

L'EUROPE FACE AU(X) DISCOURS DE HAINE

Charlotte Denizeau

I. LES FONDEMENTS COMMUNS DE LA LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE

- A. LES IDEAUX ET PRINCIPES COMMUNS
 - 1°) *Les idéaux de paix et de justice en Europe*
 - 2°) *Le principe d'égalité et de non-discrimination*
- B. LA LUTTE CONTRE LE RACISME ET LA XENOPHOBIE
 - 1°) *Une problématique ancienne*
 - 2°) *Une problématique persistante et renouvelée*

II. LES OUTILS CONVERGENTS DE LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE

- A. LES INSTRUMENTS NORMATIFS COMPLEMENTAIRES
 - 1°) *Les textes d'orientation et de suivi*
 - 2°) *Les textes à visée répressive*
- B. LES LEVIERS JURISPRUDENTIELS
 - 1°) *La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine*
 - a) La définition du discours de haine par la Cour
 - b) L'article 17: l'abus de droit
 - c) L'article 10 §2: les ingérences tolérées
 - 2°) *La Cour de justice de l'Union européenne face au discours de haine*

III. L'EFFECTIVITE RELATIVE DE LA LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE

- A. LE BILAN DE L'ACTION EUROPEENNE EN MATIERE DE LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE
 - 1°) *Portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*
 - 2°) *Résultats de l'action de l'Union européenne*
- B. LES INSUFFISANCES DES DISPOSITIFS DE LUTTE CONTRE LA CYBERHAINE
 - 1°) *Les carences de la jurisprudence de la Cour européenne*
 - 2°) *La nécessité de prévoir la pénalisation des hébergeurs*

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES ET ETUDES
OUVRAGES
RAPPORTS, DISCOURS ET ENTRETIENS

« Des ministres d'État noirs comparés à des singes ; un maire centriste déclarant en public qu'Hitler n'a peut-être pas tué assez de gens du voyage ; des députés déclarant que les sionistes ont financé et organisé l'Holocauste ; la désignation des Roms, des demandeurs d'asile, des réfugiés, des migrants et des personnes issues de minorités ethniques et religieuses comme boucs émissaires pour les maux de la société ; des meurtres motivés par des considérations racistes et extrémistes ». Tels sont les faits listés par l'Agence européenne des droits fondamentaux, dans son rapport 2013, et ayant contribué à inscrire de nouveau le racisme, la xénophobie et l'intolérance à l'ordre du jour politique de l'Union européenne et de ses États membres en 2013, travail poursuivi en 2014 et 2015 (Rapport 2013 annuel FRA 2013 : 165).

S'ajoutent à ce recensement, et pour s'en tenir à quelques faits datant de ce début d'année 2015, les propos médiatisés, antisémites et réitérés de l'humoriste Dieudonné, régulièrement condamnés par les juridictions pénales françaises (*Le Monde*, 19 mars 2015), la multiplication des propos homophobes, racistes et islamophobes sur les comptes twitter et Facebook des candidats frontistes aux élections départementales françaises (*Le Figaro*, 20 mars 2015), la banalisation du discours xénophobe en Allemagne (*Le monde*, 6 janvier 2015), le grand meeting organisé, le 28 février 2015 à Rome, par l'extrême droite identitaire italienne - la Ligue du Nord-, rassemblant des néofascistes italiens, les néonazis grecs du parti Aube dorée et des militants anti-islam allemands du groupe Pegida, le Mouvement des Patriotes européens contre l'islamisation de l'Occident (*Le Figaro*, 5 mars 2015) ou encore la diffusion de la photo du leader de ce groupe Pegida, sur ses comptes Facebook et Twitter, grimé en Hitler, traitant les étrangers de « bétail » et de « bâtards » (*Le Monde*, 23 février 2015), enfin les propos de J.-M. Le Pen du 2 avril 2015 répétant dans les médias télévisés que les chambres à gaz sont un « détail de l'histoire » de la deuxième guerre mondiale (*Le Figaro*, 2 avril 2015).

Des mots aux actes, la frontière est ténue, fragile. Le discours de haine devient crime de haine lorsqu'il se concrétise en gestes. En ce début d'année 2015, l'Europe offre déjà un triste bilan, endeuillée par les attentats terroristes de Paris et de Copenhague visant directement la liberté d'expression et des caricaturistes, ciblant des juifs, meurtrie par la multiplication des actes islamophobes (*Libération*, 23 janvier 2015 ; *Le Figaro*, 17 février 2015), antisémites (*Le Monde*, 28 janvier 2015), par la profanation méthodique d'un cimetière juif (*Le Monde*, 18 février 2015).

En 2001, R. Badinter écrivait que « racisme et xénophobie sont toujours présents, même s'ils se dérobent sous des masques hypocrites et qu'ils suscitent toujours discours, provocations et violences parfois meurtrières » (Badinter, 2001 : 269). En 2015, cette assertion ne s'est pas démentie. La situation s'est même dégradée.

Car ce bilan exprimé en 2001 est aggravé aujourd'hui par l'existence et les progrès d'Internet, nouveau facteur technologique facilitateur et redoutable. La vitesse et l'immédiateté de la propagation du discours de haine s'appuient sur les nouvelles technologies. Jouissant d'une quasi-impunité, les comptes Twitter ou Facebook, ou les commentaires ouverts sous des articles de presse en ligne, deviennent le déversoir d'un flot de propos injurieux, racistes et haineux, que ces propos soient assumés par leurs auteurs ou protégés par l'anonymat. Internet est devenu le premier vecteur de la haine et de la discrimination ; cette « cyberhaine » est le principal fléau contre lequel les autorités doivent lutter, avec des moyens technologiques, souvent dépassés ou inefficaces et une législation inadaptée ou vite obsolète.

Quelques recherches rapides permettent de voir que les Institutions européennes, tant de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe, ont une conscience aiguë de la résurgence, comme de la violence des discours de haine et de l'impérieuse nécessité de les combattre, pour préserver la paix et la démocratie sur le continent européen.

Pour ne citer que quelques exemples, la page d'accueil du site de l'Agence européenne des droits fondamentaux présente une communication du 20 mars 2015 faite par les trois présidents des Institutions européennes de protection des droits fondamentaux prenant une position ferme pour la lutte contre le discours de haine (<http://fra.europa.eu/fr/press-release/2015/il-faut-renforcer-les-valeurs-menacees-par-le-discours-de-haine>). Sur le site du Conseil de l'Europe, une fiche thématique, mise à jour en décembre 2014, est consacrée au discours de haine ; un *Manuel sur le discours de haine* rédigé en 2008 à la demande du Conseil de l'Europe, est accessible en ligne. Plus encore, le Conseil de l'Europe a ouvert une page consacrée spécifiquement à la dénonciation des discours de haine (www.mouvementnonalabaine.org promouvant une campagne de la jeunesse du Conseil de l'Europe contre le discours de haine en ligne par l'éducation pour les droits de l'homme). Concernant la France, Nils Muiznieks, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, observait la prégnance de ces discours soulignant, en janvier 2015, que « *certains discours de haine ont une résonance particulière, parce qu'ils ciblent une autorité publique ou parce qu'ils font écho à des précédents historiques dramatiques* » (Rapport 2015 CommDH(2015)1).

Dès lors, il est incontestable les Institutions européennes ont pleinement conscience de la prolifération de ces discours de haine et se mobilisent pour les contrer. Ce faisant, elles sont confrontées à la problématique récurrente qui est celle de savoir si les auteurs de ces propos peuvent se prévaloir de la liberté d'expression, solidement protégée et garantie en droit européen, tant par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour comprendre les enjeux de ce débat, il convient préalablement de circonscrire le discours de haine, pour ensuite le mettre en perspective avec l'étendue de la protection de la liberté d'expression.

La préoccupation du discours de haine n'est pas nouvelle. Sa définition a été posée, il y a presque 20 ans. En 1997, dans une recommandation, le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe énonçait que « *le terme 'discours de haine' doit être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration* » (Recommandation 97(20) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le discours de haine). Le terme discours de haine sert ainsi à désigner un large spectre de discours très dévalorisants, allant de la haine et de l'incitation à la haine raciale, ethnique, religieuse, sexuelle, jusqu'à l'insulte et à la diffamation, en passant par des formes exacerbées de préjugés et de prévention (McGonagle, 2013 : 5). C'est pourquoi l'on peut facilement évoquer la lutte contre les discours de haine car ceux-ci sont pluriels et multifformes. Si on utilise le singulier pour les nommer, c'est parce qu'ils ont comme caractéristique commune d'inciter à la haine. Ils s'agrègent autour de ce noyau dur consistant à exhorter à la haine et à la violence.

Le 20 mars 2015, le chef du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE (Organisation pour la coopération et la sécurité en Europe) déclarait que « *le discours de haine est une forme extrême d'intolérance et contribue aux infractions inspirées par la haine. Il peut, si l'on ne prend pas de mesures pour y remédier, déboucher sur des actes de violence et des conflits à plus grande échelle* » (Déclaration précitée).

Dès lors, le(s) discours de haine apparaît(ssen)t comme antithétique(s) avec les valeurs de l'Europe, avec l'idéal de paix et de cohésion sociale, à rebours et en contradiction avec ce qui constitue intrinsèquement l'Europe du Conseil et de l'Europe et de l'Union européenne. Ces

deux Europe(s) se sont construites en réaction contre les crimes fascistes, qui, avant d'être perpétrés, étaient inscrits dans les discours idéologiques.

En parallèle, se dresse la liberté d'expression, définie par la Cour européenne dans le très célèbre arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, le 7 décembre 1976. Cette liberté constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle « **vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique"** » (§49).

Incontestablement, le propos haineux est un discours qui heurte, qui choque et inquiète l'État et ceux qu'il vise. Pour autant, bénéficie-t-il de la protection de l'article 10 de la Convention ?

Ici se cristallise la problématique. En Europe, à la différence des États-Unis, la réponse est intuitivement négative. Le discours de haine peut faire l'objet d'une ingérence étatique comme l'y autorise le deuxième paragraphe de l'article 10. En 2006, la Cour apporte la précision suivante : 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* » (CEDH, 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, 59405/00, § 56 et *Gündüz contre Turquie*, n° 35071/97, § 40). Simultanément, pour les propos les plus extrêmes, visant à détruire les droits fondamentaux et la démocratie, la Cour européenne, sur le fondement de l'article 17 de la Convention, refuse, parce que constitutive d'un abus de droit, l'invocation de la protection de l'article 10 et rejette les pourvois comme infondés.

Arrivée à un constat similaire sur la résurgence et la prégnance des discours de haine, l'Union européenne a pris une position tranchée : elle a fait le choix d'obliger les États à condamner pénalement les auteurs de propos haineux et xénophobes. Le Conseil de l'Union a adopté, après 7 ans de négociation, la décision-cadre du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (Décision-Cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008). Début 2014, la Commission a examiné la mise en œuvre de cette décision-cadre pour déplorer des résultats décevants (COM(2014) 27 final).

Malgré l'existence de ces dispositifs juridiques qui offrent incontestablement une protection contre le racisme et les formes d'intolérance qui y sont liées, les minorités ethniques et religieuses en Europe continuent d'être confrontées au racisme, à la discrimination, à l'exclusion et aux violences verbales et, par suite, souvent physiques.

Il convient dès lors de se demander si ces dispositifs sont suffisants et adaptés ? A l'aune du double dispositif européen (Conseil de l'Europe et Union européenne), parvient-on à lutter contre la propagation des discours de haine ; les juges ont-ils les moyens de contrer et réprimer les auteurs de propos haineux et discriminatoires ? La pénalisation est-elle la solution ? A-t-on mis en place les bons outils pour s'attaquer à la cyberhaine ?

Autant de questions préoccupantes dans une Europe tourmentée par ses démons et menacées par les extrémismes. Répondre à ces questions implique d'analyser tout d'abord les **fondements** de la lutte contre le discours de haine en Europe (**I**), puis **les leviers et instruments mis en place** (**II**), afin que soit mesurée *in fine* **l'effectivité** de ces dispositifs (**III**).

I. LES FONDEMENTS COMMUNS DE LA LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE

Parce que la parole précède les actes, la lutte contre le discours de haine par les instances européennes, vise à éradiquer, à contrer la haine à sa source. Empêcher sa prolifération, c'est empêcher, ou au moins prévenir, la perpétuation d'actes criminels fondés sur ces doctrines. Cette mission se trouve en germe dans les bases mêmes de la construction des deux ordres juridiques européen (A) et partant le combat général contre le racisme et la xénophobie est le socle de la lutte contre le discours de haine (B).

A. LES IDEAUX ET PRINCIPES COMMUNS

Le racisme, qui consiste à considérer qu'une race est supérieure à une autre, prône une hostilité violente envers un groupe racial identifié. Dans le cadre de sa Recommandation de politique générale n° 7, l'ECRI (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, créée en 1993) définit le racisme comme « *la croyance qu'un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes* ». La xénophobie désigne des sentiments systématiques de crainte, d'hostilité, voire de haine envers l'étranger, perçu comme une menace pour l'équilibre de vie et donc comme un ennemi.

Ces deux idéologies heurtent les idéaux de paix et de justice en Europe et contredisent les principes démocratiques cardinaux que sont l'égalité et la non-discrimination.

1°) L'idéal de paix et de justice en Europe

Les idéaux de paix durable et de justice qui sont la base des projets européens justifient la lutte contre le discours de haine. Ce discours est le terreau des crimes haineux ; il déshumanise ses cibles. Il justifie les sévices, la violence et les crimes odieux que sont les génocides et le nettoyage ethnique. Les crimes de haine ont pour caractéristique commune d'être aiguillonnés par la haine d'un groupe identifiable, elle-même motivée par des préjugés. Primo Levi écrivait : « *Beaucoup d'entre nous, individus ou peuples, sont à la merci de cette idée, consciente ou inconsciente, que " l'étranger c'est l'ennemi " . Le plus souvent, cette conviction sommeille dans les esprits, comme une infection latente ; elle ne se manifeste que par des actes isolés, sans lien entre eux, elles ne fondent pas un système. Mais lorsque cela se produit, lorsque le dogme informulé est promu au rang de prémisse majeure d'un syllogisme, alors, au bout de la chaîne logique, il y a le Lager ; c'est-à-dire le produit d'une conception du monde poussée à ses plus extrêmes conséquences avec une cohérence rigoureuse* ». (Levi, 1958 : 9). Depuis trois décennies, l'élément fédérateur de la nouvelle extrême droite européenne s'enracine dans la xénophobie, déclinée comme un rejet violent des immigrés (A. Hettlage-Vargas, R. Hettlage, 1994).

C'est à l'aune de ces propos liminaires que peuvent être relus les Préambules des traités européens, rédigés au sortir de la deuxième guerre mondiale : les Etats soulignaient être « *Persuadés que la consolidation de la paix fondée sur la justice et la coopération internationale est d'un intérêt vital pour la préservation de la société humaine et de la civilisation* » (Alinéa 2 du Préambule du statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949), énonçant que « *le but du Conseil de l'Europe est de réaliser*

une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social » (Article 1er du statut du conseil de l'Europe).

Dans le préambule du traité de Paris, instituant la CECA, le 18 avril 1951, les Etats se présentaient convaincus que la paix mondiale ne pouvait être « *sauvegardée que par des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menace* » et que la contribution qu'une Europe organisée et vivante pouvait « *apporter à la civilisation est indispensable au maintien des relations pacifiques* », l'idée étant que des réalisations concrètes allaient d'abord créer une « *solidarité de fait* ». Six années plus tard, dans le préambule du traité de Rome en 1957, les Etats fondateurs décidaient de créer une Communauté économique européenne, « *déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens, décidés à assurer par une action commune le progrès économique et social de leurs pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe, (...) résolus à affermir, par la constitution de cet ensemble de ressources, les sauvegardes de la paix et de la liberté, et appelant les autres peuples de l'Europe qui partagent leur idéal à s'associer à leur effort* ».

Paix, liberté, justice, démocratie, progrès, union sans cesse plus étroite entre les peuples : ces valeurs et idéaux, dénominateurs communs de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne sont incompatibles et inconciliables avec les discours de haine qui visent précisément à les dénier et les récuser. « *N'oublions pas* » s'écriait D. Spielman « *que la Convention est née sur les décombres du nazisme et du totalitarisme. Ce que ses auteurs ont voulu, c'est établir un cadre institutionnel fondé sur les valeurs démocratiques, (...), pour vaincre l'extrémisme qui avait failli mener l'Europe et le monde à leur perte* » (Spielman 2013).

2°) Le principe d'égalité et de non-discrimination

A ce premier motif dirimant d'opposition, s'en ajoute un second qui tient à la place de l'individu dans la société européenne. Le droit du Conseil de l'Europe comme celui de l'Union européenne ont posé comme fondamental le principe de non-discrimination, à raison de la race, des origines, de la religion, de l'appartenance à une minorité. Qu'il s'agisse de l'article 14 de la Convention (« *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ») qui s'articule avec les autres droits qu'elle protège (Sudre et Surrel, 2008 ; Picheral, 2001), du Protocole 12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme (entré en vigueur le 1^{er} avril 2005) qui pose une clause générale d'interdiction de la discrimination, ou enfin du principe de non-discrimination, principe pivot de la libre circulation et fondement de la citoyenneté européenne. En ce sens, le racisme apparaît comme radicalement antinomique avec le principe de la libre circulation des travailleurs et avec l'idée même de marché unique.

Corrélatif du principe de non-discrimination, le postulat de l'égalité de tous les individus est au cœur des systèmes philosophiques, politiques et juridiques des démocraties du Conseil de l'Europe. Le principe d'égalité est posé et protégé dans tous les ordres constitutionnels des Etats membres (Ringelheim, 2015) ; il en résulte qu'« *aucun trait distinctif individuel ne saurait justifier une différence de traitement* » (C. Haguenau-Moizard, 1999 : 349).

Or la haine, fondée sur la volonté de stigmatiser l'autre, est « *un sentiment de violente animosité, une hostilité violente, un ressentiment* » (A. Camillieri, 1999 : 513). Partant l'incitation à la haine, c'est-à-dire tout acte, attitude, ou comportement qui exhorte à la haine d'autrui, à la haine raciale ou xénophobe, se révèle absolument antinomique avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

B. LA LUTTE CONTRE LE RACISME ET LA XENOPHOBIE

Les discours de haine, visant l'incitation à la haine, ne sont rien d'autres que l'expression d'idées racistes, antisémites et xénophobes. Dès lors, c'est d'abord la lutte contre ces maux qui justifie l'existence des dispositifs visant à contrer contre les discours de haine.

1°) Une problématique ancienne

a. La résurgence du racisme dans les années 1990

C'est à la fin des années 1980- début 1990, que les observateurs constatent une résurgence du racisme et de la xénophobie. A cette période, plusieurs travaux doctrinaux étudient le phénomène (Wieviorka, 1994 ; CNDH, 1994). R. Miles souligne en 1990 que les références à un « *nouveau racisme ou à un « néo-racisme » sont devenues de plus en plus commune* » à la fin des années 1980 (Miles, 1992 :109 ; Taguieff, 185 : 69). En 2001, un numéro spécial de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* est consacré à la résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe (P. Lambert, 2001 : 271).

Comment s'explique cette résurgence ? Les études ont montré qu'elles sont multifactorielles. Elles sont d'abord liées à la dégradation de la situation économique et sociale ; la hausse du chômage et de la pauvreté a un effet presque automatique sur l'accroissement des propos et actes racistes. La crise économique et la paupérisation d'une partie de la société conduisent ceux qui en souffrent à chercher des bouc-émissaires, souvent incarnés par l'étranger, par l'autre. La société tend alors à se diviser en deux catégories sociales, qui pour des raisons différentes peuvent être amenées à avoir des réflexes xénophobes. D'une part les classes moyennes-supérieures par souci de préserver leurs acquis et de l'autre les défavorisés qui stigmatisent l'étranger, l'immigré comme le responsable de leur situation dégradée.

Ensuite la fin du *Welfare state* a aggravé la situation. Les crises économiques conduisent la puissance publique à se désengager de certaines politiques publiques, à diminuer les aides sociales, à réglementer plus sévèrement leur distribution. Ces restrictions budgétaires suscitent un sentiment de frustration dans la population lequel génère des réactions de rejet envers les populations immigrées.

Par ailleurs, le multiculturalisme ethnique, social et religieux engendré par l'immigration suscite des tensions entre les communautés. La difficulté de « penser l'Europe » écrivait E. Morin, « *c'est d'abord cette difficulté de penser l'un dans le multiple, le multiple dans l'un : l'unitas multiplex* » (E. Morin, 1987 : 27).

Enfin, la construction européenne, elle-même, a généré des sentiments de replis identitaires (J.-C. Kauffman, 2015) et de rejet. C. Haguenau note que « *les craintes suscitées par la construction européenne, la quête de repères entraînent une montée en puissance des identités nationales. Dans cette perspective, les immigrés sont de plus en plus perçus comme inassimilables et subissent des réactions de rejet* » (Haguenau, 1999 : 348). On se souvient de la crainte du plombier polonais, stigmatisé au moment des débats sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Aujourd'hui, ce sont les Bulgares, les Roms qui cristallisent sur le territoire de l'Union européenne la xénophobie, provoquant une peur irraisonnée et hostile (D.-L. Tehindrazanarivelo, 2009 et <http://fra.europa.eu/fr/theme/roms>).

b. Les prémices de la lutte contre le discours de haine en Europe: les textes généraux de lutte contre le racisme et les discriminations.

Si l'on cherche à dater les premiers textes de lutte contre le discours de haine, on observe qu'ils sont apparus après les textes de lutte contre le racisme et la discrimination. Ces derniers

les ont précédés dans ces années 1980-1990 ; ils en sont à la fois les prémices et les fondements.

On observera sans mal que, depuis plusieurs décennies, **le Conseil de l'Europe** a érigé la lutte contre le racisme et la xénophobie en objectif prioritaire de son action. C'est la **Déclaration de Vienne du 9 octobre 1993** qui a sonné l'alarme et dénoncé la résurgence du racisme, de la xénophobie et de l'antisémitisme, ainsi le développement d'un climat d'intolérance. Cette déclaration contient un engagement pour agir contre toutes les idéologiques, les politiques et les pratiques incitant à la haine raciale, à la violence et à la discrimination, ainsi que contre tout acte ou langage de nature à renforcer les craintes et les tensions entre groupes d'appartenance raciale, ethnique, nationale, religieuse ou sociale différentes.

Par cette même Déclaration, le Conseil des ministres a créé l'ECRI : la **Commission européenne contre le racisme et l'intolérance** dont la mission est de combattre le racisme et la discrimination raciale au niveau de la grande Europe et sous l'angle de la protection des droits de l'homme. L'ECRI élabore notamment des recommandations de politique générale adressées à tous les Etats membres fournissant des lignes directrices pour le développement de politiques et de stratégies nationales dans différents domaines. Elle publie également des rapports Etat par Etat sur les situations locales. Au fil des ans, les prérogatives de cette instance ont été étendues (voir en ce sens, la Résolution Res(2002)8 relative au statut de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance).

S'en est suivie une **Déclaration sur les médias dans une société démocratique**, adoptée à la 4^{ème} conférence ministérielle sur la politique des communications de masse à Prague les 7 et 8 décembre 1994. Ces deux textes annonçaient la Recommandation de 1997 luttant contre toutes les formes d'expression qui incitent à la haine raciale, à la xénophobie, à l'antisémitisme à et toutes formes d'intolérance, car elles minent la sécurité démocratique, la cohésion culturelle et le pluralisme (étudiée *infra*).

S'agissant de **l'Union européenne**, l'engagement a paru moins évident dans les premiers temps. Certes, il y a bien eu la Déclaration commune du Parlement, du Conseil, de la Commission du 11 juin 1986 dit Déclaration d'*Enrigenis* (JOCE 1986, C176/62), par laquelle les Etats énonçaient que le « *respect de la dignité de la personne humaine et l'élimination des manifestations de discrimination raciale font partie du patrimoine culturel et juridique commun de tous les Etats membres* ». Mais, comme l'a exposé J.-F. Flauss la Communauté a pu donner l'impression, jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, de mener une politique institutionnelle en ordre dispersé (Flauss, 2001 : 488). Cette politique a constitué un enjeu de pouvoir entre les institutions communautaires. Ainsi la maîtrise de la lutte contre le racisme a fait l'objet d'une « *intense compétition* » entre elles (Rosenberg, 1999 : 213). Le Parlement européen s'est montré désireux de conduire une action avec vigueur, quand le Conseil est resté sur des positions intergouvernementales prudentes. En atteste la résolution du 29 mai 1990 relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie (JOCE, C157, 27/6/1990) qui annihilait les mesures proposées par la Commission.

A compter de la **Déclaration relative à l'antisémitisme, le racisme et la xénophobie dans les conclusions de la présidence au sommet de Dublin 25 et 26 juin 1990**, la référence à la lutte contre la discrimination raciale devient récurrente lors de chaque réunion du Conseil européen. Mais les institutions continuaient à marcher en ordre dispersé.

Le changement s'opère en 1994 à l'occasion du Conseil européen de Corfou. A compter de cette date, il a été décidé de définir au niveau de l'Union **une stratégie globale de lutte contre le racisme et la xénophobie**. Une « *synergie entre le parlement et la Commission s'est*

développée pour mettre en avant le caractère impérieux d'une politique communautaire contre le racisme » (Flauss, 2001 : 489). Le parlement a soutenu la Commission, face à un Conseil parfois timide.

La déclaration d'*Evrigenis* est par la suite régulièrement citée et utilisée par le Conseil des ministres pour asseoir l'action de lutte contre le racisme. Dans les années 1990, les textes s'entassent. Le Conseil adopte des résolutions (*Résolution du 10 octobre 1995 sur la lutte contre le racisme et la xénophobie dans le domaine de l'emploi et de la vie professionnelle*, JOCE, 1995, C312/1 ; *résolution du 23 octobre 1995 sur les réponses des systèmes éducatifs aux problèmes du racisme et de la xénophobie*, JOCE, 1995, C308/140 ; *Résolution du 23 juin 1996 relative à l'Année européenne contre le racisme*, JOCE, 1996, C237/1 ; *Déclaration du Conseil et des Etats membres au sein du Conseil du 16 décembre 1997 concernant le respect des diversités et le combat contre le racisme et la xénophobie*, JOCE, 1996, C1), la Commission, soutenue par le Parlement, adopte des communications (*Communication du 13 décembre 1995 relative à la lutte contre le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme Com(95) 653* ; *Communication du 26 mars 1999 relative à la lutte contre le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme dans les pays candidats à l'adhésion (COM(99)256)*).

Comme l'explique J.-F. Flauss, cette divergence de vue entre les institutions explique que l'action normative de la Communauté et/ou de l'Union ait été durablement circonscrite à l'option de la *soft law* (Flauss, 2001 : 490). Sous le Traité de Maastricht, seuls deux textes décisifs sont adoptés : **l'action commune du 15 juin 1996 concernant l'action des Etats membres contre le racisme et la xénophobie** (JOCE, L151, 10/697, p. 1) et le règlement n°1035/97 du 2 juin 1997 portant création d'un **observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes** (remplacé en 2007 par l'Agence européenne des droits fondamentaux, la FRA).

L'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam permet de faire une avancée majeure avec l'article 13 CE qui autorise le Conseil, à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, « à prendre toutes les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination » fondée sur la race, l'origine ethnique...

Sur le fondement de cet article, le Conseil a adopté le 20 juin 2000 la **Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique (Directive 2000/43/CE)**. L'apport majeur de ce texte est d'offrir une protection juridictionnelle effective aux victimes de comportement racistes ou xénophobes, palliant ainsi les lacunes des systèmes étatiques.

Enfin l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne entrée en vigueur en 2009 avec le Traité de Lisbonne, interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

2°) Une problématique persistante et renouvelée

Si dans les années 1990, le racisme est réapparu avec force en Europe, trente ans plus tard le phénomène n'a pas été endigué. Le racisme et la xénophobie en tant que « *processus de construction symbolique de l'ennemi - inventé en tant que figure négative - visant à satisfaire une quête identitaire, un désir d'appartenance, un besoin de sécurité et de protection* » (Traverso, 2011 : n°9), n'ont pas reculé, loin s'en faut, notamment parce que les causes énoncées *supra* sont toujours présentes. La grave crise économique que connaît le continent européen depuis 2008 accroît les inégalités, aggrave le sentiment de rejet et provoque des réflexes identitaires et communautaires de repli. L'implantation durable des partis nationalistes ou d'extrême droite, dans tous les Etats membres de l'Union européenne, est à cet égard symptomatique.

Toutefois la problématique est renouvelée, dans la mesure où l'expression des idées haineuses, l'incitation à la haine, connaît un développement exponentiel en raison du nouveau support qu'est Internet. Celui-ci engendre une démultiplication du champ des possibles. Les risques de dommages sont beaucoup plus élevés que ceux suscités par la presse écrite, la radio ou la télévision. Car internet bénéficie à la fois de l'immédiateté, mais aussi de durabilité car les propos y sont écrits, tout ceci sans presque aucun contrôle éditorial. Les réseaux sociaux que sont Twitter et Facebook et les plateformes de mise en ligne de films (youtube et dailymotion) offrent des supports illimités pour la diffusion de propos incitant à la haine. A ce moment là, « *tout le monde peut s'improviser journaliste sur Internet et l'espace public se transforme et pose aussi la question du statut des groupes militants qui exercent les fonctions des journalistes sans pour autant respecter la déontologie professionnelle* » (Delmas-Marty, 2015 :15). Cette problématique appelle de nouvelles réponses car les outils traditionnels semblent inefficaces.

Indépendamment de ce nouveau phénomène, la prise de conscience des institutions européennes pour lutter contre le racisme et la xénophobie a rapidement été suivie par la nécessité de lutter en amont contre la diffusion des propos haineux et racistes, entendus comme des **incitations** à la haine, à la violence ou à la discrimination. L'incitation à la haine est un « *performatif par lequel le locuteur accomplit un certain acte de langage dont l'intention et l'effet sont la haine, la violence ou la discrimination* » (E. Delruelle, 2014). L'incitation à la haine écrivait A. Camillieri « *a pour outil principal le langage, l'écrit, ou le verbe qui sont autant d'outils permettant son expression dans nos sociétés démocratiques alors même qu'elle poursuit un but illégitime, immoral, illégal, radicalement contraire au respect de la dignité de la personne humaine* » (Camillieri, 2002 : 513).

Or, dans cette démarche, les instances européennes se sont retrouvées confrontées à une problématique juridique d'une autre nature. Le contexte du combat contre le discours de haine n'est pas le même que celui du combat contre les discriminations. Pour ce dernier, sont réprimées et combattues les inégalités et différences de traitement, en ce qu'elles sont attentatoires au principe d'égalité et de non-discrimination. S'agissant des propos haineux (racistes, antisémites, discriminatoires ou encore négationnistes), le postulat n'est pas l'interdiction *a priori* ; au contraire : le principe initial est la liberté d'expression, protégée tant par l'article 10 de la Convention européenne que par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Parce que la liberté d'expression est une liberté essentielle dans une société démocratique, parce qu'elle « *conditionne l'exercice de tout les autres droits* » (Delmas-Marty, Badinter, 2015 : 8), parce qu'elle nourrit le débat public et permet l'expression pluraliste des idées, le principe est que l'on doit pouvoir tout dire, sauf à répondre des abus de cette liberté : c'est-à-dire sauf si l'on profère des incitations à la haine. Ainsi les limitations de la liberté d'expression doivent nécessairement être justifiées et proportionnées au but poursuivi.

Pour ces motifs, la lutte contre le discours de haine est dénoncée par certains parce qu'elle est attentatoire à la liberté d'expression (Le Monde, 14 janvier 2015 ; Quirini, 2015 ; Seiller, 2014). C'est à l'aune de cette tension entre une vision axée sur la protection des valeurs européennes et une vision plus libérale, plus proche de la conception américaine, favorable à la liberté d'expression, que peuvent être analysés les outils mis en place par les Institutions européennes pour combattre le discours de haine.

II. LES OUTILS CONVERGENTS DE LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE

Les premiers instruments de lutte contre le discours de haine sont inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme : article 10 § 2 de la Convention qui prévoit les restrictions d'ordre public à la liberté d'expression et article 17 contre l'abus de droit ; ces deux articles

mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme constituent les **leviers jurisprudentiels** de son action pour endiguer le discours de haine (B). Mais il existe d'autres **instruments normatifs** émanant tant du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne visant, dans une démarche complémentaire, à prévenir et réprimer pénalement l'incitation orale ou écrite à la haine (A).

A. LES INSTRUMENTS NORMATIFS COMPLEMENTAIRES

Les instruments normatifs sont de deux ordres : on trouve tout d'abord des textes d'orientation et de suivi, dépourvu de caractère contraignant, principalement adopté par le Conseil de l'Europe et ensuite des textes adoptés par l'Union européenne à visée répressive, obligeant les États, notamment à mettre en place un dispositif pénal. Il est remarquable de souligner la complémentarité du dispositif, ainsi que le dialogue permanent, dans une démarche globale, entre le Conseil de l'Europe et les Institutions européennes en la matière, chaque texte renvoyant, au moins dans ses visas, aux travaux respectifs de chaque instance, qu'ils émanent du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne. Comme le soulignait la Cour européenne, dans l'arrêt du 9 mai 2000, « *dans les sociétés européennes multiculturelles d'aujourd'hui, l'éradication du racisme est devenu un objectif prioritaire pour tous les Etats contractants (voir notamment les déclarations adoptées à l'issue des sommets du Conseil de l'Europe de Vienne et Strasbourg)* » (*Sander c/ Royaume-Uni*, 34129/96, § 23).

1°) Les textes d'orientation et de suivi

C'est essentiellement par la voie de recommandations - non contraignantes - que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a défini une politique en matière de lutte contre le discours de haine.

Le premier texte fondateur est la **Recommandation (97)20 du Comité des ministres consacrée au « discours de haine »**, adoptée le 30 octobre 1997 lors de la 67^{ème} réunion des délégués des ministres. Il s'agit du premier texte du Conseil de l'Europe qui donne une définition du discours de haine (cf. *supra* en introduction). Il condamne tout type d'expression qui incite à la haine raciale, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toutes les formes d'intolérance. Le texte souligne que ces formes d'expression peuvent avoir un impact plus important et plus destructeur lorsqu'elles sont diffusées par le canal des médias. Toutefois, dans la lignée de l'arrêt *Jersild* de 1994 (*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, étudié *infra*), il est précisé que la pratique et le droit national doivent faire la distinction entre la responsabilité de l'auteur d'expressions de haine et celle des médias qui est de les diffuser, en raison de leur mission publique de communication des informations et des idées touchant à des questions d'intérêt général.

Le même jour, le Comité des ministres adopte la **recommandation (97)21 sur les médias et la promotion d'une culture de la tolérance**, qui énonce que les médias peuvent apporter une contribution positive à la lutte contre l'intolérance, en particulier lorsqu'ils encouragent dans la société une culture de la compréhension entre des groupes ethniques, culturels et religieux différents.

Enfin, adoptée le 12 février 2004, la **Déclaration du Comité des Ministres sur la liberté du discours politique dans les médias**, adoptée le 12 février 2004, souligne que la liberté du discours politique n'inclut pas la liberté d'exprimer des opinions racistes ou des opinions qui incitent à la haine, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toutes formes d'intolérance. Elle indique que la diffamation ou l'insulte par les médias ne doivent pas entraîner de peine de prison, sauf si cette peine est strictement nécessaire et proportionnée au regard de la gravité de la violation des droits ou de la réputation d'autrui, en particulier lorsque d'autres droits

fondamentaux ont été violés par des déclarations médiatiques diffamatoires ou insultantes.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe joue également un rôle actif : elle a adopté plusieurs textes destinés à fournir des orientations au Comité des Ministres, aux gouvernements et parlements nationaux. Dans la Résolution 1510(2006) sur **la liberté d'expression et le respect des croyances religieuses**, du 28 juin 2006, elle observe que la liberté d'expression, protégée à l'article 10 de la Convention, ne doit pas être restreinte pour satisfaire la sensibilité croissante de certains groupes religieux. Néanmoins, elle rappelle fermement que les discours incitant à la haine, à l'encontre de quelque groupe religieux que ce soit, ne sont pas compatibles avec les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention européenne, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme.

Par suite, dans la Recommandation 1805(2007) sur le **blasphème, les insultes à caractère religieux et l'incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion**, adoptée le 29 juin 2007, elle a affirmé la nécessité d'ériger en infraction pénale les déclarations qui appellent à la haine, à la discrimination ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse ou pour tout autre motif. Les législations nationales doivent sanctionner les discours sur les questions de religion, si ceux-ci troublent intentionnellement et gravement l'ordre public et appellent à la violence publique ou à la haine, la discrimination ou à la violence à l'encontre d'une personne ou d'un groupe de personnes.

Enfin, l'Assemblée parlementaire a saisi la **Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise**, organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles, créée en 1990) afin qu'elle rédige **un rapport préliminaire sur les législations nationales d'Europe relatives au blasphème, aux insultes à caractère religieux et à l'incitation à la haine religieuse**. Dans ce rapport daté des 16 et 17 mars 2007, la Commission estime que, dans une société démocratique, les groupes religieux doivent tolérer les critiques et les débats relatifs à leurs activités, à condition que ces critiques ne constituent pas des insultes délibérées et gratuites ou des discours de haine, ni une incitation à la perturbation de l'ordre public ou à la violence et à la discrimination à l'encontre des personnes adhérant à une religion. La Commission observe à cet égard que pratiquement tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté des lois de lutte contre l'incitation à la haine, qui englobent la haine au motif de la religion. Il en résulte que les Etats ont une législation à même de protéger tant la liberté d'expression que le droit au respect des croyances religieuses.

Au sein du Conseil de l'Europe, depuis plus de dix ans, des voix se sont élevées pour demander la pénalisation du discours de haine. Ainsi dans sa Recommandation de politique générale n°7 **sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale** (CRI(2003)8, adopté le 13 décembre 2002), l'ECRI a demandé aux Etats d'adopter **des dispositions de droit pénal** visant à lutter contre les expressions racistes. Au point 18 de la recommandation, il est indiqué :

« La loi doit ériger en infractions pénales les comportements suivants, s'ils sont intentionnels :

- a) **l'incitation publique à la violence, à la haine ou à la discrimination,**
- b) les **injures** ou la **diffamation** publiques ou
- c) les **menaces** à l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique
- d) l'expression publique, dans **un but raciste**, d'une **idéologie** qui prône la supériorité d'un ensemble de

personnes en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique, ou qui calomnie ou dénigre un tel ensemble de personnes ;

e) la négation, la minimisation grossière, la justification ou l'apologie publiques, dans un but raciste, de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre (...) »

L'ECRI insiste sur le fait que les dispositions pénales étatiques doivent prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, ainsi que des peines accessoires ou alternatives. La Commission observe à cet égard qu'il existe un consensus en Europe sur la nécessité de combattre les expressions racistes, notamment par le biais de dispositions pénales. Mais les Etats avancent très souvent des arguments invoquant la liberté d'expression pour justifier l'absence d'action, notamment au travers de mesures pénales, pour lutter contre les expressions racistes. Tout en rappelant que la liberté d'expression est un des piliers de la démocratie, elle souligne que l'exercice de la liberté d'expression doit être limité pour lutter contre le racisme, notamment au nom des droits et de la réputation d'autrui et dans le but de garantir la dignité humaine des victimes du racisme. De telles limitations doivent respecter les conditions posées par l'article 10 de la Convention européenne, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme.

Constatant que le discours raciste, loin de disparaître, s'était intensifié, au début des années 2000, en particulier dans le discours politique, l'ECRI a adopté le 17 mars 2005 une **Déclaration sur l'utilisation d'éléments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours politique** pour condamner l'utilisation de tels éléments dans le discours politique et juge que de tels discours « sont éthiquement inacceptables ». Enfin, à l'occasion de l'Euro 2008, l'ECRI a publié une **déclaration sur la lutte contre le racisme dans le football** le 13 mai 2008.

L'Union européenne a également adopté des actes non-contraignants, comme par exemple la **Résolution sur la liberté d'expression et le respect des convictions religieuses**, du 16 février 2006, par laquelle le Parlement européen a souligné « *que la liberté d'expression doit s'exercer dans les limites imposées par la loi et coexister avec la responsabilité et le respect des droits de l'homme, ainsi que des sentiments et des convictions religieux, que ceux-ci soient liés à la religion musulmane, chrétienne, juive ou à toute autre religion* ».

Ce faisant, ces textes dépourvus de portée contraignante ont une efficacité relative, ils servent à guider, orienter, éclairer l'Etat mais sans le contraindre. En particulier, le texte invitant à la pénalisation du discours de haine, reste une déclaration d'intention. L'Union européenne est venue pallier ce déficit d'effectivité en adoptant un texte contraignant pour les Etats (qui vise au moins les 28 membres de l'Union européenne, à défaut des 47 du Conseil de l'Europe).

2°) Les textes à visée répressive

« *Le choix d'une pénalisation croissante et plus effective se pose aujourd'hui face au racisme et à la xénophobie* » écrivait R. Badinter en 2001 (R. Badinter, 2001 : 269). La voie de la pénalisation a été choisie par le Conseil des ministres de l'Union européenne dans la Décision-Cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (Renauld, 2010 : 119). Sept ans de négociations ont été nécessaires pour adopter, à l'unanimité, ce texte, en raison de la disparité des traditions et des systèmes juridiques des Etats membres s'agissant de la protection de la liberté d'expression. Les Etats ont réussi à identifier assez d'éléments communs pour que soit définie une approche pénale à l'échelle de l'Union européenne et afin

qu'un même comportement soit érigé en infraction pénale. La finalité étant que les auteurs de ces infractions s'exposent à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives.

La décision cadre rappelle qu'elle doit être appliquée dans le respect des droits fondamentaux, (en particulier dans le respect de la liberté d'expression et d'association), tels qu'ils sont consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le texte définit une approche pénale commune de certaines formes de racisme et de xénophobie, plus précisément en ce qui concerne deux types d'infractions que sont discours de haine et crimes de haine motivés par le racisme et la xénophobie. S'agissant spécifiquement des discours de haine, il est énoncé que **les États doivent veiller à ce que les comportements intentionnels soient punissables, lorsqu'ils visent un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique.** Sont visés :

- l'incitation publique à la violence ou à la haine, par diffusion ou distribution publique d'écrits, d'images ou d'autres supports;
- l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale, ou des crimes définis à l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945, lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un tel groupe de personnes ou d'un ou plusieurs de ses membres.

En vertu de l'article 1er, § 2, de la décision-cadre, les États membres peuvent choisir de ne punir que le comportement qui est soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant.

Ce dispositif normatif présenté, reste à connaître les leviers jurisprudentiels de prévention du discours de haine.

B. LES LEVIERS JURISPRUDENTIELS

En matière de lutte contre le discours de haine, la Cour européenne joue un rôle déterminant. La Cour de justice de l'Union européenne, en raison de ses attributions et compétences juridictionnelles, joue un rôle secondaire.

1°) La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine

Pour lutter contre le discours de haine, la Cour s'appuie sur les deux instruments que sont l'article 17 relatif à l'abus de droit et l'article 10 §2 relatif aux ingérences autorisées pour limiter la liberté d'expression. L'article 17 de la Convention relatif à l'interdiction de l'abus de droit prévoit « *qu'aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

L'article 10 qui consacre la liberté d'expression, mérite d'être restitué intégralement. Il énonce que : « *1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société

démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

On pressent que le discours de haine, par sa nature même, ne peut bénéficier de la protection entourant la liberté d'expression et tombera nécessairement sous le coup de l'article 17 ou de l'article 10 §2. *« La difficulté est alors d'identifier le point à partir duquel la contestation, la critique ou le débat francs tournent au discours de haine, ou plus précisément à une forme de discours de haine. Car il est essentiel de bien faire la différence entre les divers types de discours de haine : ils varient en fonction de l'intention de l'auteur, de l'intensité de l'expression, de la gravité de l'impact, etc »* (Mc Gonagle, 2013 : 6).

a) La définition du discours de haine par la Cour

A la recherche du discours de haine, la Cour européenne ne s'arrête pas à la définition nationale ou même européenne, bien que celle-ci semble faire l'objet d'un consensus avec la formule posée depuis 1997 par le Comité des ministres (cf. introduction). La Cour ne se laisse pas enfermer dans des définitions nationales, cultivant une approche autonome des notions. Cette méthodologie, courante pour la Cour, trouve spécialement à s'appliquer concernant le discours de haine. Le juge européen retient donc une définition propre, qui est fluctuante, mouvante, voire instable, mais - à tout le moins - qui n'est pas figée.

Comme le disait D. Spielman en 2013, *« notre tâche n'est pas aisée, car il n'existe aucune définition universellement admise du discours de haine »*. Dès lors, la Cour *« tranche dans cette matière au cas par cas »*. Ce qui signifie qu'elle *« apprécie dans chaque affaire, le caractère nécessaire de l'expression publique »*. Elle se pose la question de savoir poursuit-il *« quelles sont les idées qui peuvent être exprimées dans la société démocratique et pluraliste (...). Certaines choquent, heurtent ou dérangent. Elles doivent néanmoins être protégées »*. En revanche, ce qu'elle sanctionne *« ce sont les formes d'expression qui incitent à la haine. C'est la réponse que la Cour apporte à la montée de l'extrémisme »* (Spielman, 2013 : 1). La Cour préfère ne pas donner une définition trop précise qui pourrait par la suite restreindre sa marge d'action face à un discours haineux d'un type nouveau (comme les discours homophobes : *Vejdeland et autres c. Suède*, 9 février 2012).

Le terme discours de haine apparaît pour la première fois dans quatre arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, rendus du 8 juillet 1999 (*Sürek c. Turquie* (no 1), § 62; *Sürek & Özdemir c. Turquie*, § 63; *Sürek c. Turquie*, § 60 et *Erdogdu & Ince c. Turquie*, § 54). Dans ces arrêts, la Cour conclut à l'existence d'un discours de haine (et à la non violation de l'article 10 par les autorités turques), alors que le requérant n'avait pas été condamné pour incitation à la haine, mais seulement pour *« propagande séparatiste »*, les tribunaux nationaux ayant estimé qu'il n'existait pas de motif de condamnation pour incitation à la haine. En tant que propriétaire d'une revue, il avait publié deux lettres, dans le courrier des lecteurs, critiquant de manière virulente les actions militaires des autorités dans le Sud-est de la Turquie. La Cour estime que *« s'il est vrai que le requérant ne s'est pas personnellement associé aux opinions exprimées dans les lettres, il n'en a pas moins fourni à leurs auteurs un support pour attiser la violence et la haine »* (§63). Étaient donc en jeu un discours de haine et l'apologie de la violence. Dans ce cadre, elle souligne *« devoirs et responsabilités »* qui accompagnent l'exercice du droit à la liberté d'expression de la part des professionnels des médias. Ceux-ci doivent être particulièrement vigilants à l'égard des publications haineuses, *« faute de quoi les médias risquent de devenir un support de diffusion de discours de haine et d'incitation à la violence »*.

Dans l'arrêt *Erbakan contre Turquie* (6 juillet 2006, § 56), elle s'approprie par une formule générale la définition du Comité des ministres de 1997 énonçant que la *« tolérance et le respect de l'égalité 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 (...) ».

Dès lors, c'est par l'analyse casuistique de la jurisprudence que se dessinent progressivement les contours de la définition du discours de haine par la Cour. Les arrêts présentés *infra* permettent d'observer que la Cour a identifié comme offensantes et contraires à la Convention un certain nombre de formes d'expression : c'est le racisme, l'antisémitisme, la xénophobie, toutes les formes de haine fondée sur l'intolérance, y compris celles qui s'expriment sous la forme d'un nationalisme agressif. Dans toutes les affaires, la Cour prend soin de faire la distinction entre, d'une part, le droit des personnes de s'exprimer librement même si cette expression peut choquer, heurter ou inquiéter, d'autre part, ce qui constitue une incitation réelle et sérieuse à l'extrémisme. Dans cette dernière situation, elle peut choisir d'avoir recours à l'article 17 pour rejeter la requête comme irrecevable ou d'appliquer l'article 10 §2 pour mesurer la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence étatique.

b) L'abus de droit (Article 17 Conv EDH): le discours de haine exclu de la protection de l'article 10

La Cour a une position claire : face à un discours clairement raciste, xénophobe ou négationniste, elle refuse l'application des garanties de l'article 10 (Oetheimer, 2007 : 65). L'article 17 de la Convention, très vite adopté lors des premiers travaux de l'Assemblée consultative du conseil de l'Europe (Le Mire, 1995 : 621), a mis en place un procédé qui vise à retirer à ceux qui renient et maltraitent les valeurs de la convention le droit d'invoquer à leur profit le droit à la liberté d'expression. Il ne fait aucun doute, écrit la Cour, que « *tout propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention se verrait soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10* » (*Seurot c. France*, décision sur la recevabilité du 18 mai 2004). Dans l'arrêt *Lawless contre Irlande* du 30 août 1958, la Cour énonçait qu'on ne peut invoquer les Conventions pour se livrer à une « *activité ou accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus par la convention* » (pt 7). Le but de l'article 17 est d'empêcher aux esprits totalitaristes et liberticides d'abuser de la Convention pour arriver à leurs fins. A. Spielman a souligné qu'il n'y a qu'une série de droits qui sont susceptibles d'abus, « *le droit à la liberté d'expression étant l'exemple le plus révélateur* ». En ce qu'il contient des limites il « *est de nature à être lu à la lumière de la théorie de l'abus de droit* » (A. Spielman, 1998 : 694).

Dans les années 1990-2000, certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence de théorie de l'abus de droit (Van Drooghenbroek, 2001 : 541). En 1998, A. Spielman semblait regretter l'intérêt marginal de l'article 17, se demandant s'il n'était pas « *superflu* » (Spielman, 1998 : 682). Il soulignait que la Commission et la Cour n'avaient fait application qu'avec parcimonie de l'article 17, étant conscientes de la « *difficulté qui consiste à priver un requérant de son droit de pétition au motif qu'en se faisant, il abuserait du système de protection européen des droits de l'homme* ». Cela s'explique sans doute par le fait que l'article 17 constitue « *un moyen exorbitant qui ne saurait être accepté que dans les cas les plus graves et pour certains types de droits* » (Cohen-Jonathan, 1995 : 4). C'est autrement dit un « *cran de sécurité* » (Spielman 1998), une « *disposition guillotine* » pour F. Tulkens (Tulkens, 2012 : 284) à manier avec modération.

En quelques années, la Cour a développé une jurisprudence sur le fondement de cet article. Les arrêts restent rares, mais les contours des discours qui fondent des recours abusifs sont plus nets, même s'ils suscitent des critiques. Aujourd'hui, la Cour 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. Elle

distingue pour ce faire deux types de discours : d'une part les discours proprement haineux et d'autre les discours négationnistes.

i) Les discours de haine

- Discours de haine raciale

En 1979, la Commission européenne des droits de l'homme (*Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, décision de recevabilité du 11 octobre 1979) rejetait du bénéfice de l'article 10, jugeant que l'article 17 était applicable, le recours formé par un parti politique qui prônait l'idée que la population nationale devait être « ethniquement homogène ». Les requérants avaient été condamnés pour avoir été trouvés en possession de tracts qui s'adressaient aux « Néerlandais de race blanche » et souhaitaient que toute personne n'étant pas de race blanche quittent le territoire néerlandais. La Commission a considéré que l'article 10 ne pouvait être invoqué pour tenter de répandre des idées tendant à la discrimination raciale.

- Discours de haine religieuse

La Cour exclut également les discours de haine religieuse. Dans l'arrêt *Norwood c. Royaume-Uni* (16 novembre 2004, 23131/03), elle applique pour la première fois l'article 17 au sujet d'une attaque dirigée contre les musulmans. Elle avait à examiner le recours formé par un requérant qui avait apposé sur sa fenêtre une affiche du Parti national britannique, représentant les tours jumelles du *World Trade Center*, en flamme, avec en sous-titre « Islam dehors – protégeons le peuple britannique » et le symbole d'un croissant et d'une étoile dans un panneau d'interdiction. Condamné au Royaume-Uni pour « attaque aggravée envers un groupe religieux », il a saisi la Cour en soutenant que sa liberté d'expression avait été violée. Elle a déclaré la requête irrecevable, estimant 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, à savoir la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination. Le fait pour le requérant d'exposer l'affiche à sa fenêtre s'analysait en un acte qui relève de l'article 17 de la Convention, exclu donc de la protection de l'article 10.

- Discours de haine ethnique et antisémite

Dans le prolongement de l'arrêt *Norwood*, la Cour exclut de la protection de l'article 10 les discours de haine ethnique antisémite. Dans l'arrêt, *Pavel Ivanov c. Russie*, du 20 février 2007 (35222/04), la Cour rejette comme irrecevable, la requête formée par un rédacteur en chef condamné en Russie pour incitation à la haine ethnique, raciale et religieuse. Il était l'auteur d'une série d'articles dirigés contre les juifs, soutenant que le « lobby siono-fasciste de la juiverie » était la source de tous les maux en Russie. La Cour n'a eu aucun doute quant à la teneur fortement antisémite des opinions du requérant et a fait sienne la conclusion des tribunaux internes selon laquelle l'intéressé cherchait par ses publications à faire haïr le peuple juif. Pour la Cour, « une attaque aussi générale et véhémente contre un groupe ethnique particulier est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention ». En conséquence, elle estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10.

ii) Le négationnisme et le révisionnisme

L'article 17 est également appliqué afin d'empêcher que la liberté d'expression soit utilisée pour promouvoir des propos négationnistes ou révisionnistes. Le négationnisme est entendu comme la contestation de crime contre l'humanité, dont le génocide. Le révisionnisme est « la doctrine selon laquelle le génocide pratiqué par l'Allemagne nazie à rencontre des juifs et des tziganes n'a pas

existé mais relève du mythe, de la fabulation, de l'escroquerie » (Vidal-Naquet, 1985 : 496). Parmi les propos haineux, le négationnisme et le révisionnisme constituent une catégorie particulière dans la mesure où il s'agit à la fois d'une contestation de crimes contre l'humanité et, lorsqu'ils visent l'holocauste nazi, d'une incitation à la haine envers la communauté juive (Weber, 2008 : 24).

En ce sens, la Cour européenne a souligné que la négation de l'holocauste est aujourd'hui « *le moteur principal de l'antisémitisme* » (CEDH, 13 décembre 2013, *Dogu Périņcek contre Suisse*, 27510/08, pt 119). Le discours qui met en cause l'holocauste est en réalité un discours discriminatoire qui incite à la haine (Delmas-Marty, Badinter, 2015 : 12). La contestation de la Shoah est l'une des formes les plus aigües de diffamation raciale envers les juifs et d'incitation à la haine à leur égard (*Garaudy c. France*, 65831/01). « *La négation du génocide perpétré par les nazis et leurs complices à l'encontre des Juifs fait partie du projet génocidaire lui-même* » (Wachsmann, 2001 : 585).

A ceci s'ajoute qu'en matière de génocide, on est en présence de faits, historiquement établis. « *Une chose est une affirmation idéologique, autre chose est la négation d'un fait historique* » (Badinter 2015 : 13). Comme le souligne D. Spielman, la Cour a considéré que « *des propos contestant la réalité de faits historiques clairement établis ne poursuivaient pas de but scientifique ou historique, mais avaient pour objectif de réhabiliter le régime national-socialiste et d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes* » (Spielman, 2013 : 1). Parce qu'elles sont incompatibles avec les valeurs fondamentales de la Convention, leurs auteurs ne peuvent se prévaloir des dispositions de l'article 10. Il en résulte que la Cour européenne ne va pas examiner la proportionnalité des sanctions pénales nationales car « *le caractère antisémite de l'entreprise négationniste* » a été mis en lumière (Wachsmann, 2001 : 595).

En 1995, la Commission européenne applique l'article 17, considérant que « *les publications du requérant niaient d'une façon tendancieuse et polémique, éloignée de toute objectivité scientifique, le massacre systématique des Juifs par l'utilisation de gaz toxiques dans les camps de concentration nazis* ». Des déclarations de ce type allant à l'encontre des principes fondamentaux de la Convention, « *tels qu'énoncés dans le préambule, à savoir la justice et la paix* » et étant « *le reflet d'une discrimination raciale et religieuse* » (Décision de la Commission du 18 octobre 1995, DR 83, pp. 77-85, *Honsik c. Autriche*, n° 25062/94).

Cette position est suivie par la décision d'irrecevabilité (*Marais c. France*, 31159/96, décision de la Commission du 24 juin 1996, DR 86). Dans cette espèce, le requérant avait été condamné pour « *complicité de contestation de crime contre l'humanité* » pour avoir publié dans la revue *Révision*, un article intitulé « *la chambre à gaz homicide de struthof-Natzweiler, un cas particulier* », l'article soutenait l'in vraisemblance technique des prétendues chambres à gaz. Il se plaignait devant la Commission de la violation de l'article 10 de la convention. La Commission a invoqué l'article 17 qui « *empêche donc une personne de déduire de la convention un droit de se livrer à des activités visant à la destruction des droits et libertés reconnus par la Convention* ». Comme le souligne A. Spielman (A. Spielman, 1998), les écrits du requérant allaient à l'encontre de valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule, à savoir la justice et la paix. La Commission a considéré que le requérant tentait 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 et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la convention.

En 1998, dans l'arrêt *Lehideux et Isorni* (23 septembre 1998), la Cour européenne confirme cette position soulignant « *qu'à l'égal de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention (...), la justification d'une politique pronazie ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10* »

(§53). Ainsi, il existe « *une catégorie de faits historiques clairement établis – tel l’Holocauste – dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l’article 17 à la protection de l’article 10* » (§47).

Toutefois dans cette espèce, elle ne considère pas que les propos soient négationnistes et conclut à une violation de l’article 10 par la France. Les requérants avaient rédigé un texte, paru dans le journal *Le Monde*, à la gloire du Maréchal Pétain, sans évoquer la politique de collaboration conduite avec le régime nazi. En conclusion, le texte invitait à écrire à deux associations, dont l’objet social était consacré à la mémoire du Maréchal et visant la révision de son procès et sa réhabilitation. A la suite de la plainte de l’Association nationale des anciens combattants de la Résistance, les auteurs furent condamnés pour « apologie de crimes de guerre ou de crimes ou délits de collaboration avec l’ennemi ». Considérant que leur liberté d’expression avait été violée, ils ont saisi la Cour européenne des droits de l’homme. La Cour n’a pas rejeté le recours sur le fondement de l’article 17, jugeant que le texte, bien que polémique, n’était pas 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 curieusement et de façon discutable pris en considération un facteur temporel (Wachsmann, 2000 : 1040). Elle a considéré 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 devait entraîner une condamnation moins sévère que si elle avait été prononcée dix ou vingt ans plus tôt.

L’affaire *Garaudy contre France* du 24 juin 2003 a apporté des précisions s’agissant de l’examen par la Cour des condamnations prononcées à l’encontre des requérants pour contestation de crimes contre l’humanité, diffamation publique raciale et provocation à la haine raciale. La Cour conclut à l’irrecevabilité d’une requête et sa fermeté a été saluée (Levinet, 2004 : 653). Dans cette affaire, lui était posée par le philosophe et écrivain Roger Garaudy (auteur d’un ouvrage intitulé *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*), la question suivante : est-il possible de faire publier un ouvrage remettant en question le sens du terme « solution finale », le chiffre des victimes de l’Holocauste ou l’existence même des chambres à gaz, et se plaindre de la condamnation pénale au nom du droit à la liberté d’expression, garanti par l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme ?

La Cour considère qu’il ne fait « *aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l’Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d’un travail de recherche historique s’apparentant à une quête de la vérité. L’objectif et l’aboutissement d’une telle démarche sont totalement différents, car il s’agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d’accuser de falsification de l’histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l’humanité apparaît comme l’une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d’incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l’antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l’ordre public* ». Elle souligne que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l’ouvrage du requérant, et donc son but, ont « un caractère négationniste marqué et vont donc à l’encontre des valeurs fondamentales de la Convention. ». Portant atteinte aux droits d’autrui, ces propos sont « incompatibles avec la démocratie et les droits de l’homme » et leurs auteurs visent des objectifs prohibés par l’article 17 de la Convention. Pour finir, la Cour sanctionne le requérant en lui refusant le bénéfice de la protection de l’article 10 sur le fondement de l’article 17.

Ces deux décisions de la Cour (*Lebidoux-Garaudy*), mises en perspective ont permis de donner une définition de ce qu’est un énoncé performatif qui pour être insultant ou choquant, n’est pas une incitation à la haine. La jurisprudence permet progressivement de mieux en délimiter les contours.

Une jurisprudence récente a toutefois jeté le trouble. Dans l'arrêt *Dogu Perinçek contre Suisse*, 17 décembre 2013, 27510/08, elle refuse d'appliquer l'article 17 au sujet de propos publics ayant consisté à déclarer que le génocide arménien était un « mensonge international ». Elle conclut même par la suite à la violation de la liberté d'expression par l'Etat. Elle fait primer la libre discussion historique sur la répression du négationnisme. Il convient néanmoins de souligner que l'arrêt n'est pas définitif et a renvoyé devant la Grande Chambre.

Des voies se sont élevées pour dénoncer cette double-mesure. « *La contestation de faits historiques tragiques ne reçoit pas le même traitement selon qu'il s'agisse d'exactions commises lors de la seconde guerre mondiale ou à l'occasion d'un autre conflit. Ainsi, le refus de qualifier les événements de 1915 en Arménie de génocide n'est pas sanctionné de la même manière que la négation de l'Holocauste* » (Le rouzic, 2013, 1). Ici c'est l'absence de tout sentiment haineux ou violent dans les propos du requérant, quand bien même ils nieraient ouvertement l'existence d'un crime contre les membres d'une population ciblée, qui a conduit les juges à déclarer la requête recevable en excluant l'application de l'article 17. Ce raisonnement confirme que l'abus de droit, malgré l'intérêt que la Cour y a porté, ne peut produire ses effets en l'absence de propos haineux et violent.

Il est toutefois extrêmement regrettable, dénonce H. Hervieu, que « *la Cour ne soit pas allée plus loin dans sa propre analyse et qu'elle n'en ait pas tiré explicitement toutes les conséquences. Il lui était notamment loisible d'indiquer que, moins que la seule négation d'un fait historique, c'est la finalité discriminatoire ou haineuse de la démarche qui permettrait de fonder une restriction de la liberté d'expression* » (Hervieu, 2014). Sous cet angle, l'Holocauste ne se voit pas accorder un régime exclusif et taillé sur-mesure, puisque d'autres génocides peuvent en relever. Il en serait ainsi de la négation du génocide rwandais, dans l'intention d'attiser la haine raciale contre les tutsis, ethnies victimes principales des massacres.

Dès lors que la Cour écarte l'application de l'article 17, elle examine les condamnations nationales à l'aune des conditions posées à l'article 10 §2.

c) L'article 10 §2: les ingérences tolérées

Comme le soulignaient les juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert dans une opinion dissidente commune (sous *LA contre Turquie*, 13 septembre 2005), la phrase de l'arrêt *Handyside* de 1976, qui énonce que la liberté d'expression vaut pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent « *ne doit pas devenir une phrase incantatoire ou rituelle, mais qu'elle doit être prise au sérieux et inspirer les solutions de notre Cour* ». Elle doit rester la pierre angulaire du contrôle européen (Oetheimer, 2001 : 64). Certains discours ne sont pas clairement racistes ou xénophobes, des doutes peuvent survenir ; dans ces cas, la Cour procède à un contrôle poussé pour analyser exactement le type de discours en cause et le contexte dans lequel il a été émis.

Saisie, la Cour va examiner les condamnations civiles et pénales dont les requérants ont fait l'objet. Pour chaque affaire, méthodiquement, la Cour tente de discerner l'intention du requérant, auteur des propos : cherchait-il à informer le public sur une question d'intérêt général ? Si oui, la Cour conclut souvent à la non nécessité de l'ingérence litigieuse. En revanche, lorsque les propos en question visent à inciter à l'usage de la violence et à la haine, « *les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation plus large dans leur examen de la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression* » (*Süreker c/ Turquie*, 8 juillet 1999).

Ce faisant, la Cour va examiner si l'ingérence est bien prévue par la loi, poursuit un but légitime et, enfin, si elle apparaît comme nécessaire dans une société démocratique, répondant à un besoin social impérieux, ce qui implique que l'ingérence soit proportionnée au but poursuivi.

Il en résulte une jurisprudence **kaléidoscopique**.

S'agissant **des discours faisant l'apologie de la violence, incitant au crime ou à la haine et à l'hostilité** (*Süreke (n°1) c. Turquie*, 8 juillet 1999, rendu en Grande Chambre), la Cour est très sensible à l'incitation à la violence physique. Elle juge que la condamnation pour « *propagande contre l'indivisibilité de l'État et d'incitation du peuple à l'hostilité et à la haine* » d'un patron de presse ayant publié des lettres condamnant vigoureusement les actions militaires turques et la répression des Kurdes, n'est pas une violation de l'article 10 de la Convention. Le requérant a été jugé responsable de la diffusion de ces lettres, qui appelaient à une vengeance sanglante, citant des personnes par leur nom, attisant la haine à leur égard et les exposant à un éventuel risque de violence physique.

En revanche, dès que le propos, **même agressif, participe à un débat pluraliste, sans appeler à la violence**, elle considère que les condamnations constituent une violation de l'article 10. Dans l'arrêt *Gündüz c. Turquie* du 4 décembre 2003, étaient en cause des propos très critiques, envers la démocratie, la laïcité, les tenues des femmes et militant pour l'instauration de la charia. Ces propos, proférés par le dirigeant d'une secte islamiste connue en Turquie, avaient été condamnés pour incitation à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion ou à une secte. La Cour considère à rebours qu'ils participent d'un débat pluraliste cherchant à présenter la secte et ses idées non conformistes, portant notamment sur 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.

« *Toutefois, de l'avis de la Cour, le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un « discours de haine ».* Au demeurant, l'affaire de M. *Gündüz* se situe dans un contexte bien particulier [...] l'émission télévisée avait pour but de présenter la secte dont le requérant fut le dirigeant ; ensuite, les idées extrémistes de ce dernier étaient déjà connues et avaient été débattues par le public et notamment contrebalancées par l'intervention des autres participants au cours de l'émission en question ; enfin, elles ont été exprimées dans le cadre d'un débat pluraliste auquel l'intéressé participait activement. Dès lors, la Cour estime qu'en l'espèce la nécessité de la restriction litigieuse ne se trouve pas établie de manière convaincante ». Les propos n'étaient ni un appel à la violence, ni un discours de haine fondé sur l'intolérance religieuse. Le fait de défendre la Charia, de critiquer les valeurs de la démocratie, sans appeler à la violence, n'est donc pas un discours de haine.

Dans cette logique, elle juge que la Turquie a violé l'article 10 pour avoir condamné un requérant qui avait critiqué l'intervention des États-Unis en Irak et l'isolement cellulaire du dirigeant d'une organisation terroriste pour « *propagande et apologie du recours à la violence ou à d'autres méthodes terroristes* » (*Faruk Temel c. Turquie*, 1^{er} février 2011). Elle considère que la déclaration, dans son ensemble, exprimée par le président d'un parti d'opposition légal, 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.

- **S'agissant de l'appréciation des condamnations pour incitation à la discrimination ou à la haine raciale**, on observe que la Cour est **stricte**, même si le propos n'appelle pas à la violence physique. Dans l'affaire *Soulas et autres c. France* du 10 juillet 2008 était en cause la publication d'un ouvrage intitulé *La colonisation de l'Europe* et sous-titré *Discours vrai sur l'immigration et l'islam*, ayant entraîné une condamnation 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* ». Cette condamnation était une ingérence nécessaire dans une société démocratique pour la Cour parce que le livre avait pour objet de provoquer un sentiment de rejet et d'antagonisme, vis-à-vis des communautés visées, désignées comme l'ennemi principal, et d'amener les lecteurs à partager la solution préconisée par l'auteur, à savoir celle

d'une guerre de reconquête ethnique. De même, justifie une ingérence et une condamnation le discours d'un député d'un parti d'extrême droite belge risquant de susciter, parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet, voire de haine à l'égard des musulmans en Belgique et constituant une incitation à la haine raciale (*Féret c. Belgique* 16 juillet 2009).

Une même rigueur est appliquée lorsqu'il y a **incitation à la haine ethnique** (*Balyte-Lideikiene c. Lituanie*, 4 novembre 2008). Le requérant avait été condamné pour avoir exprimé un nationalisme et un ethnocentrisme agressifs, et incité à la haine des Polonais et des juifs. Eu égard à la marge d'appréciation laissée aux États (Sur cette problématique, Wachsmann, 2000 : 1017 et s.), la Cour a considéré que les autorités polonaises n'étaient pas allées au-delà de leur marge d'appréciation lorsqu'elles ont considéré qu'il y avait un besoin social impérieux de prendre des mesures contre la requérante. L'ingérence pouvait raisonnablement être considérée comme nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

La **complicité d'apologie du terrorisme** conduit au même constat. L'Etat qui le condamne ne viole pas l'article 10 (*Leroy c. France* 2 octobre 2008, à propos d'un dessin glorifiant les attentats du 11 septembre, publié deux jours après les événements). Pour la Cour, le dessin ne se limitait pas à critiquer l'impérialisme américain, mais soutenait et glorifiait sa destruction par la violence, violence perpétrée à l'encontre de milliers de civils, portant par là même atteinte à la dignité des victimes. Dès lors, la condamnation par la France n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi, la Cour prenant en compte le faible montant de l'amende, ramenée à au contexte de lequel le dessin avait été publié.

L'incitation à la haine et à l'intolérance religieuse justifie des ingérences étatiques. Dans la célèbre affaire *LA contre Turquie* (13 septembre 2005, 42571/98), elle jugeait la condamnation à une faible amende de l'auteur d'un ouvrage très critique sur la religion musulmane. L'auteur-requérant soutenait devant la Cour européenne que son droit à la liberté d'expression avait été violé. La Cour apprécie le fond de la thèse défendue pour ensuite mesurer la proportionnalité de la condamnation. S'agissant du fond, la Cour constate qu'il ne s'agit pas seulement de propos qui heurtent ou choquent ou d'une provocation, mais d'une attaque injurieuse. Les croyants pouvaient légitimement se sentir attaqués de manière injustifiée et offensante par certains passages de l'ouvrage. Par conséquent, la condamnation était donc fondée sur un besoin social impérieux car elle visait à protéger les musulmans contre des attaques offensantes. Pour finir, la Cour a estimé que l'amende était insignifiante et donc proportionnée au but visé.

L'incitation à la discrimination sexuelle (discours de haine homophobe) a récemment été reconnue comme un discours justifiant des ingérences (*Vejdeland et autres c. Suède*, 9 février 2012). Elle juge que des tracts présentant l'homosexualité comme une « propension à la déviance sexuelle », comme ayant un « effet moralement destructeur sur les fondements de la société » et comme étant à l'origine de l'extension du VIH et du sida, sans constituer un appel direct à des actes haineux, avaient un caractère grave et préjudiciable. Elle a rappelé que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est tout aussi grave que la discrimination fondée sur la race, l'origine ou la couleur. Dès lors l'ingérence de l'Etat était nécessaire dans une société démocratique à la protection de la réputation et des droits d'autrui.

En revanche **lorsque le discours est provocateur, agressif ou critique**, mais n'incite pas de façon claire et radicale à la haine et à la violence, la Cour fait primer la liberté d'expression. **Si le discours n'exhorte pas à la violence, il ne s'agit pas d'un discours de haine.** Elle applique alors les critères de l'arrêt *Handyside*, en particulier lorsque le propos participe à un débat d'intérêt général. Elle condamne alors les ingérences de l'Etat pour violation de l'article

10.

Dans cette logique, elle a condamné la Turquie dans une affaire relative à des propos d'un turco-arménien ayant dénigré l'identité nationale turque jugeant que la condamnation de l'auteur pour ce motif ne répondait à aucun besoin social impérieux (*Dink c. Turquie* 14 septembre 2010). Elle constate que les articles n'incitaient ni à la violence, ni à la résistance, ni au soulèvement, ni à l'irrespect, ni à la haine. Ils n'étaient ni offensants ni injurieux. Leur auteur communiquait ses opinions sur une question relevant de l'intérêt général dans une société démocratique. Elle considère que le débat relatif à des faits historiques d'une particulière gravité doit pouvoir se dérouler librement, et la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression. Toujours en Turquie, la Cour condamne l'Etat pour avoir poursuivi l'ancien premier ministre turc pour incitation à la haine et à l'intolérance religieuse, propos censés avoir été tenus lors d'un meeting. La Cour souligne que la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, il est dès lors crucial que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance. Mais elle rappelle le caractère fondamental du libre jeu du débat politique dans une société démocratique ; l'ingérence n'était pas nécessaire (*Erbakan c. Turquie*, 6 juillet 2006).

Dans le même sens, elle juge excessive la condamnation par la Hongrie d'un requérant ayant seulement déployé un drapeau à la gloire du totalitarisme à proximité d'une manifestation antiraciste, sans aucune violence, ni menace. S'il s'agit bien d'un manque de respect et d'une offense envers les victimes de ce régime, ceci ne justifie pas une violation de la liberté d'expression (*Fáber c. Hongrie*, 24 juillet 2012). Ou encore elle juge disproportionnée la condamnation par l'Espagne d'un requérant pour injure orale visant le roi. (*Otegi Mondragon c. Espagne*, 15 mars 2011).

On observe que la Cour travaille selon une méthode impressionniste : par petite touche, par strate, elle dessine progressivement les contours de la notion de discours de haine. Elle apprécie au cas par cas, dans leur contexte national, dans leur teneur et eu égard à leur support de diffusion, les discours litigieux examinés à l'aune des trois critères (légalité, nécessité et proportionnalité). Cette méthode lui permet de façonner la notion de discours de haine, sans que le dessin soit parfaitement net.

2°) La Cour de justice de l'Union européenne face au discours de haine

Une recherche lexicale sur le discours de haine dans les bases de données de la Cour de justice de l'Union européenne donne de maigres résultats. Dans deux domaines, la Cour et le tribunal ont eu à connaître de discours incitant à la haine raciale : en matière de **levée de l'immunité parlementaire** et s'agissant de **mesures restrictives (gels des avoirs)** adoptées dans le cadre **politique étrangère et de sécurité commune** (PESC).

a) Immunité parlementaire

Par une ordonnance du 29 mars 2012 C569/11 P(R), elle a examiné le recours formé par B. Gollnisch, demandant l'annulation de l'ordonnance du président du Tribunal de l'Union européenne du 30 septembre 2011 (*Gollnisch c. Parlement*, T-346/11 R), par laquelle ce dernier avait rejeté sa demande en référé contre la décision du Parlement européen du 10 mai 2011 portant levée de son immunité parlementaire. La Cour observe que cette levée avait été provoquée par la publication d'un communiqué de presse incitant à la haine raciale et rejette son recours.

b) Mesures restrictives

En matière de PESC, le tribunal a apprécié la légalité, en particulier au regard de l'obligation de motivation, d'une mesure restrictive de gel de fonds, prise au regard de la situation en Côte d'Ivoire (*Nadjany Bamba contre Conseil*, 8 juin 2011, T86/11). Le Conseil des ministres avait justifié des mesures restrictives à l'égard de Mme Bamba (deuxième épouse de L. Gbagbo) considérant qu'elle s'était livrée à des obstructions aux processus de paix et de réconciliation par l'incitation publique à la haine et à la violence et par la participation à des campagnes de désinformation en rapport avec l'élection présidentielle de 2010. Le tribunal cherche à apprécier très concrètement si un tel discours a été tenu. Il juge que *« l'indication que la requérante est directrice du groupe Cyclone, éditeur du journal « Le temps », ne constitue pas une circonstance de nature à motiver de manière suffisante et spécifique les actes attaqués à son égard. Cette indication ne permet en effet pas de comprendre en quoi la requérante se serait livrée à des obstructions aux processus de paix et de réconciliation par l'incitation publique à la haine et à la violence et par la participation à des campagnes de désinformation en rapport avec l'élection présidentielle de 2010. Aucun élément concret, qui serait reproché à la requérante et qui pourrait justifier les mesures en cause, n'est ainsi évoqué »*.

En l'absence d'incitation à la haine et à la violence, le tribunal annule, en ce qu'elle concerne Mme Bamba, la mesure litigieuse (annulation pour autant qu'ils concernent M^{me} Nadjany Bamba, des décisions 2011/18/PESC du Conseil, du 14 janvier 2011, modifiant la décision 2010/656/PESC du Conseil renouvelant les mesures restrictives instaurées à l'encontre de la Côte d'Ivoire, et le règlement (UE) n° 25/2011 du Conseil, du 14 janvier 2011, modifiant le règlement (CE) n° 560/2005 infligeant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités au regard de la situation en Côte d'Ivoire).

En dehors de ces deux cas, très circonscrits, la Cour de justice de l'Union européenne, eu égard à sa compétence juridictionnelle, n'a pas à juger les discours de haine. Par conséquent, en Europe elle n'est pas un acteur influent de la lutte contre les discours de haine. A la Cour européenne des droits de l'homme revient ce rôle et sa jurisprudence guide les juges nationaux.

L'ensemble des outils normatifs et jurisprudentiels ayant été présentés, il reste à apprécier l'effectivité de ces dispositifs. Car il s'agit en définitive de savoir s'ils permettent réellement, dans le respect de la liberté d'expression, d'endiguer les discours de haine et leur diffusion. De la prévention à la punition, ces instruments ont-ils produits des effets concluants ?

III. L'EFFECTIVITE RELATIVE DE LA LUTTE CONTRE LE DISCOURS DE HAINE

Par une Déclaration commune du 20 mars 2015, Michael Georg Link, chef du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE, Christian Ahlund, président de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe, et Morten Kjaerum, directeur de l'Agence des droits fondamentaux (FRA) de l'UE, ont déclaré qu'il fallait faire face au discours de haine et le condamner en lui opposant directement un discours destiné à en montrer le caractère destructeur et inacceptable. *« Conscients des menaces graves que le discours de haine représente pour une société démocratique, les chefs des trois institutions se sont prononcés en faveur d'une interdiction pénale lorsque ce discours incite publiquement à la violence contre des personnes ou des groupes de personnes même si elle ne suffit pas à le supprimer »* (<http://www.coe.int>).

Une telle Déclaration peut faire l'objet d'une double lecture : il s'agit d'une louable déclaration d'intention, symboliquement forte et incitative pour les Etats sur le plan politique ; mais dans le même temps on lira, dans cet appel à la pénalisation, un aveu d'échec. Tout ce qui a été entrepris depuis maintenant vingt ans n'aurait pas donc porté ses fruits ? Il convient de dresser le bilan de l'action européenne (A) pour examiner les nouveaux défis, non résolus, posés par le numérique (B).

A. Le bilan de l'action européenne en matière de lutte contre le discours de haine

Un bilan se mesure à l'aune de résultats : or le tableau brossé en introduction permet de constater que les discours de haine n'ont pas reculé et que les discours incitant à la haine raciale, ethnique et religieuse sont toujours véhiculés avec force. Le Conseil de l'Europe agit au moyen d'instruments juridiques non contraignants (Résolution, recommandation) sans portée juridique, sinon symbolique, pour les Etats membres, dont il est délicat de mesurer l'effectivité. En revanche on peut tenter d'examiner la portée de la jurisprudence de la Cour européenne et l'effectivité de l'action normative contraignante de l'Union européenne.

1° Portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Peut-on considérer que la jurisprudence de la Cour européenne est trop souple à l'égard du discours de haine et donne trop de place à la liberté d'expression, incitant implicitement sa prolifération ? En 1995, G. Cohen-Jonathan observait que la Cour privilégiait plutôt la liberté d'expression au détriment de la lutte contre les discriminations raciales (Cohen-Jonathan, 1995 : 1). Qu'en est-il aujourd'hui ? La récurrence des recours formés par des auteurs de propos haineux, qui cherchent à faire condamner l'Etat pour violation de l'article 10 n'atteste-t-elle pas du fait que ceux-ci se sentent protégés par la Convention et la jurisprudence de la Cour (sur 756 arrêts de violation rendus par la Cour en 2014, 47 ont sanctionné une violation de l'article 10) ? Car *in fine*, l'article 17 a été peu utilisé et sur le fondement de l'article 10 §2, il est difficile de faire nettement le départ entre les propos interdits ou autorisés. La présentation de cette jurisprudence kaléidoscopique en a attesté. La frontière est parfois difficile à tracer, impossible à anticiper, malgré les repères que constituent la haine et la violence, mais dont l'appréciation de l'intensité peut être variable contextuellement.

Une telle situation s'explique par le fait que la question de la liberté d'expression face aux discours de haine reste « *en plein débat* » au sein de la Cour (Hervieu, 2014 et Tulkens, 2013). L'extrême sensibilité du sujet et la tension vive entre la nécessité de protéger la liberté d'expression et celle de lutter contre les discours de haine en sont la cause. On observe à cet égard que la solution de la plupart des arrêts relatifs à des discours haineux, racistes, homophobes, a été acquise à une très courte majorité (pour un exemple récent : *Perinçek c. Suisse*, décembre 2013, 27510/08). Les opinions dissidentes sont soigneusement motivées.

La juge Tulkens confiait même que la liberté d'expression est la seule des libertés à propos de laquelle sa propre conception a évolué. Elle rapporte qu'elle avait au départ une position absolutiste, très engagée en matière de liberté d'expression, proche de celle de la Cour suprême des États-Unis. Progressivement, elle s'en est détachée pour avoir une conception moins tranchée, en acceptant que dans certaines circonstances, pour certains types de discours, on limite cette liberté. « *J'ai accepté, à tort ou à raison, l'idée selon laquelle une limite à la liberté d'expression pouvait, exceptionnellement, se concevoir face aux discours qui incitent, encouragent et disséminent la haine ainsi que la violence. Je ne prétends toutefois pas avoir raison, d'autant que je sais que certains (excellents) auteurs, soutiennent, à juste titre, une position différente* ». (Tulkens, 2013).

Si l'on peut bien comprendre qu'il n'y ait pas de définition stable et établie de la notion de discours de haine, afin que la Cour se préserve une marge future d'appréciation sans être

enfermée dans un carcan trop étroit, cette situation suscite quelques réserves. Tout d'abord, « *L'absence de définition du discours de haine dans ce contexte est gênante pour ce qui est de l'interprétation juridique, du développement doctrinal, ainsi que de la stabilité et de la prévisibilité générales* » (Gonagle, 2013 : 12 et 13). Plus encore, cette situation semble rendre aléatoires les résultats attendus de l'invocation des articles 17 et 10 §2 de la Convention.

a) Article 17

On l'a vu l'article 17 permet d'écarter du bénéfice de la protection de la Convention les propos qui visent à en détruire les valeurs. Si le principe est clair, son application en revanche n'a pas toujours donné lieu à des solutions absolument cohérentes, ce qui rend son utilisation et son invocation incertaines (Van Drooghenbroek, 2000 : 139).

Dans l'arrêt *Lehideux*, (Gr. Ch., *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998), la Cour a refusé d'appliquer l'article 17, au sujet de la condamnation contestée des requérants pour « apologie de crimes ou délits de collaboration », après la publication d'un encart publicitaire visant à réhabiliter la mémoire du Maréchal Pétain. En dépit de l'opposition d'une forte minorité en son sein, la décision de recevabilité de la Commission refusa de faire droit à l'argument pris de l'article 17, estimant en substance que l'encart publicitaire litigieux ne contenait pas de termes de discrimination raciale, ni d'autres déclarations visant à abolir ou restreindre les droits et libertés conventionnellement garantis (Comm. eur. dr. h., 24664/94, déc. *Lehideux et Isorni c. la France* du 24 juin 1996). Puis utilisant l'article 10, la Cour juge qu'elle ne se trouve pas en présence de discours négationnistes ou favorables au nazisme et insiste sur la nécessité des « *efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire* ».

Cet arrêt a surpris et soulevé de nombreuses critiques. Avec P. Wachsmann (Mélanges Lambert, 2000, p. 1040), « *on serait tout prêt à accepter cette démarche si elle ne s'accompagnait d'une méconnaissance tant de la nature et des sous-entendus de l'encart litigieux que du contexte dans lequel il intervient* ». Il est en effet net que le problème se rattache de façon connexe à la lutte contre les discriminations raciales car l'idéologie du régime de Vichy était antisémite. « *On pouvait penser que le contexte de l'affaire – le tardif débat français sur le caractère criminel du régime de vichy, l'importance en France de courants d'extrême-droits reprenant à leur compte les thèmes de l'idéologie pétainiste- militait en faveur de la reconnaissance d'un certain pouvoir discrétionnaire au profit de l'Etat* ». En 2001, C. Picheral (2001) dressait un bilan sévère de l'action européenne, soulignant que le système européen des droits de l'homme entretient en matière de discriminations raciales plusieurs paradoxes et notamment « *paradoxe d'un juge qui, tout en n'ignorant pas l'importance de la lutte contre le racisme, y reconnaissant au contraire l'un des principaux buts des Etats contractants ne lui accord pas nécessairement une place centrale dans sa jurisprudence* ». Et de citer l'arrêt *Lehideux* pour souligner que lorsque la Cour met en balance la lutte contre les discriminations et la liberté d'expression, elle fait primer cette dernière. On ne peut regretter, ajoute A. Camillieri, cette solution en ce qu'elle permet « *d'absoudre l'apologie de la collaboration (...). La Cour dans cet arrêt à tout le moins insolite et d'une faiblesse juridique consternante a fait la preuve d'une incohérence supplémentaire en matière de détermination de la marge d'appréciation. Mais cette fois elle a franchi la ligne rouge difficilement supportable* » (Camillieri, 2001 : 688).

Cet arrêt avait été rendu à quinze voix contre six. Le juge Casadevall dans son opinion dissidente, remarquait que « *de toute évidence, le texte ne se présente pas comme un article de fond, sérieux et analytique du point de vue historique, mais comme un encart publicitaire. On ne peut pas soutenir que ce texte soit susceptible d'alimenter un quelconque débat d'intérêt général pour les Français et leur histoire* ». Il dénonçait « *la conjoncture favorable et fort inquiétante dont, à l'heure actuelle, semblent bénéficier certaines idées d'extrême droite en Europe* ».

Dès lors, si l'on pouvait penser que les discours directement ou indirectement négationnistes, révisionnistes, antisémites tombaient sous le couperet de l'article 17, l'arrêt *Lehideux* a contredit cette conclusion. De même, une nouvelle critique a été portée avec le rejet de l'utilisation de l'article 17 au sujet du génocide arménien dans l'arrêt *Perinçek contre Suisse* (précité).

Il en ressort, commente N. Hervieux, que « *la qualification en discours de haine est en elle-même extrêmement délicate. Puisque cela implique une grande part de subjectivité, l'incertitude règne* ». Il souligne que la jurisprudence européenne demeure un « *abîme d'incertitudes* ». Et au sujet de l'examen futur de l'affaire Dieudonné par la Cour, il remarque très justement que toute « *prédiction quant au sens d'une future décision européenne ne serait donc qu'un vain et illusoire exercice divinatoire* » (Hervieux, 2014).

b) Article 10

La jurisprudence tirée de l'application de l'article 10 ne donne pas plus une lecture stable et prévisible de ce qu'est un discours de haine. Dans une analyse écrite en 2000 dans les *Mélanges Lambert*, P. Wachsmann écrivait à propos de l'application de l'article 10 que « *le sentiment qui domine est celui d'une jurisprudence fluctuante et par suite imprévisible, alternant décisions favorables à la liberté d'expression, jusqu'au laxisme, et décisions restrictives, compréhensives pour l'Etat au point de contredire la belle affirmation introduite dans l'arrêt Handyside en 1976* ». La pratique du contrôle opéré en matière de liberté d'expression est donc « *inégalement fidèle aux principes dont elle prétend s'inspirer et dont la répétition suggère qu'ils sont immuables* » (Wachsmann, 2000 : 1017).

La principale critique rémanente qui est adressée à la Cour concerne l'encadrement de la marge d'appréciation dont doivent jouir les Etats en la matière. En principe, le contrôle européen consiste, comme la Cour le répète depuis son arrêt *Handyside* en 1976, à « *apprécier sous l'angle de l'article 10 les décisions [que les juridictions internes] ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation* » (§ 50). Dès lors, la marge d'appréciation des Etats contractants devrait être plus large lorsque le but poursuivi par l'ingérence n'est pas susceptible d'une définition objective à l'échelle européenne. Comme le rappelait le juge Morenilla dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Lehideux*, le « *jugement à porter sur la présentation de l'Histoire d'un pays et sur l'effet d'une publication sur les sentiments de la population dans un secteur important de la société, dans le but de déterminer la nécessité dans une société démocratique d'imposer une restriction comme celle en cause en l'espèce, appartient aux autorités judiciaires de ce pays, « appelées à interpréter et appliquer les lois en vigueur* » (arrêt *Handyside* précité, p. 22, § 48). Or, en la matière on observe réel recul de la marge d'appréciation des Etats.

Il résulte de ces observations qu'il n'est pas aisé pour les autorités étatiques et les juges nationaux d'appliquer l'article 10 §2 de la Convention européenne à l'aune d'une jurisprudence stable de la Cour. On peut espérer que l'entrée en vigueur du Protocole 16 apportera une amélioration à cette problématique, permettant à la Cour de répondre aux questions des juges, devant apprécier les abus de la liberté d'expression. Toutefois la critique qui voudrait que la Cour favorise trop systématiquement la liberté d'expression ne tient pas : cette approche casuistique, même si elle présente des défauts, permet de le démentir.

2° Résultats de l'action de l'Union européenne : le bilan décevant dressé par la Commission européenne

Le bilan de l'action de l'Union européenne peut être mesuré de façon précise par l'examen de la mise en œuvre de la décision-cadre de 2008 (2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal

COM(2014) 27 final), mise en œuvre surveillée par la Commission européenne. Il s'agit là du seul texte contraignant dans l'Union européenne visant à combattre le discours de haine.

Jusqu'au 1^{er} décembre 2014, fin de la période de transition et conformément à l'article 10, § 1, du protocole 36 annexé aux traités, la Commission n'était pas habilitée à engager des procédures d'infraction en vertu de l'article 258 du TFUE pour les décisions- cadres adoptées avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Elle peut désormais le faire depuis le 2 décembre 2014. Mais à ce jour (6 avril 2015), elle n'a pas engagé de procédures d'infraction, poursuivant les discussions avec les Etats.

Néanmoins, conformément à la décision-cadre, la Commission a rédigé en janvier 2014 un rapport écrit évaluant la mesure dans laquelle les États membres ont mis en œuvre toutes les dispositions de la décision. Le rapport se fonde sur les mesures de transposition notifiées par les États membres et les informations techniques que la Commission leur a demandé de fournir au cours de son analyse, y compris la jurisprudence nationale, les travaux préparatoires, les lignes directrices, etc... ainsi que sur les informations recueillies dans le cadre de cinq réunions du groupe d'experts gouvernementaux et d'une étude commandée par la Commission (COM(2014) 27 final).

Dans ce rapport 2014, adressé au Parlement européen et au Conseil, la Commission a relevé qu'un **certain nombre d'États membres n'ont toujours pas transposé entièrement ou correctement l'ensemble des dispositions de la décision-cadre**, et plus précisément celles qui concernent les infractions relevant de l'apologie, de la négation et de la banalisation grossière publiques de certains crimes. La majorité des États membres possèdent des dispositions relatives à l'incitation à la violence et à la haine motivées par le racisme et la xénophobie, mais il semble **qu'elles ne transposent pas toujours pleinement les dispositions relatives aux infractions couvertes par la décision**. Certaines lacunes ont en outre été constatées en ce qui concerne la motivation raciste et xénophobe des crimes, la responsabilité des personnes morales et la compétence. La Commission considère que la transposition complète et correcte de la décision-cadre en vigueur constituera un premier pas vers une lutte efficace contre le racisme et la xénophobie au moyen du droit pénal, et ce, de manière cohérente dans l'ensemble de l'UE.

Dans le courant de 2015, la Commission entamera des dialogues bilatéraux avec les États membres en vue de veiller à la transposition complète et correcte de la décision-cadre, en tenant compte de la Charte des droits fondamentaux et, notamment, de la liberté d'expression et d'association. Mais à ce stade, les résultats ne sont pas à la hauteur des espérances. A cela s'ajoute que ce texte, qui n'a pas pris en compte les problématiques posées par internet et ne prévoit aucun dispositif en ce sens, est déjà obsolète et devra nécessairement être complété.

B. Les insuffisances des dispositifs de lutte contre la cyberhaine

En ce printemps 2015, une rapide consultation sur Internet en France avec quelques mots clés, associés à des insultes, permet en trois clics, de constater la prolifération des propos haineux, violents, racistes et antisémites. Ce constat est atterrant et les propos édifiants. Or, on connaît les liens étroits entre la cyberhaine et la criminalité, les liaisons dangereuses qu'entretiennent discours racistes, antisémites et propos faisant l'apologie du terrorisme. La question est d'autant plus préoccupante que ces discours nauséabonds sont presque toujours anonymes ou écrits sous pseudonyme, rendant plus complexe l'identification de leurs auteurs. La parole et les écrits sont alors d'autant plus désinhibés et violents, que leurs auteurs ont un fort sentiment d'impunité (Quémener, 2015, n°113). Sauf pour quelques visionnaires, une telle évolution du support de la liberté d'expression ne pouvait être imaginée il y a vingt ans.

J.-M. Sauvé dans son avant-propos du rapport 2014 du Conseil d'Etat, intitulé *Le numérique et les droits fondamentaux*, compare dans ses effets cette révolution à celle qui a suivi l'invention de l'imprimerie à l'époque moderne. Il souligne que « *les technologies de l'internet et les espaces numériques qu'elles ont engendrés n'invitent pas seulement les juristes à l'exploration et à la conquête d'une nouvelle terra incognita ; ils transforment de l'intérieur, voire dérèglent, les conditions d'exercice des droits fondamentaux et les mécanismes traditionnels de leur conciliation* » (Conseil d'Etat, 2014 : 5). Pour le Vice-président du Conseil d'Etat, la saisie croissante du numérique par le droit est à la fois une réalité et une nécessité : « *elle doit être portée à un niveau supranational, d'abord à l'échelle européenne par la définition d'un socle commun de règles impératives, ensuite au niveau transatlantique (...)* ». Si les difficultés politiques, juridiques et techniques d'une telle réalisation sont évidentes, elles ne doivent pas brider la recherche du plus grand consensus entre les États qui ont de réelles capacités de réglementation, pouvant être coordonnées, dans le cadre de nouvelles coopérations (Sauvé, op. cit.).

Pour l'heure, le recensement des discours haineux et l'inquiétude des responsables européennes montrent l'inefficacité des dispositifs juridiques européens de lutte contre la cyberhaine. Il est impératif que les instruments soient être adaptés et renouvelés.

1° Les carences de la jurisprudence de la Cour européenne

Si les médias et la presse sont les chiens de garde de la démocratie, on ne peut pas en dire autant d'internet. Tout au contraire. Or la jurisprudence européenne s'est bâtie sur l'idée que les propos publics sont principalement véhiculés par des journalistes. A leur égard, la Cour a construit une jurisprudence protectrice, considérant qu'ils sont les relais de l'information et participent en cela au débat d'intérêt général, nécessaire dans la société démocratique.

Dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* (23 septembre 1994), elle ne sanctionne pas le journaliste qui a relayé des propos haineux. Elle énonce que « *sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers dans un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne sauraient se concevoir sans raison particulièrement sérieuses* ». Selon la formule utilisée dans l'arrêt *Observer Guardian contre Royaume-Uni*, du 26 novembre 1991, il incombe à la presse de « *communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit pour le public, d'en recevoir. S'il en était autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de « chien de garde* ». Il en résulte corrélativement la protection du secret des sources de journalistes, « *sans laquelle l'aptitude de la presse à fournir des informations précises et fiables pourrait se trouver amoindrie* » (*Goodwin c/ Royaume-Uni* du 27 mars 1996). La Cour a toujours souligné le rôle éminent des médias « *dans un Etat de droit* » (*Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992).

Mais si cette protection vaut pour les médias classiques que sont la presse, la radio ou l'audiovisuel, elle est obsolète s'agissant d'internet. Certes internet est bien un relais, un vecteur, un passeur d'informations. Mais la donne est inversée puisque tout y est public, diffusé à grande échelle, sans contrôle et le plus souvent anonymement.

Consciente de cette problématique, la Cour européenne a adopté une position en demi-teinte qui ne prend pas à bras le corps les défis et enjeux posés. Elle veut appliquer au numérique les principes généraux qu'elle a forgé en matière de liberté d'expression, tout en reconnaissant l'existence d'une circonstance aggravante liée à la diffusion sur le net.

Par conséquent, **lorsque le propos est diffusé sur la toile, l'ingérence des autorités publiques sur le fondement des critères posés pour appliquer l'article 10 §2 est plus facilement admise**. Ainsi elle a jugé qu'un Etat qui condamne à une amende un élu local ayant publié sur son site un appel au boycott des produits israéliens ne viole pas l'article 10.

Elle retient que le message diffusé sur internet a aggravé le caractère discriminatoire du message du requérant (*Willem c/ France*, 16 juillet 2009, 10883/05) ; il en va de même pour la condamnation du Président du Front national belge pour des propos hostiles aux immigrés tenus sur internet : « *le caractère condamnable du message est aggravé par sa diffusion sur internet* » (16 juillet 2009, *Féret c/ Belgique*, 15615/07, précité) ; ou encore par un arrêt rendu en Grande chambre, elle juge que l'interdiction d'une campagne d'affichage pour promouvoir le site internet d'une secte en raison des dangers pour les mineurs qui étaient susceptibles d'accéder à ce site et « *compte tenu du fait que la requérante était « en mesure de continuer à diffuser ses idées par le biais de son site internet ainsi que par d'autres moyens à sa disposition* », ne constituait pas une violation de l'article 10 par la Suisse. Elle souligne que les « *moyens modernes de diffusion d'information et le fait que le site était accessible à tous, auraient démultiplié l'impact d'une campagne d'affichage* » (Gde. Ch., 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse*, 16354/06)

En revanche, elle a condamné la Turquie pour violation de l'article 10 s'agissant d'une loi autorisant le blocage des sites internet insuffisamment précise et ne répondant pas à l'exigence de prévisibilité de la loi. Un tel dispositif ne permettait pas au « *requérant de jouir du degré suffisant de protection qu'exige la prééminence du droit dans une société démocratique* » (18 juillet 2012, *Yildirim C/ Turquie*, 3111/10).

Ainsi, lorsque les juges de Strasbourg soulignent la nature spécifique d'Internet par rapport aux médias traditionnels, c'est pour justifier des restrictions de libertés plus grandes que celles tolérées pour les médias traditionnels, ou dégager des devoirs et des responsabilités particuliers incombant à ceux qui s'expriment sur Internet (Tréguer, 2013: 2). Mais cela ne suffit pas. Ce dispositif est valable lorsque sont en cause les discours d'une personne identifiée, responsable de ses propos et les assumant devant la juridiction.

Mais il en va différemment lorsque **les propos sont anonymes**. Dans cette hypothèse, qui poursuivre et comment ? **L'Etat se voit contraint de condamner un portail d'information, une plateforme**. Ce cas très précis, qui risque de devenir très courant dans le prétoire européen, s'est posée dans un arrêt récent. Dans l'affaire *Delfi AS c/ Estonie (Delfi AS c. Estonie*, 10 octobre 2013, 64569/09), un portail d'information sur internet avait été condamné pour un commentaire diffamatoire publié sous un article, par un internaute sous pseudonyme. Une mention sur le site indiquait que ces commentaires ne reflétaient pas les opinions de l'organe de presse et étaient publiés sous la responsabilité de leurs auteurs, souvent anonymes. Les commentaires sont automatiquement publiés et ne sont pas systématiquement modérés. Il existe un système de suppression des messages vulgaires et une possibilité d'effacement de commentaires sur requête de lecteurs et sur plainte pour diffamation. La société requérante s'est plainte devant la Cour d'avoir été condamnée par les juges estoniens pour le commentaire d'un tiers contenant des menaces personnelles et un langage agressif qu'elle a retiré du site le jour même de la demande de la personne visée. La Cour à l'unanimité a jugé qu'il n'y avait pas violation de l'article 10.

Mais l'affaire a été renvoyée en grande chambre le 17 février 2014. La réponse de la Cour européenne est très attendue en ce qu'elle va énoncer quelles sont les obligations de contrôle des hébergeurs à l'égard des propos haineux et les limites de l'engagement de leur responsabilité. En définitive, la Cour doit sans cesse adapter sa jurisprudence aux évolutions technologiques, sans qu'il soit possible de les anticiper. Ceci explique certainement le décalage qui existe entre les problématiques juridiques que pose internet et les réponses jurisprudentielles – tardives - qu'elle apporte.

2° La nécessité de prévoir la pénalisation des hébergeurs

Dans la Décision-cadre de 2008 de l'Union européenne sur la pénalisation des auteurs de

discours de haine (2008/913/JAI), en cours de transposition dans les Etats membres, pas une ligne n'est consacrée à internet. Or, on ne peut que constater que la pénalisation des auteurs des propos est insuffisante car lorsqu'ils sont anonymes, il est difficile de les localiser et de les poursuivre.

La seule solution consisterait donc à pénaliser les hébergeurs et les plateformes ; c'est-à-dire les contraindre, sous risque de sanctions pénales, à utiliser des modérateurs avant que les propos soient mis en ligne ; les obliger à fermer ou bloquer l'accès aux sites à teneur raciste, xénophobe, antisémite, appelant au terrorisme, faisant l'apologie de la violence. Les grandes multinationales arguent du fait que ces mesures de blocage et de filtrage sont inefficaces, qu'il est techniquement impossible de le faire eu égard aux millions de données qui transitent chaque jour sur ces plateformes (sur Twitter en particulier). Mais cet argument ne peut pas être entendu car il porte en lui tous les risques de dérive.

D'ailleurs depuis plusieurs années, certains hébergeurs développent des outils de reconnaissance automatique des contenus illicites. Toutefois ces techniques présentent des risques de « surblocage », c'est-à-dire le blocage de contenus licites. C'est pourquoi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 27 mars 2014, *Telekabel*, C-314/12) et la Cour européenne (*Yildirim C/ Turquie*, 18 décembre 2012, 3111/10) se sont montrées particulièrement attentives à la prévention de ces risques. Le blocage automatique des sites n'est sans doute pas la solution pertinente.

En France, la loi antiterroriste du 13 novembre 2014 (Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme) a prévu un dispositif qui permet, à la demande de l'autorité administrative compétente, de faire fermer des sites faisant l'apologie du terrorisme et diffusant des images pédopornographiques, sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante. La loi a été mise en œuvre par le Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique. En 24 heures, les hébergeurs doivent retirer les contenus ou bloquer les accès. En mars 2015, à la demande de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC), cinq sites ont été fermés. Le non-respect des prescriptions est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende.

La difficulté technique de l'application de ce texte tient au fait que les prestataires techniques peuvent déménager, se délocaliser matériellement et virtuellement et échapper aux poursuites françaises. C'est la raison pour laquelle un tel dispositif juridique, spécifiquement destiné à empêcher la diffusion sans contrôle des discours de haine, devrait être envisagé à l'échelle de l'Union, pour l'ensemble des Etats membres. Il est impératif d'adopter en la matière une législation européenne. Il faut en effet rendre applicable à un socle de règles impératives pour les acteurs du numérique, quel que soit leur lieu d'établissement, même lorsqu'il est basé aux États-Unis (Conseil d'Etat, 2014 : 23). C'est pourquoi dans la proposition 28 de son rapport 2014, le Conseil d'Etat propose d'harmoniser les régimes de responsabilités civile et pénale des plateformes sur celui des hébergeurs, afin de prévoir une obligation pour les hébergeurs et les plateformes d'empêcher, durant un délai déterminé, la réapparition des contenus ayant fait précédemment l'objet de retrait (Rapport Conseil d'Etat, 2014 : 305).

En ce sens, il faut bien comprendre qu'internet ne modifie pas limites de la liberté d'expression, mais affecte les moyens de lutte contre les contenus illicites. Et dans ce cadre, il faut prendre garde à ne pas enfreindre la liberté d'expression, par des mécanismes automatisés. En ce sens, la CNCDDH estime que l'intervention d'un juge devrait toujours être

« nécessaire pour ordonner et contrôler le retrait d'un contenu illicite et le blocage d'un site internet, dès lors que ces mesures constituent des ingérences graves dans la liberté d'expression et de communication » (CNDH, 2015, recommandation n°7).

Pour finir, notons que l'Agence européenne des droits fondamentaux (FRA) a organisé sa conférence annuelle 2013 sur les droits fondamentaux sur le thème du crime de haine, avec un atelier consacré à la cyberhaine. Elle a examiné les problèmes liés à la montée de la cyberhaine, les défis pour la combattre, les bonnes pratiques et les solutions possibles. Elle propose d'harmoniser les différences entre les législations et les codes pénaux de sorte que les victimes soient toutes traitées selon des règles égales. Il conviendrait d'établir des normes minimales portant sur ce qui n'est absolument pas admis. D'autres propositions ont visé l'élaboration de mécanismes pour le signalement de contenu indésirable qui vont au-delà de la poursuite judiciaire du discours haineux. Pour sensibiliser les jeunes et répondre au défi que représente l'impunité, il a été suggéré d'instituer des cyber-acteurs d'application de la loi, dans des services, du contenu privés et chez des fournisseurs de plateformes, comme un médiateur pour Facebook (FRA, 2013 : 21). Les travaux de la FRA pourront utilement servir aux institutions européennes lorsqu'elles se pencheront sur la rédaction de nouveaux textes légiférant sur cette thématique.

CONCLUSION

Cette présentation a permis de broser les traits de l'ensemble du dispositif institutionnel, normatif et jurisprudentiel de l'appréhension européenne du discours de haine. Il en ressort quelques **éléments saillants**.

D'une part, nous avons pu observer que le dispositif n'est pas exclusivement contraignant. En ce sens, la complémentarité de l'action du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne a été mise au jour. Si les traités et le droit dérivé obligent les Etats, sous le contrôle de la Cour européenne et de la Cour de justice, il ne faut pas sous-estimer **l'apport des instruments non-contraignants** (résolutions, recommandations, déclarations) et le travail des organisations de défense des droits de l'homme (ECRI et FRA notamment) **s'agissant d'une problématique aussi sensible**. Les textes de *soft-law* sont nombreux (qu'ils émanent du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne) et approfondissent certaines difficultés spécifiques posées par le discours de haine. Ils présentent l'intérêt de pouvoir s'adapter rapidement aux nouvelles thématiques et en particulier de nombreux textes ont déjà exploré les défis et enjeux posés par le numérique. Dissociés d'une approche contentieuse et normative, ils cherchent à proposer des solutions juridiques adéquates et prospectives. Ils intègrent les pratiques étatiques, les comparent et anticipent leur évolution. A terme, ils peuvent faire évoluer la réglementation, guider le législateur interne ; ils portent en germe les dispositions d'une législation européenne.

Ensuite la présentation de la jurisprudence européenne a permis de prendre la mesure de **l'extrême sensibilité du débat** portant sur **l'équilibre à assurer entre la protection de la liberté d'expression et la prévention du discours de haine** : équilibre instable, mouvant, imprévisible, lignes de frontières floues et aléatoires. **Proscrire un discours-type, c'est-à-dire l'identifier a priori comme haineux et l'ostraciser, a été rejeté par les juges européens**. En définitive, malgré les critiques dont peut faire ponctuellement la jurisprudence de la Cour, cette démarche est salutaire dans une société démocratique. Car « à

trop vouloir protéger les valeurs démocratiques que heurtent les discours de haine, le risque est donc d'en venir à étouffer l'objet même de la protection » souligne N. Hervieu (2014).

Enfin, la présentation de ces dispositifs juridiques contraignants ou non, ne doit pas faire oublier que le moyen le plus pertinent pour lutter contre le discours de haine, consistera toujours à renforcer les valeurs de la démocratie et des droits de l'homme qu'il menace. Il n'y a qu'un chemin pour cela : l'éducation, l'instruction, la prévention dès le plus jeune âge. Celles-ci doivent être au cœur des préoccupations européennes. Il faut garder la mémoire de notre histoire, garder en mémoire les crimes commis au XXème siècle.

Dans son discours à Prague le 27 janvier 2015 pour marquer le 70ème anniversaire de la libération d'Auschwitz, le président du Parlement européen Martin Schulz a promis aux survivants de l'Holocauste que leur héritage ne serait jamais oublié : c'est à nous, a-t-il dit, de nous battre pour la liberté et la justice, la démocratie et la dignité humaine; aujourd'hui et tous les jours. « *Trop de personnes ont permis à la haine de grandir, ont fermé les yeux, n'ont rien dit. Nous ne devons plus permettre que cela arrive encore* ». Pour ce faire, la sensibilisation des peuples à l'importance du respect du pluralisme et de la tolérance et aux menaces que le discours de haine fait peser sur la paix et la dignité humaine est fondamentale et ne devra pas être négligée.

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES ET ETUDES

BADINTER (R.), « Avant-propos », *RTDH*, 2001, p. 269.

BADINTER (R.), « La liberté d'expression conditionne l'exercice des tous les autres droits, Entretien avec Robert Badinter et M. Delmas-Marty », *La liberté d'expression, les grands textes de Voltaire à Camus*, Le Monde, Hors série, Mars 2015, pp. 8-17.

BALIBAR (E.), « Le racisme : encore un universalisme », *Mots*, mars 1989, N°18. pp. 7-15.

CAMILLIERI-SUBRENAT (A.), « L'incitation à la haine et la Constitution », *RIDC*, 2-2002, pp. 513-548.

COHEN-JONATHAN (G.), « Discrimination raciale et liberté d'expression », *RUDH*, 1995, pp. 1-8.

COHEN-JONATHAN (G.), « Négationnisme et droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 571 et s.

DELMAS-MARTY (M.), « La liberté d'expression conditionne l'exercice des tous les autres droits, Entretien avec Robert Badinter et Mirielle Delmas-Marty », *La liberté d'expression, les grands textes de Voltaire à Camus*, Le Monde, Hors série, Mars 2015, pp. 8-17.

DELRUELLE (E.), « Éloge du politiquement correct », www.edouard-delruelle.be, 21 mars 2014.

DOCQUIR (P.-F.), « La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ? Note sous arrêt Giniewski contre France, 31 janvier 2006 », *RTDH*, 2006, pp. 839-849.

FLAUSS (J.-F.), « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1992, pp. 461 et s.

FLAUSS (J.-F.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in E. ZOLLER (dir), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, Paris, 2008, p. 97-136

FLAUSS (J.-F.), « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *RTDH*, 2001, pp. 487-515.

GEARTY (C.-A.), « "L'autre" intérieur et extérieur dans l'ombre juridique de l'union racisme, intolérance religieuse et xénophobie en Europe », *L'Union européenne et les droits de l'homme*, sous la dir. de P. ALSTON, Bruylant 2001, n° 10.

GOUTTES (R.) de, « A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti, Bruylant*, 1998, p. 26-42

HAGUENAU-MOIZARD (C.), « La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 N°2, Avril-juin 1999. pp. 347-366.

HERVIEU (N.), « Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme », *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 13 janvier 2014, 13 p.

HETTLAGE-VARGAS (A.), HETTLAGE (R.), « La haine de l'étranger », *Revue européenne des migrations internationales*, 1994, volume 10, n°2, 1994, pp. 45-55

- LAMBERT (P.), « La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie en Europe », *RTDH*, 2001, pp. 271-275
- LAMBERT (P.), « Racisme et liberté d'expression dans la CEDH », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne, Mélanges Rysdall*, Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 735-742.
- LE MIRE (P.), « Article 17 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 509 et s. et p. 621 et s.
- LEVINET (M.), « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme ; obs. sous la décision du 24 juin 2003 Garaudy c/ France », *RTDH*, 2004, 653-662
- MAYER (D.), « L'appréhension du racisme par le code pénal », *Mots*, décembre 1992, N°33, pp. 331-338
- MAYER (N.), « Une approche psycho-politique du racisme », *Revue française de sociologie*, 1996, 37-3. pp. 419-438.
- MILES (R.), « Le racisme européen dans son contexte historique. Réflexions sur l'articulation du racisme et du nationalisme », *Genèses*, 8, 1992, pp. 108-131
- PICHERAL (C.), « Discrimination raciale et convention européenne des droits de l'homme, l'apport de la jurisprudence », *RTDH* 2001, pp. 517-539.
- QUEMENER (M.), « Présentation de l'avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet de la CNDH », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2015, n°113, 03/2015.
- QUIRINI (B.), « Ordonnances Dieudonné, "Suites et reflux" », *Dalloz*, 2015, p. 544
- RENAULD (B.), « La décision cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne : du nouveau en matière de lutte contre le terrorisme ? », *RTDH*, 2010, pp. 119-140
- RIGAUX (F.), « Abridged or forbidden speech: how can speech be regulated through speech? », in M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, p. 292 et s.
- ROSENBERG (D.), « La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne », *RTDE*, 1999, p. 213 et s.
- ROUZIC (L.-M.), « Négationnisme, génocide et abus de droit » *RDLF* 2014, chron. n°11
- SEILLER (B.), « La censure a toujours tort », *AJDA* 2014, p. 129
- SOTTIAUX (S.), « 'Bad tendencies' in the ECtHR's 'hate speech' jurisprudence », *European Constitutional Law Review*, 2011, vol. 7, no. 1, p. 42.
- SPIELMANN A., « La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », *Mélanges Pettiti*, Bruylant 1998, p. 682 et s.
- TAGUIEFF (P.-A.), « L'année terrible pour les juifs », *Le figaro*, 27 février 2015
- TAGUIEFF (P.-A.), « Le néo-racisme différentialiste. Sur l'ambiguïté d'une évidence commune et ses effets pervers », *Langage et société*, n°34, 1985, pp. 69-98.
- TAGUIEFF (P.-A.), « Les présuppositions définitionnelles d'un indéfinissable : le racisme », *Mots, Numéro spécial. L'Autre, l'Etranger, présence et exclusion dans le discours*, mars 1984, N°8. pp. 71-107.

TRAVERSO E., « La Fabrique de la haine : racisme et xénophobie en Europe », *Contretemps* n°9, 2011.

TREGUER (F.), « Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux* (en ligne), 20 mai 2013.

TULKENS (F.), « When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights », in Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O'Boyle & Anna Austin, Eds., *Freedom of Expression: Essays in honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Pays-Bas, Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 279-295.

TURPIN (D.), « La lutte contre le racisme, l'antisémitisme, la xénophobie et le révisionnisme », *LPA*, 1994 n° 117

VAN DROOGHENBROEK (S.), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile? », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, sous la dir. de H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139 à 197.

VAN DROOGHENBROEK (S.), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *RTDH*, 2001, p. 541.

WACHSMANN (P.), « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1994, p. 441-449.

WACHSMANN (P.), « Liberté d'expression et négationnisme », *RTDH* 2001, pp. 585-599.

WACHSMANN (P.), « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, spécial, Les droits fondamentaux, 1998, p. 165

WACHSMANN (P.), « Une certaine marge d'appréciation – Considération sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042.

OUVRAGES

DIAGNE (O.), *La montée du racisme et de la xénophobie en Europe*, 2013, L'Harmattan, 90 p.

HOCHMANN (Th.), *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Paris, Pedone, 2013, 753 p.

KAUFFMAN (J.-C.), *Identités, la bombe à retardement*, Textuel, Petit encyclopédie critique, 2015, 79 p.

LEVI (P.), *Si c'est un homme*, Robert Lafont, 1^{ère} éd. 1958, édition 1996, Préface, p. 9.

MORIN (E.), *Penser l'Europe*, 1987, Gallimard, 221 p.

QUEMENER (M.), *Cybersociété. Entre espoirs et risques*, L'Harmattan 2013, 241 p.

RINGELHEIM (J.) dir., *Politiques antidiscriminatoires*, 2015, De Boeck, Ouvertures politiques, 247 p.

SUDRE (F.) et SURREL (H.) dirs., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007, Bruylant, Nemenis, 2008, 474 p.

TAGUIEFF (P.-A.), *La revanche du nationalisme : néopopulisme et xénophobes à l'assaut de l'Europe*, 2015, PUF, 309 p.

VIDAL-NAQUET (P.), *L'Allemagne nazie et le génocide juif*, Paris, Le seuil/Gallimard, 1985, 600 p.

VIDAL-NAQUET (P.), *Les assassins de la mémoire. Un Eichmann de papier et autres essais sur le révisionnisme*, 1987, éditions la Découverte, 231 p.

WIEVIORKA (M. dir.), *Racisme et xénophobie en Europe — Une comparaison internationale*, La Découverte, 1994, 305 p.

ZOLLER (E. dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, 292 p.

RAPPORTS, DISCOURS ET ENTRETIENS

Ce racisme qui menace l'Europe, Actes du colloque sur la lutte contre le racisme et la xénophobie en Europe, Strasbourg, 7, 8, 9 nov. 1994, organisé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme et la Commission des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, La documentation française, janvier 1996, 443 p.

CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme), *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, 12 février 2015, points 1 à 32.

CONSEIL D'ETAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Collection Les études du Conseil d'Etat, 2014, 441 p.

Entretien avec F. TULKENS, ancienne juge et vice présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, propos recueillis par N. HERVIEU, *Revue des droits de l'homme*, n°3, juin 2013.

FRA (European union agency for fundamental rights), *La lutte contre la cyber haine, Droits fondamentaux : développements juridiques et politiques clés en 2013*, 2014, Office des publications de l'Union européenne, 80 p.

Internet : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Rapport, Division de la Recherche, Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, 2011, 34 p. (http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_FRA.pdf)

La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, Commission nationale consultative des droits de l'homme, 2014, La documentation française, 506 p.

MCGONAGLE (T.), *Le Conseil de l'Europe contre le discours de haine : interrogations et défis*, Rapport, MCM(2013)005, 2013, 43 p.

MUIZNIEKS (N.), Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Rapport suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014*, Strasbourg, 17 février 2015, CommDH(2015)1).

SPIELMANN (D.), Discours du président de la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion d'un déjeuner de travail intra-institutionnel sur le thème « Quelle réponse apporter à la montée des extrémismes en Europe ? » (Strasbourg, Conseil de l'Europe, 24 juin 2013).

TEHINDRAZANARIVELO (D.-L.), *Le racisme à l'égard des migrants en Europe*, Éditions du Conseil de l'Europe, Collection migration, 2009, 252 p.

WEBER (A.), *Rapport sur le discours de haine*, Council of Europe Manuals, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 96 p.