sympathisants sont invités à signer. L'association organise en outre des événements créant ou entretenant des sentiments xénophobes ou racistes comme l'occupation du toit de la Caisse d'allocations familiales de Bobigny en mars 2019, sur laquelle a été déployée une banderole portant le slogan « de l'argent pour les Français pas pour les étrangers » et incite régulièrement à l'occasion de faits divers à la violence en désignant les étrangers à la vindicte.

rhétorique guerrières, organise des camps d'été au cours desquels des exercices de combat sont proposés et des actions imitant l'action des forces de l'ordre et leurs uniformes en mettant en œuvre des moyens similaires en vue de faire constater leurs prétendues défaillances et d'apparaître comme un recours (§ 11).

Par suite, les moyens tirés de ce que la dissolution de l'association reposerait sur des faits matériellement inexacts et des erreurs de qualification juridique ne sont pas de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du décret (§ 12). Il en va de même de ceux tirés de la disproportion de la mesure et de la méconnaissance des stipulations des articles 10 et 11 de la Convention européenne, eu égard au nombre et à la gravité des faits relevés et à la gravité des dangers pour l'ordre public et la sécurité publique résultant des activités de l'association (§ 13).

La décision du Conseil d'État (n° 445774, Juge des référés, formation collégiale, 25 novembre 2020)⁽⁷⁸⁾ s'inscrit dans le même sens ; l'association « Barakacity » a demandé au juge des référés du Conseil d'État d'ordonner la suspension de l'exécution du décret du 28 octobre 2020 en tant qu'il entraîne la dissolution administrative de l'association.

Il ressort de la motivation du décret litigieux que, pour prononcer la dissolution, l'auteur du décret s'est fondé d'une part sur le fait que les messages publiés sur les comptes des réseaux sociaux de l'association et de son président ainsi que les commentaires qu'ils suscitaient provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence, d'autre part que les prises de position du président de l'association révélaient l'existence d'agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme (§ 7).

Si ces messages traduisent depuis plusieurs années des positions polémiques sur des questions comme le conflit israélo-palestinien, la situation des Rohingyas en Birmanie, la situation politique en France ou encore les préceptes de l'Islam, ils ne peuvent par eux-mêmes, alors même qu'ils seraient sans rapport avec l'objet humanitaire de l'association, être regardés comme entrant dans le champ des dispositions de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure. Toutefois, d'une part, dans la période récente, certaines de ces prises de position comme celles émises en marge des procès de l'attentat de Christchurch, glorifiant la mort en martyr, ou de l'attentat contre le journal Charlie Hebdo appelant de ses vœux des châtiments sur les victimes ou encore exposant à la vindicte publique, des personnes nommément désignées en désaccord avec ses idées, incitent à la haine et à la violence. D'autre part, ces prises de position ont elles-mêmes suscité de nombreux commentaires antisémites, haineux, incitant à la violence et au meurtre que l'auteur du décret a pu prendre en compte

⁽⁷⁸⁾<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-25/445774>.

afin d'établir le caractère provocateur des propos diffusés dès lors que l'association se borne à produire de rares et anciennes mises en garde aux internautes, ne faisant état d'aucune action récente visant à la suppression de ces commentaires. Ne sont, par suite, pas de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du décret les moyens tirés de ce que l'auteur du décret aurait commis une erreur de droit et inexactement apprécié ces faits en voyant dans ces messages et ces commentaires des discours et des faits provoquant à la discrimination, à la haine ou à la violence ou les justifiant, de nature à permettre la dissolution de l'association sur le fondement de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure, sans que cela fasse obstacle l'objet social de l'association (§ 12).

Conclusion

La liberté d'expression constitue un droit fondamental ; elle n'est pourtant pas absolue, il est nécessaire de trouver un équilibre entre ce droit et ses limitations ou restrictions qui doivent obéir à des paramètres strictement définis par la loi ; pour l'essentiel la jurisprudence s'articule autour de critères bien préétablis.

La forte présence des discours de haine dans toutes les régions du monde continue de constituer un défi de taille pour les droits de l'Homme. La bonne application des législations nationales ainsi que du Droit international dans son ensemble constitue le meilleur espoir d'une société libérée de la haine et de l'intolérance⁽⁷⁹⁾.

Sans préjudice des autres mesures qui peuvent être prises, une législation complète (civile, administrative et pénale) contre la discrimination est absolument indispensable pour combattre efficacement les discours de haine⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾Dans ce sens, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 35, § 46.

⁽⁸⁰⁾Ibid., § 9.