

DE GORDIAANSE KNOOP VAN
DE ANTIDEMOCRATISCHE
PARTIJEN.

DE WET ALS
TWEESNIJDEND ZWAARD?

LE NŒUD GORDIEN
DES PARTIES
ANTIDÉMOCRATIQUES.
LA LOI, UNE EPÉE À DOUBLE
TRANCHANT?

Annabel BACKS, Serge GUTWIRTH,
Kaat LEUS, Sven BAETEN (editors)



Le droit d'être à l'abri du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale ou religieuse

O. DE SCHUTTER

Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'U.C.L.

Le statut du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale ou religieuse dans le droit international des droits de l'homme est généralement abordé au départ de la question des limites qui peuvent être apportées à la liberté d'expression d'un individu au nom soit de la protection des droits d'autrui, soit du principe selon lequel l'on ne doit pas la liberté aux ennemis de la liberté. Le choix de cet angle est naturel. Il s'impose non seulement par habitude, mais aussi parce que c'est sous cette forme généralement que le contentieux portant sur la discours d'incitation à la haine ou à la discrimination amène à s'interroger sur son statut : la grande masse de la jurisprudence dont nous disposons sur cette question met en effet en scène une personne ou un groupe - parti politique, association ou media - qui tiennent ou propagent des propos ou messages d'incitation à la haine, à qui l'autorité publique inflige une sanction, et qui, afin soit d'obtenir l'annulation ou le retrait de la sanction, soit d'obtenir réparation pour une sanction injustement infligée, revendiquent le bénéfice de la liberté d'expression en prétendant que l'exercice de celle-ci s'étend aux propos qu'ils ont tenus ou diffusés. En tel cas de figure, la question posée au juge est : cette personne ou ce groupement peuvent-ils revendiquer le bénéfice de la liberté d'expression, et s'ils le peuvent, les justifications avancées par l'autorité pour infliger la sanction sont-elles pertinentes et suffisantes, ou bien faut-il considérer au contraire que l'imposition de la sanction viole la liberté d'expression?

Mon intention est ici de renverser la question, afin d'aborder le statut du discours d'incitation à la haine dans le droit international des droits de l'homme plutôt au départ de l'interrogation suivante que nous adresserions, non pas le raciste ou celui qui incite à la haine religieuse, mais leurs victimes¹ : la personne ou le groupe à qui le discours d'incitation à la haine cause une souffrance peuvent-ils revendiquer la protection de

¹ Sur l'intérêt de partir du point de vue de la victime dans ces questions, voy. surtout R. Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling", 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133 (1982); M. Matsuda, "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation", 37 *Buffalo L. Rev.* 337 (1989); M. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story", 87 *Mich. L. Rev.* 2320 (1989).

l'Etat sous la juridiction duquel ils se trouvent, et s'ils le peuvent, les justifications avancées par l'autorité pour refuser cette protection sont-elles néanmoins pertinentes et suffisantes, ou bien faut-il considérer au contraire que l'abstention de l'Etat viole le droit à être protégé du discours d'incitation à la haine?

D'une certaine manière, c'est là simplement une autre façon de formuler la même question, celle de l'équilibre adéquat à préserver entre la liberté d'expression des uns et le droit des autres à ne pas constituer la cible d'un discours qui constitue pour eux une menace, dans une société démocratique où dominent les valeurs de la tolérance et du pluralisme. Pourtant, substituer, à la question des *restrictions admissibles à la liberté d'expression* de celui qui tient un discours d'incitation à la haine, la question des *limites acceptables à la protection que les victimes de ce discours peuvent obtenir de la part de l'Etat*, invite à s'interroger explicitement sur le droit des groupes - notamment ici, des groupes ethniques ou des communautés religieuses - à une telle protection. Or cette dernière interrogation n'est pas rencontrée de front tant que l'on demeure confiné dans la première question. Lorsque la Cour suprême des Etats-Unis reconnaît spectaculairement, dans son arrêt *Beauharnais v. Illinois* de 1952, qu'un Etat peut, sans violer la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, réprimer les formes d'expression qui constituent des atteintes à la réputation de certaines communautés, elle affirme la licéité de l'objectif qui consiste à combattre le "group libel" par analogie au droit de l'individu à la protection de sa réputation - pour autant, elle ne va pas jusqu'à affirmer que les groupes ont, en tant que tels, et au même titre que l'individu seul², un droit collectif à être placés à l'abri de ces formes d'expression qui leur portent atteinte.³ Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme note, dans l'affaire *Jersild c. Danemark*, que "les remarques qui ont valu leur condamnation aux blousons verts" - ces jeunes racistes danois interviewés dans le cadre d'une émission d'actualités par le journaliste requérant devant la Cour - "étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10"⁴, elle ne prend pas position sur les possibilités que la Convention aurait offertes aux minorités résidant au Danemark d'attirer cet Etat devant le juge international, si d'aventure, à défaut d'avoir

² Voy. par ex. H. Monaghan, "Of 'Liberty' and 'Property'", 92 *Corn. L. Rev.* 405 (1977).
³ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). L'opinion que rend le juge Frankfurter pour la majorité de la Cour repose essentiellement sur le tracé d'une analogie entre la protection de la réputation de l'individu contre la diffamation et la protection homologue qu'il serait permis aux Etats de l'Union de reconnaître aux groupes: "No one will gainsay that it is libelous falsely to charge another with being a rapist, robber, carrier of knives and guns, and user of marijuana. The precise question before us (...) is whether the protection of 'liberty' in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment prevents a State from punishing such libels (...) directed at designated collectivities and flagrantly disseminated. (...) if an utterance directed at an individual may be the object of criminal sanctions, we cannot deny to a State power to punish the same utterance directed at a defined group, unless we can say that this is a willful and purposeless restriction unrelated to the peace and well-being of the State" (pp. 257-258). Parmi les commentaires significatifs de cette affaire, voy. Note, "Group Libel Laws: Abortive Effects to Combat Hate Propaganda", 61 *Yale L.J.* 252 (1952); Note, "Group Libel and Criminal Libel", 1 *Buffalo L. Rev.* 258 (1952); Note, "The Supreme Court - 1951 Term", 66 *Harv. L. Rev.* 89, 112-114 (1952). La validité de *Beauharnais v. Illinois*, dont certains commentateurs ont douté à partir de 1964, a été réaffirmée dans *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 112 S.Ct. 2538 (1992). Ce dernier arrêt en restreint cependant la portée, ainsi qu'on le verra ci-après.

⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, Série A n°298, § 35.

été alerté par l'évêque d'Alborg⁵, le ministre danois de la justice n'avait pas ordonné des poursuites pénales envers les auteurs des propos litigieux. De même, lorsque, saisie d'affaires où l'Etat défendeur devant elle prétend justifier certaines restrictions à la liberté d'expression au nom de la protection des sentiments religieux d'autrui, ce qui fonderait l'interdiction du blasphème⁶, la Cour européenne des droits de l'homme admet que pareille interdiction "cadre (...) parfaitement avec l'objectif de protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9"⁷, elle va jusqu'à dire que "la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9"⁸. Mais il serait audacieux de déduire de ces passages que tel croyant, choqué par telle provocation religieuse, pourrait invoquer l'article 9 de la Convention pour réclamer de l'Etat sous la juridiction duquel il se trouve qu'il agisse afin de faire cesser ladite provocation. Il serait de peu d'intérêt de multiplier les exemples.⁹ L'essentiel est de voir que, s'il y a bien deux façons de poser la question de l'équilibre entre la liberté d'expression des uns et le droit des autres à la protection contre la menace que peut constituer un tel discours, ces deux formulations ne sont nullement symétriques : la restriction à la liberté d'expression pouvant être justifiée par d'autres motifs que celui de la protection des droits d'autrui, et surtout, ces "droits d'autrui" n'étant pas nécessairement justiciables à défaut en particulier qu'on puisse toujours en identifier les titulaires de manière incontestable, seule l'interrogation posée au départ du *droit à la protection de la*

⁵ Id., § 12.

⁶ Mais j'essaierai de suggérer ci-dessous que, contrairement à l'appréciation que porte la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, l'incrimination du blasphème ne saurait être justifiée au départ des mêmes considérations que celles qui permettent de justifier l'interdiction du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination religieuse. S'il y a une analogie entre les questions, l'analogie se situe sur le plan logique; elle n'équivaut pas à affirmer une identité entre les questions.

⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, § 48.

⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 47. Un peu plus loin dans le même paragraphe, la Cour note: "On peut légitimement estimer que le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 a été violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse; de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique".

⁹ Il est permis de noter que, dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni* ayant donné lieu à son arrêt du 27 septembre 1999, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas voulu saisir l'occasion qui lui était donnée de prendre position sur la question de savoir si l'article 10 de la Convention pouvait obliger les Etats parties à protéger les homosexuels contre les attitudes homophobes dont ils sont victimes. Tout en estimant ne pas devoir exclure "que le silence imposé aux intéressés quant à leurs préférences sexuelles ainsi que la nécessité constante d'être vigilants, discrets et secrets à cet égard vis-à-vis de leurs collègues, amis et relations de par l'effet inhibiteur de la politique du ministère de la défense, peuvent constituer une ingérence dans leur liberté d'expression" (§ 127), la Cour a estimé que dans les circonstances de l'espèce, la question de la liberté d'expression était accessoire par rapport à celle du droit au respect de la vie privée. Du point de vue qui est le nôtre, le passage cité est plus significatif que celui que la Cour consacre à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : en effet, la violation de l'article 3 de la Convention était alléguée en raison des actes reprochés à l'Etat (investigation sur l'homosexualité alléguée des intéressés, révocation de l'armée de ceux-ci pour homosexualité), plutôt qu'en raison de son abstention à protéger contre des intimidations ou harcèlements commis par des particuliers. L'on reviendra plus loin sur cet arrêt et l'utilisation qui est faite de ces dispositions.

victime permet d'aborder, explicitement, la question de l'existence *vel non* d'un droit de certains groupes, ou des membres individuels de certains groupes, à une protection de la part de l'Etat.

Mais par-delà cette première conséquence, trop évidente pour qu'on s'y attarde, le changement de perspective proposé amène d'autres conséquences peut-être moins aisées à percevoir au premier regard, et qu'il est utile d'identifier d'emblée (I). C'est après avoir décrit ces conséquences, qui justifient le point de vue adopté, que je vais tenter de mettre en lumière les contours de ce droit collectif d'être à l'abri du discours d'incitation à la haine, tel qu'il me paraît pouvoir être décelé dans le droit international des droits de l'homme. Après avoir cerné le contenu de l'obligation de l'Etat, tenu de protéger l'individu qui en est victime du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination, et les difficultés que peut présenter l'affirmation d'une telle obligation (II), je vais tenter d'effectuer le passage de l'obligation de l'Etat au droit de l'individu (III). Ce sera une façon de revenir au point de départ : car si c'est au départ de la liberté d'expression de celui qui tient un discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale ou religieuse, plutôt qu'au départ du droit à la protection de la victime, que l'on pose traditionnellement la question de l'équilibre entre les deux valeurs en conflit, c'est naturellement aussi en raison des obstacles procéduraux qui entravent la reconnaissance de ce droit des victimes, alors que celui qui tient le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination ne rencontre pas, lui, ces mêmes obstacles.

Il n'est sans doute pas superflu de situer le statut de la présente contribution par rapport aux autres études rassemblées dans ce volume. Ces études ont en commun de partir du point de vue du parti ou de l'individu auteur de propos liberticides - tantôt antidémocratiques, tantôt incitant à la haine ou à la discrimination -, pour ensuite s'interroger sur les justifications qu'on peut trouver à l'interdiction de ces partis ou de leur propagande, ou à celle des propos tenus par ces individus. Est-il compatible avec les exigences de la liberté d'expression et de la liberté d'association de prendre de telles mesures d'interdiction? Est-ce souhaitable, d'ailleurs, ou bien des effets pervers sont-ils à craindre? Comme en atteste la haute qualité des contributions rassemblées ici, l'intérêt de ces approches ne fait aucun doute: elles tentent de répondre aux questions qui se posent dans notre société aujourd'hui, et dans les termes mêmes où elles se posent. Ici, j'essaie de proposer, modestement, de redoubler ces questions de deux autres. Est-il compatible avec, notamment, l'exigence de non-discrimination, de ne pas prendre des mesures contre les groupements ou individus dont les propos constituent une menace pour les personnes envers qui ils incitent à la haine ou à la discrimination? Et est-il opportun, ou potentiellement dangereux, de demeurer passifs face à de tels groupements ou individus? Il y a un risque à renverser ainsi la perspective: c'est celui que ce texte apparaisse épouser de moins près les formes qu'a prises aujourd'hui le débat public. C'est donc à tenter d'expliquer l'intérêt qu'il peut y avoir à opérer un tel renversement - car j'assume volontiers ici la charge de la preuve - que je vais m'employer d'abord.

I. De la question des restrictions admissibles à la liberté d'expression à la question des limites admissibles au droit d'être à l'abri du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination

La remise en cause de l'idéologie de marché implicite à la garantie de la liberté d'expression

Le premier gain du changement d'angle proposé se situe au niveau de nos représentations implicites de l'enjeu du rapport entre liberté d'expression et droit à la protection contre le discours d'incitation à la haine. Tant que l'on fait figurer la liberté d'expression au point de départ, tant que la restriction apportée par l'Etat conserve le statut d'exception, subsistent deux idées qui, pour être fausses, n'en exercent pas moins un pouvoir d'attraction considérable. Premièrement, la préservation de la liberté d'expression est présentée comme n'impliquant aucune intervention de la part de l'Etat. Celui-ci garantirait pleinement son respect simplement en s'abstenant de commettre une ingérence dans son exercice. Cette abstention serait la garantie de la neutralité de l'Etat : tant qu'il se contente de protéger le liberté d'expression de toute personne qui prétend l'exercer, l'Etat ne prendrait pas parti, et ne saurait par conséquent être soupçonné d'orienter à son profit, à des fins partiales ou afin de satisfaire les exigences d'une faction déterminée, le cours de la discussion publique. Deuxièmement, abandonnée à elle-même, la liberté d'expression - l'usage qui en est fait par les participants à la discussion dans l'espace public - permettrait la recherche en commun de la vérité ou de la justice : la libre concurrence des opinions déboucherait, comme par l'effet miraculeux d'une main invisible, à l'élimination des idées les moins susceptibles de justification, et garantirait, au moins à terme, le triomphe des idées les plus fondées, car ayant surmonté avec succès l'épreuve de la discussion.

La métaphore du "free marketplace of ideas", qui hante la jurisprudence américaine relative à la liberté d'expression garantie au Premier Amendement à la Constitution fédérale depuis qu'elle y a été introduite par le juge Holmes en 1919¹⁰, illustre bien la profonde homologie qui existe entre cette conception de la liberté d'expression et l'idéologie de l'économie politique néo-classique : comme cette idéologie¹¹, la métaphore de la "free marketplace of ideas" postule une sphère pré-politique, à l'existence quasi naturalisée, et d'où l'Etat est considéré comme absent; comme elle aussi, elle idéalise cette sphère, non seulement par l'affirmation de son autonomie, mais encore en postulant que le déploiement de la liberté des acteurs individuels en concurrence les uns avec les autres aboutira à des résultats optimaux, et à tout le moins plus souhaitables que si l'Etat se mêlait de les influencer; comme cette idéologie enfin, la métapho-

¹⁰ *Voy. Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) (Holmes, J., dissenting) ("...when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wished safely can be carried out") (notre accent).

¹¹ J'emploie le terme dans le sens large que lui attribue L. Dumont, pour qui l'idéologie est "l'ensemble des idées et valeurs - ou représentations - communes dans une société, ou courantes dans un milieu social donné" (L. Dumont, *Homo aequalis*, t. I. *Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 1985, p. 26).

re du marché des idées exprime une méfiance vis-à-vis de toute intervention de l'Etat au sein de cette sphère, spécialement s'il s'agit pour l'Etat d'égaliser des ressources dont disposent les participants¹² : la seule fonction de l'Etat dans l'organisation de la liberté d'expression serait de veiller au respect de règles imposées uniformément à l'ensemble des personnes dont les opinions entrent en concurrence les unes avec les autres, sans pouvoir jamais donner l'impression de prendre parti au profit d'une faction déterminée. Poussée à son terme, cette métaphore aboutit à une absolutisation de la liberté d'expression, non pas au sens où il ne serait plus possible de lui apporter des restrictions au nom de la protection de certains intérêts publics légitimes suffisamment importants, mais au sens où l'on perd de vue son caractère instrumental. Or cette instrumentalité de la liberté d'expression doit être clairement reconnue. De même que la protection des prérogatives associées à la liberté économique - liberté contractuelle, droit de propriété, libre exercice d'une activité professionnelle - vise à la constitution d'un marché censé tendre vers une allocation optimale des facteurs de production disponibles, cette protection devant s'effacer dès lors que le résultat attendu ne se produit pas (par exemple en cas d'abus de position dominante par un acteur économique), de même la garantie de la liberté d'expression est censée contribuer au "progrès" de la société¹³ et à "l'épanouissement de chacun"¹⁴, et elle doit céder lorsque l'usage qui en est fait n'est manifestement pas de nature à contribuer à cet objectif.¹⁴ Absolutiser la

¹² Voy. not. C. Sunstein, "Lochner's Legacy", 87 *Colum. L. Rev.* 873, 883-884 (1987). Dans un arrêt *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), la Cour suprême avait choisi de constater l'inconstitutionnalité, par rapport au Premier Amendement à la Constitution fédérale, d'une loi fédérale qui imposait des plafonds aux dépenses électorales, afin d'égaliser les chances des différents candidats et d'éviter que les candidats disposant des soutiens financiers les plus puissants soient excessivement avantagés dans la compétition électorale. Selon la Cour: "the concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment" (pp. 48-49). C. Sunstein critique la décision dans ces termes: "...the existing distribution of wealth is seen as natural, and failure to act is treated as no decision at all. Neutrality is inaction, reflected in a refusal to interfere in markets or to alter the existing distribution of wealth". Pour une autre critique de cet arrêt, voy. St. H. Shiffrin, *Dissent, Injustice, and the Meanings of America*, Princeton, NJ, Princeton Univ. Press, 1999, pp. 111-112.

¹³ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A n°24, § 49: "La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, 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'Etat 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'".

¹⁴ C'est en raison de ce qu'elles ne contribuent pas à l'entreprise de la recherche en commun de la vérité que la jurisprudence constitutionnelle américaine exclut certaines catégories d'expression de la protection du Premier Amendement à la Constitution fédérale. C'est le cas spécialement des "fighting words", qui consistent des attaques verbales susceptibles de conduire à des réactions violentes. Selon la Cour suprême des Etats-Unis: "There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any Constitutional problem. The include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or 'fighting' words - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality. 'Resort to epithets or personal abuse if not in any proper sense communication of information or opinion safeguarded by the Constitution, and its punishment as a criminal act would raise no question under that instrument'" (*Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942) (notre accent)).

liberté d'expression, en ce sens, c'est refuser de s'interroger sur les conséquences qui résultent de sa garantie, quitte à réviser celle-ci si ces conséquences ne sont pas conformes aux attentes : c'est tomber dans le formalisme qui consiste à substituer le moyen à la fin.

La séduction qu'exercent sur les esprits les deux idées sur lesquelles prend appui la métaphore du "free marketplace of ideas" est réelle, et cela est dû sans doute à l'étroite homologie qu'on vient de signaler avec l'idéologie économique. Pourtant ces deux idées sont fausses. Il n'est pas vrai qu'en s'abstenant d'intervenir dans l'organisation de la liberté d'expression, l'Etat ne prend le parti de personne, abandonnant au seul jeu de l'échange argumenté le soin de départager les opinions en conflit. D'abord l'Etat intervient toujours. Tout un ensemble de règles encadrent l'usage qui est fait de la liberté d'expression, définissant les "responsabilités" de qui choisit de l'exercer : à travers par exemple la protection de la propriété intellectuelle, l'incrimination de la diffamation et de la calomnie, un droit de la responsabilité civile qui permet de sanctionner l'atteinte à la réputation, l'institution du droit de réponse, l'Etat est en réalité omniprésent sur ce "marché des idées"; et si nous avons tendance à considérer qu'il "intervient" - ou quitte sa "réserve traditionnelle"¹⁵ - lorsqu'il prend des réglementations telles que celle subordonnant le subventionnement public de certaines formations politiques au respect des droits et libertés fondamentaux ou incriminant le discours d'incitation à la haine, c'est uniquement parce que ces réglementations, plus neuves dans le champ de la liberté d'expression, nous paraissent déroger à un *status quo* que nous avons tendance à considérer comme quasi naturel. Ensuite, au moment même où il prétend s'abstenir d'intervenir, l'Etat prend en fait le parti des personnes ou des groupements qui, disposant des ressources les plus importantes, peuvent effectivement exercer une influence disproportionnée sur la formation de l'opinion publique, en raison des moyens à leur disposition : la reconnaissance à tous d'une même liberté d'expression, qui ne serait pas attentive à cette inégale répartition des ressources, aboutit en réalité à privilégier la liberté des mieux armés par rapport celle des autres.¹⁶ L'affirmation paraît à ce point aller de soi qu'on peut s'étonner que, dans la jurisprudence des organes de surveillance de la Convention européenne des droits de

¹⁵ La terminologie qui figure dans l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat le 26 octobre 1994, sur la proposition de loi modifiant la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1994-1995, n°1113/1), qui allait déboucher sur la loi du 10 avril 1995 modifiant la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques (*Mon. b.*, 15 avril 1995, p. 9787), est à cet égard éclairante. La proposition de loi visait à subordonner l'octroi d'un financement public des partis politiques au respect par ceux-ci des droits et libertés inscrits à la Convention européenne des droits de l'homme : la section de législation du Conseil d'Etat estime qu' "en ajoutant une nouvelle condition aux conditions actuellement prévues pour obtenir l'aide de l'Etat, à savoir celle de certains engagements statutaires, la proposition ne manifestait plus la réserve dans laquelle l'Etat se tenait traditionnellement" (Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1994-1995, n°1113/3 (notre accent)).

¹⁶ C'est le thème dominant de l'ouvrage de C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, New York, 1993, repr. 1995, qui en appelle pour ce motif à un "New Deal" en matière de liberté d'expression, si l'on veut que celle-ci soit véritablement utile à la délibération démocratique.

l'homme, l'on ne la trouve semble-t-il formulée qu'une seule fois, au moins de manière explicite.¹⁷

Il n'est pas davantage vrai qu'abandonnée à elle-même, la concurrence entre les différentes opinions exprimées par les participants au débat public permettrait de les départager, de façon telle qu'émergerait victorieuse l'opinion la mieux fondée - la loi de l'argument le meilleur venant ici prendre la place qu'occupe l'optimum de Pareto dans l'économie néo-classique.¹⁸ En particulier, Timur Kuran¹⁹ a bien mis en lumière la fonction ambiguë que remplit l'exigence de publicité, tellement centrale pourtant dans notre conception de l'échange argumenté qui se tient dans l'espace public. La publicité opère effectivement un tri entre les affirmations susceptibles de justification et les autres, ce qui permet à la discussion d'opérer comme un mécanisme de sélection départageant les affirmations dont il est débattu. Mais la publicité introduit par ailleurs des mécanismes dont l'effet est, à l'inverse, de récompenser les opinions les plus conformistes, ou bien plus exactement, les opinions qu'il est le moins coûteux, en termes réputationnels, de soutenir. La reconstruction que Kuran offre des mécanismes de formation de l'opinion publique tient compte du souci de réputation des individus qui, notamment, ne souhaitent pas s'exposer à la réprobation que leur vaudrait le fait de s'opposer à une opinion dominante - c'est-à-dire à une opinion qui, si elle n'est pas partagée par tous ou par un très grand nombre, est en tout cas celle à laquelle un très grand nombre d'individus affirment publiquement adhérer. Cette présentation semble venir en soutien des théories de la liberté d'expression qui, comme celle de St. Shiffrin, affirment la nécessité de reconnaître une protection renforcée aux opinions minoritaires, ou "dissidentes" dans un espace public qui, à défaut d'une sorte d'action positive en faveur des prises de position hétérodoxes, court en permanence le risque de l'uniformisation.²⁰ Elle encourage en tout cas à adopter une attitude réaliste envers le processus de sélection des idées qui s'opérerait par la discussion, processus qui, pour

¹⁷ Voy. Commiss. eur. D.H., rapp. (art. 31 anc.) du 6 juill. 1976, *De Geïllustreerde Pers NV c. Pays-Bas*, D.R., 8, p. 5 (à la société requérante qui alléguait que l'interdiction faite à une revue d'intérêt général de publier l'ensemble des programmes de radio et de télévision constitue une violation de l'article 10 de la Convention ainsi que des articles 10 et 14 combinés, la Commission répond notamment : "... l'article 10 de la Convention ne vise pas à assurer une protection des intérêts commerciaux de certains journaux ou groupes de journaux, en tant que tels. Un problème peut sans doute surgir sous l'angle de cet article lorsqu'un Etat manque à son obligation d'empêcher les concentrations de presse excessives mais ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce" (§ 88). La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs eu l'occasion de condamner l'existence d'une discrimination dans l'exercice de la liberté d'expression, pour déduire de la combinaison des articles 10 et 14 de la Convention une obligation des autorités étatiques de ne pas priver tel organe de presse d'une possibilité de diffusion qui était reconnue à d'autres organes concurrents (distribution gratuite de périodiques au sein des forces armées); voy. Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche* du 19 décembre 1994, not. § 37.

¹⁸ Voy. Baker, "Scope of the First Amendment Freedom of Speech", 25 U.C.L.A. L. Rev. 964, 974-978 (1978), pour une critique de la métaphore de la "free marketplace of ideas".

¹⁹ T. Kuran, *Public Lies, Private Truths. The Social Consequences of Preference Falsification*, Cambridge, Harv. Univ. Press, 1997.

²⁰ St. H. Shiffrin, *Dissent, Injustice, and the Meanings of America*, Princeton, NJ, Princeton Univ. Press, 1999; également, et plus précisément sur notre question, voy. de cet auteur "Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America", 80 Cornell L. Rev. 43 (1994).

déboucher sur les résultats espérés des partisans d'une liberté d'expression dans laquelle l'Etat interviendrait le moins possible, suppose à tout le moins réalisées certaines conditions qu'il appartient à l'Etat de réaliser affirmativement.

S'interroger sur les contours d'un droit des victimes du discours de haine à réclamer la protection de la part de l'Etat, c'est-à-dire chercher à identifier la source d'une obligation d'intervention de l'Etat dans le "marché libre des idées", c'est remettre en cause la structure conceptuelle à laquelle s'adosse implicitement la présomption défavorable à une telle intervention. Une fois posée la question de ce droit des victimes, il devient impossible d'assimiler l'abstention de l'Etat - son retrait de la sphère où s'échangent les idées sans entraves de sa part - à une position neutre parce qu'immobile : en refusant son aide, l'Etat effectue un choix qu'il doit justifier, exactement comme il serait tenu de justifier le choix inverse de s'immiscer dans la liberté d'expression afin d'orienter le cours de la discussion publique. Et il n'est plus permis de présumer que la libre concurrence entre les opinions aboutira nécessairement aux différents objectifs dont la liberté d'expression est l'instrument - en somme : favoriser l'exercice de l'autodétermination collective²¹ et individuelle²². En effet, puisque, s'il accordait sa protection aux groupes qui la réclament, l'Etat modifierait le régime de la liberté d'expression, il n'est plus possible de considérer que son retrait ou son abstention conduisent naturellement à la sélection des idées les meilleures : cette sélection pourrait s'opérer dans d'autres conditions, donc aboutir à l'émergence victorieuse d'idées différentes; dans la mesure où l'Etat y assume aussi un rôle (même si ce rôle est moins visible, étant limité à la préservation du *status quo*), la "libre concurrence des idées" ne se distingue pas conceptuellement d'autres manières d'organiser la liberté d'expression, dont aucune ne peut prétendre à une position privilégiée par rapport à toutes les autres.

Le renversement de la charge de prouver l'efficacité de la restriction apportée à la liberté d'expression en vue de la réalisation du but poursuivi

Un second gain du déplacement de perspective proposé consiste dans la modification qui en résulte dans la répartition de la charge de prouver le caractère approprié et proportionné de l'intervention de l'Etat, soit afin d'apporter une restriction à la liberté d'expression, soit afin de refuser sa protection aux victimes du discours de haine. Dans le raisonnement qui part de la liberté d'expression de celui qui incite à la haine, il incombe normalement à l'Etat de prouver que telle restriction qu'il apporte au discours de haine est à la fois propre à réaliser tel objectif légitime, par exemple à la protection des droits d'autrui, et proportionnée à ce que réclame cet objectif pour sa réalisation. L'Etat doit alors surmonter l'ensemble des objections traditionnellement opposées à l'incrimination du discours extrémiste, qui mettent en doute l'efficacité d'une telle incrimination ou en soulignent les potentiels effets pervers.²³ Au contraire, un renver-

²¹ Voy. surtout A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper & Row, 1948.
²² Voy. surtout Richards, "Free Speech and Obscenity Law : Toward a Moral Theory of the First Amendment", 123 U. Pa. L. Rev. 45 (1974).

²³ Mieux sans doute qu'aucun autre document, le rapport préparé en 1963 par Benjamin L. Zelenko et Theodore Sky à la demande de la commission de la justice de la Chambre des Représentants du Congrès des Etats-Unis

sement de la charge de la preuve s'opère dès l'instant où l'on s'interroge sur le droit des victimes à la protection contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination : ce que l'Etat doit alors pouvoir justifier, ce n'est plus alors son intervention dans l'exercice de la liberté d'expression, mais au contraire, s'il en refuse le bénéfice à ceux qui la réclament, l'abstention qu'ils lui reprochent.

A ceci, l'on pourrait être tenté de répondre que l'Etat pourrait échapper largement à l'obligation de justifier l'ingérence dans la liberté d'expression de celui qui tient un discours d'incitation à la haine ou à la discrimination en prenant appui sur une clause telle que l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui exclut que cet instrument puisse être interprété comme impliquant pour un individu ou un groupement 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 Convention. Cette réplique serait tout à fait recevable si l'article 17 de la Convention - comme, du reste, la clause équivalente du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁴ - opérât de manière à simplement déchoir du bénéfice de la liberté d'expression les personnes qui, en ce sens, commettent un abus de cette liberté. En présence de pareille clause, la charge de la preuve continue sans doute d'être certaine manière de reposer sur l'Etat, qui doit démontrer que les conditions qui permettent de priver un individu ou un groupement du bénéfice de la liberté d'expression sont réunies : cet individu ou ce groupement ont effectivement pour *objectif* la "destruction" des droits et libertés garantis dans la Convention, c'est-à-dire que l'atteinte à ces droits et libertés n'est pas seulement la *conséquence indirecte* d'activités tendant vers un autre but²⁵ (première condition); les droits et libertés qu'ils prétendent exercer peuvent effectivement servir à cet

résumé ces arguments de la façon suivante : des poursuites entamées contre les auteurs de tels discours ou contre ceux qui en assurent la diffusion donnent à leurs idées une publicité supplémentaire; la condamnation pour propos extrémistes permettra à l'auteur de tels propos de se présenter comme un martyr de la liberté d'expression, et de prétendre qu'on a voulu réduire au silence ses idées parce que, loin d'être insignifiantes, elles "dérangent", mais l'acquiescement au terme de poursuites serait pire encore, car il risquerait d'être interprété comme une reconnaissance de la crédibilité des propos incriminés; enfin, plus l'incrimination vise certaines affirmations précises, et notamment le discours d'incitation à la haine envers telles minorités identifiées, et plus la loi pénale sera perçue comme protégeant des intérêts particuliers, plutôt que comme adoptée dans l'intérêt général de la collectivité. Voy. B.L. Zelenko and T. Sky, *Staff House Comm. on Judiciary*, 88th Cong., 1st Sess., Report on Proposed Group Libel Legislation (Comm. Print 1963). Le rapport est abordé largement dans le commentaire anonyme "Racial Defamation and the First Amendment", 34 *Fordham L. Rev.* 653 (1966). Pour une critique des arguments, voy. Th. D. Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and the Law of Nations*, Martinus Nijhoff Publ., The Hague-Boston-London, 1998, pp. 100-104.

²⁴ Voy. l'article 5, § 1er, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966: "Aucune disposition du présent Pacte 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 et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues au présent Pacte".

²⁵ C'est là, je crois, l'interprétation la plus plausible - parce que la plus conforme à au moins une explication doctrinale qui a reçu la théorie de l'abus de droits, selon laquelle l'abus résulte de l'usage d'un droit en vue de la poursuite d'autres fins que celles en vue desquelles il a été institué - d'une jurisprudence très confuse sur ce point - celui de savoir en quoi consiste un acte "visant à la destruction des droits et libertés". Cette

objectif de détruire les droits et libertés de la Convention²⁶ (deuxième condition); enfin, la déchéance des droits et libertés que l'article 17 de la Convention autorise ne dépasse pas ce qui est strictement nécessaire à éviter cet abus des garanties de la Convention (troisième condition). Cette dernière condition surtout est significative, dès lors qu'elle subordonne l'utilisation de cette clause à l'épreuve de la proportionnalité²⁷ : à peine qu'il puisse commettre impunément un détournement de pouvoirs en prenant prétexte de la possibilité de priver du bénéfice de tel droit l'individu à qui il est reproché de vouloir en faire un usage liberticide, l'Etat ne pourra en effet priver un individu ou un groupement du bénéfice de la Convention que dans la mesure nécessaire à éviter qu'ils fassent, des droits et libertés que celle-ci leur reconnaît, un usage tendant à la destruction des valeurs sur lesquelles la Convention est bâtie. Pour autant, s'il doit prouver la réunion de ces conditions, l'Etat ne doit pas apporter la démonstration que la sanction de la déchéance des droits et libertés dont font usage les adversaires de la liberté constitue bien un remède approprié à cet usage, et notamment, que refuser le bénéfice de la liberté d'expression à qui tient un discours extrémiste présente une certaine efficacité dans la lutte contre ce type de discours : ainsi, à condition qu'il en soit fait un *emploi autonome*, l'article 17 de la Convention présume le caractère approprié de cette solution. Une telle présomption est irréfutable : elle réside dans le dispositif même que cette disposition prévoit à l'encontre des personnes qui font un usage des droits et libertés qui leur sont reconnus un usage qui tend à leur destruction dans le chef d'autrui.

Ainsi, si l'article 17 de la Convention devait être interprété comme privant l'activité liberticide de la protection des dispositions matérielles de la Convention derrière lesquelles elle prétend s'abriter, cet article aurait pour effet de présumer que la déchéance des droits et libertés de la Convention constitue un remède approprié à la nécessité de lutter contre ce type d'activité. Cela rendrait naturellement de peu d'intérêt la renversement de la charge de la preuve que je présente ici comme un avantage lié au passage du point de vue de l'auteur du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination au point de vue de la victime, qui souffre de la présence dans l'espace public

interprétation rejoint également l'explication que la Commission européenne des droits de l'homme fournit de l'article 17 de la Convention : cette disposition, dit-elle, "empêche (...) 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" (Commiss. eur. D.H., déc. du 6 septembre 1995, *Otto Remer c. Allemagne*, req. n°25096/94, D.R., 82-B, p. 117, ici p. 122). Pour une autre explication, voy. S. van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?", précité.

²⁶ C'est un des enseignements majeurs de l'arrêt *Lawless c. Irlande* de la Cour européenne des droits de l'homme, du 1er juillet 1961, Série A n°3, § 7 : l'article 17 de la Convention ne permet de déchoir les individus ou groupements visant la destruction des droits et libertés de la Convention que du bénéfice des seuls articles de celle-ci leur permettant "de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte tendant à la destruction de droits et libertés reconnus par la Convention" (Commiss. eur. D.H., rapp. (art. 31 anc.) du 19 décembre 1959, *Lawless c. Irlande*, req. n°332/57, Série B, p. 180, § 141). Pour des développements et des références à la jurisprudence intervenue depuis, il est permis de renvoyer, tant il est complet sur ce point, à S. van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?", précité.

²⁷ Voy. Commiss. eur. D.H., rapp. (art. 31 anc.) du 8 janvier 1960, *De Becker c. Belgique*, req. n°214/56, Série B, p. 137, § 279. Cité par : S. van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?", précité.

d'un tel discours. Mais précisément, telle n'est pas la fonction que remplit l'article 17 dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. L'on sait en effet que, certainement depuis 1988²⁸ - et comme l'ont encore confirmé en dernier lieu, quoique selon des voies différentes, les arrêts *Jersild c. Danemark*²⁹, *Lehideux et Isorni c. France*³⁰ et enfin *News Verlags GmbH & Co KG c. Autriche*³¹ -, la Cour européenne des droits de l'homme, à la suite de la Commission, ne recourt à l'article 17 de la Convention, parfois d'ailleurs de manière seulement implicite, qu'afin de ne reconnaître, aux propos ou aux activités qui tendent à la destruction des droits et libertés de la Convention, qu'une valeur moins digne de protection, dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la mesure étatique incriminée. Ainsi que le résume parfaitement P. Wachsmann, dans cet emploi de l'article 17, celui-ci sert "non plus à déchoir de leurs droits ceux qui veulent détruire l'ordre libéral et démocratique, mais à faire de ces

²⁸ Commiss. eur. D.H., déc. du 12 mai 1988, *M. Kühnen c. Rép. féd. d'Allemagne*, req. n°9235/81, D.R., 56, p. 205.

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, précité, § 35. L'on contrastera le point de vue de la Cour, selon laquelle "les remarques qui ont valu leur condamnation aux blousons verts (...) étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10" - la Cour référant ici à deux décisions dans lesquelles la Commission européenne des droits de l'homme avait fondé sa décision d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement sur l'article 17 de la Convention -, avec le point de vue adopté par la Commission européenne dans la même affaire: "As regards the reputation or rights of others the Commission recalls the actual contents of the programme which included statements about immigrant workers which were highly insulting. However, when considering there remarks in the context of the whole programme the reputation or rights of others were not significantly affected. The remarks were made by members of an insignificant group of persons with a clear criminal record and, in the Commission's view, rather had the effect of ridiculing their authors. The picture which the applicant's programme presented to the public was more that of drawing attention to racism, intolerance, and simplification, exemplified by the remarks in question, than an attempt to show disrespect for the reputation or rights of others. In such circumstances the Commission finds that the reputation or rights of others, as legitimate aims for restricting the freedom of expression, carry little weight" (Commiss. eur. D.H., rapp. (art. 31 anc.) du 8 juill. 1993, *Jersild c. Danemark*, req. n°15890/89, § 42).

³⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, *Rec. 1998-VIII*, p. 2864: non sans noter par ailleurs que le texte qui avait valu leur condamnation aux requérants (un placard publicitaire inséré dans le quotidien *Le Monde* et appelant à la révision du procès du maréchal Pétain) "échappe à la catégorie des 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), ou encore que "la justification d'une politique pronazie ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10" (§ 53), la Cour choisit dans cet arrêt de "statuer sur l'application de l'article 17 en ayant égard à toutes les circonstances de la cause. Aussi entamera-t-elle l'examen du respect de l'article 10, dont elle appréciera toutefois les exigences à la lumière de l'article 17" (§ 38). L'hésitation entre deux modes possibles d'utilisation de l'article 17 - comme clause permettant de refuser le bénéfice de la Convention aux personnes qui prétendent en utiliser les dispositions dans le but de détruire les droits et libertés qu'elle garantit; ou comme simple clause interprétative, guidant l'application des autres dispositions normatives de la Convention - est encore renforcée par l'affirmation de la Cour (§ 58) qu'il n'y a "pas lieu d'appliquer l'article 17" de la Convention, dès lors qu'elle a abouti au constat que l'article 10 a été violé dans le chef des requérants. Cette affirmation demeure incompréhensible, quelle que soit d'ailleurs le statut qu'on choisit finalement de reconnaître à l'article 17.

³¹ Cour eur. D.H., arrêt *News Verlags GmbH & Co KG c. Autriche* (req. n° 31.457/96) du 11 janvier 2000, à paraître, § 54: avant de répondre par la négative à la question de savoir si l'interdiction faite à un journal autrichien de diffuser des photographies d'un militant d'extrême-droite condamné pour des attentats à la bombe, la Cour affirme prendre en compte l'objectif poursuivi par les activités du requérant ("...it has to be borne in mind that the offences he was suspected of (...) were offences with a political background directed against the foundations of a democratic society").

dispositions un instrument de mesure de la nécessité, dans une société démocratique, des restrictions litigieuses".³² La charge de la preuve de la nécessité d'apporter une restriction à la liberté d'expression continue de reposer, en pareil cas, sur l'Etat. C'est donc à l'Etat qu'il revient en principe de démontrer le caractère approprié de la restriction apportée à la liberté d'expression - c'est-à-dire que la restriction doit être propre à atteindre l'objectif à la réalisation duquel elle tend -.

Or c'est justement cette démonstration que l'Etat est dispensé d'apporter, si l'on substitue à la question des restrictions admissibles à la liberté d'expression de l'extrémiste, celle du droit des victimes à la protection de l'Etat contre le discours extrémiste. Un tel changement de perspective conduit en effet à un renversement de la charge de la preuve. Une fois reconnu un tel droit à la protection contre le discours de haine, il ne sera plus nécessaire à l'Etat de montrer le caractère approprié d'une intervention destinée à réprimer un tel discours, pas plus qu'il ne s'impose à l'Etat, par exemple, de prouver que l'adoption de telle législation pénale est appropriée à la protection de l'intégrité corporelle d'une personne lorsque celle-ci, invoquant son droit au respect de la vie privée, réclame de la part de l'Etat l'adoption d'une telle législation la plaçant à l'abri des mauvais traitements dont elle est victime: c'est au contraire, dans ces cas, si l'Etat refuse sa protection, qu'il sera requis de lui qu'il justifie sa position. On voit ici comment la manière de poser la question de l'équilibre entre liberté d'expression et droit à la protection contre le discours d'incitation à la haine influence la façon dont il y sera répondu, ou en d'autres mots, comment le cadrage de la question préjuge de sa solution.

II. L'émergence du droit d'être à l'abri du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination

Je viens de tenter d'exposer l'intérêt qu'il peut y avoir à mettre en avant l'existence d'un "droit à la protection contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination", plutôt qu'à poser la question traditionnelle - et qui n'est pas parfaitement symétrique - des restrictions admissibles à la liberté d'expression. Il faut à présent tenter de cerner, avec davantage de précision, les contours d'un tel droit dans le droit international des droits de l'homme. Certaines dispositions affirment une obligation de l'Etat de prendre des mesures, notamment pénales, à l'encontre des discours d'incitation à la haine raciale ou religieuse, ou d'incitation à la discrimination raciale ou religieuse. Peut-on franchir un pas supplémentaire et passer de l'affirmation d'une obligation de l'Etat à l'identification d'un droit subjectif dans le chef soit de l'individu, soit du groupe dont il est membre? Ce passage suppose que l'individu - en tant que membre d'un groupe racial ou religieux - ou le groupe racial ou religieux comme tel - dont il s'agit alors d'identifier le représentant - puissent se voir reconnaître un intérêt à réclamer devant une instance nationale ou internationale le respect par l'Etat de son obligation de prendre des mesures d'interdiction du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale ou religieuse.

³² P. Wachsmann, "La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme", in: J.-Fr. Flauss et M. de Salvia (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 101, ici p. 107.

Sur un plan général, la difficulté du passage du constat de l'existence d'une obligation de l'Etat à celui de l'existence d'un droit subjectif est ici celle que la Cour européenne des droits de l'homme a notée dans un arrêt où elle définit les limites des obligations positives qui peuvent être imposées aux Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : est-il permis d'affirmer qu'il existe "un lien direct et immédiat" entre, d'une part, les mesures dont l'adoption par l'Etat est réclamée et, d'autre part, un droit de celui, individu ou groupe, qui se présente devant le juge?³³ Ou bien l'obligation de l'Etat ne présente-t-elle qu'un lien trop ténu avec la situation de l'individu ou du groupe qui prétendent en réclamer le respect ? Importante déjà si l'on se place dans le cadre de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ou dans celui du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la question prend un caractère plus décisif encore au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, si les deux premiers instruments énoncent bien une obligation de l'Etat de prendre certaines mesures de lutte contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination, sans clairement définir pourtant à quelles conditions l'individu peut introduire une communication individuelle³⁴ pour se plaindre du manquement de l'Etat à cette obligation, la Convention européenne des droits de l'homme n'affirme par contre aucune obligation de ce type à la charge de l'Etat. Dans le cadre de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la question est donc de savoir si l'individu voit présumé son intérêt à réclamer de l'Etat qu'il adopte les mesures générales qu'il s'est engagé à prendre à l'égard du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination, ou bien s'il est requis que l'individu soit personnellement affecté par le manquement allégué, par exemple parce qu'il n'a pu obtenir devant les instances nationales qu'elles fassent cesser ou accordent réparation pour le harcèlement racial ou religieux dont il a été personnellement victime. Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la question est en outre de savoir s'il est possible de fonder une obligation de l'Etat de prendre des mesures de lutte contre ce type de discours au départ des droits et libertés que la Convention reconnaît à l'individu.

L'obligation de l'Etat de prendre des mesures visant à lutter contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale ou religieuse

Aux termes de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale :

³³ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, § 34.

³⁴ Voy. l'article 14 de la Convention du 21 décembre 1965 pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (prévoyant la possibilité pour le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de recevoir des communications individuelles "émanant de personnes ou de groupes de personnes relevant de sa juridiction qui se plaignent d'être victimes d'une violation", par l'Etat partie ayant fait une déclaration facultative en ce sens, "de l'un quelconque des droits énoncés dans la présente Convention"); ainsi que le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, reconnaissant au Comité des droits de l'homme la compétence de statuer, par voie de constatations, sur des communications que lui adressent des particuliers qui, se trouvant sous la juridiction d'un Etat partie, allèguent une violation des droits que leur reconnaît le Pacte.

"Les Etats parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment:

a) A déclarer punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à des tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement; (...)".

Les remarques émises par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale à propos de cet article, dans les observations qu'il formule sur les rapports étatiques qui lui sont remis, frappent par l'étendue des obligations qu'il est conduit à imposer aux Etats parties.³⁵ Notamment, l'obligation d'incriminer le discours d'incitation à la discrimination raciale s'impose indépendamment de toute intention subjective d'inciter à la haine raciale dans le chef de l'auteur d'un tel discours; il importe peu, au surplus, que l'incitation à la discrimination raciale ne soit pas suivie d'effets, ou que le risque qu'elle soit suivie d'effets soit minime; l'obligation de l'Etat, enfin, ne se limite pas à incriminer les discours qui, parce qu'ils sont "menaçants, insultants ou injurieux", constitueraient un menace pour l'ordre public. Surtout, le Comité se préoccupe de l'effectivité du droit de l'individu à être protégé du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciales, l'article 4 de la Convention devant être lu avec l'article 6, par lequel les Etats parties s'engagent à garantir un recours effectif contre les violations de la Convention dont ils seraient victimes.³⁶

C'est sur le fondement de l'article 4 de la Convention de 1965 que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a constaté une violation de la part des Pays-Bas, sur la base d'une communication individuelle³⁷ émanant d'une personne de natio-

³⁵ Pour des développements, voy. M. Bidault, *Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Analyse d'une dynamique institutionnelle*, Paris, Montchrétien, 1997, pp. 146-151; ainsi que l'*Etude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, A/CONF.119/10, 18 mai 1983.

³⁶ Aux termes de l'article 6 : "Les Etats parties assureront à toute personne soumise à leur juridiction une protection et une voie de recours effectives, devant les tribunaux nationaux et autres organismes d'Etat compétents, contre tous actes de discrimination raciale qui, contrairement à la présente Convention, violeraient ses droits individuels et ses libertés fondamentales, ainsi que le droit de demander à ces tribunaux satisfaction ou réparation juste et adéquate pour tout dommage dont elle pourrait être victime par suite d'une telle discrimination".

³⁷ *L.K. c. Pays-Bas*, Communication n° 4/1991, Rapp. du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, UN GAOR, 48ème sess., Supp. n° 18 (A/48/18), Ann. IV, p. 130 (1994).

nalité marocaine qui, alors qu'elle s'était vu offrir un logement social par la municipalité d'Utrecht, avait subi un harcèlement de la part de ses voisins. Les juridictions néerlandaises avaient refusé de sanctionner ce harcèlement, dont elles doutaient de la motivation raciste, en dépit de la plainte introduite par la victime. Le Comité estima au contraire que la menace de violences racistes constituait bien un acte d'incitation à la discrimination raciale, au sens de l'article 4 de la Convention; les Pays-Bas ne pouvaient prétendre satisfaire à leur obligation en vertu de cette disposition simplement par l'adoption d'une législation pénale destinée à combattre de tels actes : encore fallait-il, selon le Comité, que la législation soit effectivement appliquée, offrant une garantie concrète aux victimes de tels comportements. Cette affaire ne permet pas de trancher la question de savoir si, en l'absence de toute incitation à la haine ou à la discrimination raciale dont il serait personnellement victime, un individu se trouvant sous la juridiction d'un Etat partie à la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale pourrait reprocher à celui-ci - pourvu que cet Etat ait accepté la compétence du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de recevoir des communications individuelles - de n'avoir pas pris les mesures prescrites par l'article 4, a), de la Convention. Par contre, l'issue de l'affaire montre que, là où il en subit personnellement les conséquences, l'individu est habilité à dénoncer devant le Comité qui a mission d'en surveiller le respect la manquement de l'Etat aux exigences de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, en dépit de l'ampleur de cette obligation "positive", c'est-à-dire en dépit de ce que le manquement reproché à l'Etat n'affecte pas seulement l'individu qui s'en plaint, mais toute personne susceptible d'être victime de la tolérance par l'Etat de ces discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale.

Discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale et liberté d'expression

La question de la compatibilité de la disposition citée de l'article 4 de la Convention de 1965 avec la liberté d'expression a constitué un sujet de discussion important au cours de la préparation de la Convention. N. Lerner rapporte que le morceau de phrase "tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme" a été inséré afin de clairement donner à comprendre que l'article 4 ne saurait être interprété comme faisant obligation aux Etats parties à la Convention de déroger aux libertés d'expression et d'association reconnues dans leur droit constitutionnel interne.³⁸ Il est historiquement exact qu'une telle explication a pu être avancée à l'époque afin de favoriser l'acceptation de l'article 4 de la Convention par les Etats craignant les conséquences que cette disposition pouvait avoir pour les libertés d'expression et d'association, au premier rang desquels figuraient les Etats-Unis³⁹; telle

³⁸ N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Stijhoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 48. N. Lerner fait référence à la déclaration faite devant l'Assemblée générale des Nations Unies par le représentant des Etats-Unis, A/PV.1406, pp. 53-55.

³⁹ Les Etats-Unis ont finalement ratifié la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale le 21 octobre 1994. La ratification est accompagnée de la réserve suivante: "The Constitution and

semble d'ailleurs encore être la compréhension que ce dernier Etat se fait de cette incise.⁴⁰ Pourtant, une telle explication échoue à convaincre. Il ne se conçoit pas qu'un Etat partie à la Convention de 1965 puisse échapper aux obligations que lui impose l'article 4 simplement en étendant la protection que sa Constitution nationale offre des garanties de libertés d'expression et d'association; et il serait étonnant, à tout le moins, que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale accepte qu'un Etat puisse justifier son refus d'adopter les mesures qu'il est tenu de prendre afin de lutter contre le discours d'incitation à la discrimination raciale par pareille extension des garanties constitutionnelles internes. En réalité, les partisans de l'inscription dans la Convention d'une obligation de réprimer les discours incitant à la discrimination portaient plutôt de l'hypothèse inverse, pariant sur le fait que ces discours ne sont de toute manière pas protégés par la garantie de la liberté d'expression - telle étant du reste, depuis l'arrêt *Beauharnais v. Illinois* de 1952, la situation aux Etats-Unis - à leurs yeux, tout au plus l'incise pourrait-elle servir de guide à l'interprétation de l'article 4 de la Convention de 1965, de façon à encourager le législateur national ou le juge chargé de l'application de cet article ou de la loi nationale en opérant la transposition, à ne pas donner une interprétation extensive des obligations imposées à l'Etat partie par l'article 4 de la Convention de 1965, dès lors que pareille interprétation risquerait de porter atteinte à la liberté d'expression.⁴¹

Laws of the United States contain extensive protections of individual freedom of speech, expression and association. Accordingly, the United States does not accept any obligation under this Convention, in particular under Articles 4 and 7, to restrict those rights, through the adoption of legislation or any other measures, to the extent that they are protection by the Constitution and laws of the United States". Ainsi que le note correctement T. D. Jones, il n'y a lieu de craindre un conflit entre l'article 4 de la Convention et le Premier Amendement à la Constitution fédérale "only if one adheres to an absolutist approach to First Amendment freedom protecting all utterances, including the libelous or slanderous" (Th. D. Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and the Law of Nations*, op. cit., p. 146). Or, telle n'est pas la conception de la liberté d'expression que se fait le droit constitutionnel américain. Prenant appui sur les informations rapportées par M. Nash, "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", 88 A.J.I.L. 719 (1994), T. D. Jones cite d'ailleurs l'opinion d'un conseiller juridique au Département d'Etat américain, selon lequel la ratification de la Convention du 21 décembre 1965 n'oblige les Etats-Unis à aucune initiative législative, dès lors que "the substantive provisions of the Convention reflect the anti-discrimination principles inherent in our constitutional scheme". Sur la compatibilité de l'article 4 de la Convention avec la liberté d'expression aux Etats-Unis, voy. T. D. Jones, "Article 4 of the International Convention on All Forms of Racial Discrimination and the First Amendment", 23 *Howard L. J.* 429 (1980); J. Paust, "Reading the First Amendment in the Light of Treaties Proscribing Incitement to Racial Discrimination or Hostility", 43 *Rutgers L. Rev.* 565 (1991); M. A. Korengold, Note, "Lessons in Confronting Racist Speech: Good Intentions, Bad Results, and Article 4(A) of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", 77 *Minnesota L. Rev.* 719 (1993).

⁴⁰ Voy. K.J. Partsch, "Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", in: S. Coliver (ed.), *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination*, Article 19 - International Centre Against Censorship, 1992, p. 21, ici p. 24.

⁴¹ Voy. par exemple, en ce sens également, la Déclaration interprétative que la Belgique a jointe au dépôt de son instrument de ratification de la Convention du 21 décembre 1965. Cette Déclaration interprétative suit la Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 31 octobre 1968 (68) 30 relative aux mesures à prendre contre l'incitation à la haine raciale, nationale et religieuse (*Ann. Conv.*, vol. 11, 1968, p. 95), sur laquelle on revient ci-après. Le texte de la Déclaration est repris in: O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 630.

Selon l'interprétation qui en est proposée ici, la référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme qui figure dans l'article 4 de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale signifie que, selon les auteurs de cette Convention, le conflit entre liberté d'expression et la répression de la "diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale" ainsi que de l'"incitation à la discrimination raciale" est plus apparent que réel, ces formes de discours ne constituant pas véritablement des formes d'expression dignes de protection : il reviendrait au juge de vérifier que l'incrimination de ces discours demeure strictement confinée aux hypothèses que vise l'article 4, a), mais si tel est le cas, la question du respect dû à la liberté d'expression ne se pose plus à lui. C'est cette compréhension de l'article 4 a) de la Convention du 21 décembre 1965 que se sont faits, au lendemain de l'adoption de celle-ci par l'Assemblée générale des Nations Unies, l'Assemblée consultative et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Le 27 janvier 1966⁴², l'Assemblée consultative invitait les gouvernements des États membres du Conseil de l'Europe à "instaurer une législation efficace contre l'incitation à la haine raciale, nationale et religieuse et à la violence", et proposait à ces gouvernements une "loi type" dont l'article 1er était formulé comme suit :

- "Se rend coupable d'un délit quiconque :
- (a) pousse ou incite publiquement à la haine, à l'intolérance, à la discrimination ou à la violence contre des personnes ou des groupes de personnes en raison de leur couleur, de leur race, de leur origine ethnique ou nationale ou de leur religion;
 - (b) insulte des personnes ou groupes de personnes, les expose au mépris ou les calomnie en raison des particularités indiquées au paragraphe (a)".

A la suite de cette Recommandation de l'Assemblée consultative, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a confié au Secrétariat du Conseil le soin d'étudier "si les législations nationales actuelles sont suffisantes, si l'article 14 de la Convention des Droits de l'Homme couvre de manière satisfaisante le domaine envisagé, si la Convention des Nations Unies de décembre 1965 constitue un instrument suffisant et efficace et si le système proposé par la recommandation apporterait une protection supplémentaire utile".⁴³ Après avoir reçu les résultats de cette étude, le Comité des Ministres a estimé devoir encourager les États membres à ratifier la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, tout en recommandant que "lors du dépôt de leurs instruments de ratification auprès des Nations Unies, ils soulignent par une déclaration explicative l'importance qu'ils attachent, d'une part, à la référence faite par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (...) à la sauvegarde de tous les droits proclamés par la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et, d'autre part, au respect des droits énoncés dans la Convention européenne [des Droits de l'Homme]". Le Comité des Ministres invitait par ailleurs les États membres du Conseil de l'Europe à examiner leur législation "pour s'assurer qu'elle prévoit des mesures effectives dans le domaine

de l'interdiction de la discrimination raciale, ainsi que dans le domaine connexe d'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou les croyances".⁴⁴ Il semble donc que la question à laquelle serait confrontée la Cour européenne des droits de l'homme une génération plus tard, à l'occasion de l'affaire *Jersild*, ne se posait pas véritablement pendant les années qui ont suivi l'adoption de la Convention du 21 décembre 1965 : il n'était point requis, comme le présentera la Cour dans son arrêt du 23 septembre 1994, d'interpréter "autant que faire se peut" l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme de façon à ne pas placer les Parties contractantes à cette Convention, mais en même temps parties à la Convention des Nations sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, face à des obligations internationales contradictoires, car l'hypothèse du conflit était par avance écartée comme relevant d'une compréhension incorrecte - trop absolue, pourrait-on dire - des exigences de la liberté d'expression.⁴⁵

La sélectivité dans la protection contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination

L'article 4, a), de la Convention internationale relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale appelle une dernière remarque, que suscite la confrontation de son texte avec la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême des

⁴⁴ Rés. du 31 octobre 1968 (68) 30 relative aux mesures à prendre contre l'incitation à la haine raciale, nationale et religieuse, *Ann. Conv.*, vol. 11, 1968, p. 95.

⁴⁵ La Cour européenne des droits de l'homme s'exprime comme suit dans l'arrêt *Jersild* : "...il faut, autant que faire se peut, interpréter les obligations souscrites par le Danemark au titre de l'article 10 de manière à les concilier avec celles découlant de la Convention des Nations Unies. A cet égard, il n'appartient pas à la Cour d'interpréter les mots 'dûment compte' figurant à l'article 4 de ce texte et dont le sens se prête à diverses interprétations. La Cour tient cependant celle qu'elle donne de l'article 10 de la Convention européenne en l'espèce pour compatible avec les obligations du Danemark au regard de la Convention des Nations Unies" (§ 30). Les deux opinions dissidentes émises à la suite de l'avis rendu par la Commission européenne des droits de l'homme dans cette affaire sur la base de l'ancien article 31 de la Convention, prennent appui sur les obligations imposées au Danemark par l'article 4 de la Convention des Nations Unies du 21 décembre 1965 pour en déduire que, en incriminant le fait de contribuer à la dissémination de propos racistes, le Danemark ne violait pas la liberté d'expression du journaliste requérant. La majorité de la Commission, tout en prenant en compte les obligations du Danemark au titre de la Convention des Nations Unies, considère quant à elle que "although the television programme affected the reputation or rights of others due to its discriminatory contents, a fair balance between their rights and the applicant's right to impart information must be struck" (rapp. (anc. art. 31), § 41).

Il m'est impossible de me prononcer sur la question de savoir si le Danemark pouvait effectivement se considérer tenu d'incriminer la diffusion de propos racistes par M. Jersild, même s'il convient de souligner que, selon le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, "la diffusion d'idées fondées sur la supériorité raciale constitue un délit punissable par la loi indépendamment de son but" (CERD - rapp. annuel 1977, examen du 4ème rapport périodique de la République fédérale d'Allemagne, § 84), ce qui semble priver de pertinence la remarque de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Jersild* selon laquelle cette affaire "renferme un élément de grand poids : l'intéressé n'a pas proféré les déclarations contestées lui-même, mais à aidé à leur diffusion en sa qualité de journaliste de télévision (...)" (§ 31) : à tout le moins si la Cour souhaite interpréter les exigences de la liberté d'expression en évitant de s'écarter de la conception que s'en font les auteurs et les interprètes autorisés de la Convention des Nations Unies de 1965, elle n'aurait pas dû reconnaître à cet élément, précisément, le "grand poids" qu'elle lui attribue.

⁴² Voy. la Recommandation 453 (1966) relative aux mesures à prendre contre l'incitation à la haine raciale, nationale et religieuse, *Ann. Conv.*, vol. 9, 1966, p. 67.

⁴³ *Ann. Conv.*, vol. 9, 1966, p. 73.

Etats-Unis dans cette matière. Dans un arrêt *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota* de 1992⁴⁶, la Cour suprême, tout en réaffirmant formellement sa fidélité à la jurisprudence *Beauharnais* rendue quarante années plus tôt, constate l'incompatibilité avec le Premier Amendement à la Constitution fédérale d'une ordonnance de la ville de St Paul qui érigeait en infraction, notamment, le fait de brûler une croix - selon le rite raciste du Klu Klux Klan - ou d'exhiber le croix gammée Nazi, mais également d'exposer tout symbole ou inscription susceptible de porter atteinte à la dignité d'autres personnes en raison de leur race, couleur, ethnité, religion ou genre.⁴⁷ L'opinion de la Cour, rendue par le juge Scalia, fonde le jugement d'inconstitutionnalité sur le constat que, même s'agissant de modes d'expression échappant normalement à la garantie du Premier Amendement car appartenant à la catégorie des "fighting words", l'autorité publique ne peut choisir d'intervenir en ciblant certaines expressions à raison de leur contenu spécifique. Une interdiction "sélective" des "fighting words", en raison de son caractère discriminatoire, serait par conséquent contraire à la Constitution, même si une interdiction absolue des "fighting words", ou une interdiction définie en fonction de critères qui ne feraient pas référence au contenu des messages véhiculés ("content-neutral"), seraient admissibles :

"...the ordinance applies only to 'fighting words' that insult, or provoke violence, 'on the basis of race, color, creed, religion or gender'. Displays containing abusive, invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use 'fighting words' in connection with other ideas - to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality - are not covered. The First Amendment does not permit St Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects".⁴⁸

En outre, selon la Cour, l'ordonnance en cause ne se contente pas de discriminer en fonction du contenu du message exprimé à travers des "fighting words", elle discrimine également en fonction des positions adoptées par les participants au débat public ("viewpoint discrimination") :

"One could hold up a sign saying, for example, that all 'anti-Catholic bigots' are misbegotten; but not that all 'papists' are, for that would insult and provoke violence 'on the basis of religion'. St Paul has no such authority to license one side of a debate to fight freestyle, while requiring the other to follow Marquis of Queensbury rules".⁴⁹

⁴⁶ 112 S.Ct. 2538 (1992).

⁴⁷ Le texte complet de la disposition sur base de laquelle le demandeur devant la Cour suprême avait été poursuivi était le suivant: "Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor" (St Paul Bias-Motivated Crime Ordinance, St Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990)).

⁴⁸ *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 112 S.Ct. 2538, 2547.

⁴⁹ *Id.*, p. 2548.

Cette dernière comparaison relève d'une confusion logique. L'accusation ou l'insulte opposée à celle de "papisme" serait, plutôt que celle d'"anti-catholiques", celle de "musulman" ou de "Juif"; tandis qu'à l'invective de "bigot anti-catholique", correspondrait plutôt celle d'"apôtre de la tolérance". La seule portée de l'ordonnance que-rellée est d'interdire, quel qu'en soit le groupe cible, le recours aux premières expressions, qui effectivement se fondent sur l'appartenance religieuse d'autrui; mais l'ordonnance en même temps tolère les expressions appartenant de la seconde paire, qui se situent tout simplement à un niveau différent.⁵⁰

Le point mérite qu'on y insiste. C'est en effet une confusion semblable qui a lieu lorsque, comme dans les arrêts *Otto-Preminger Institut* et *Wingrove* de la Cour européenne des droits de l'homme, l'on situe l'incrimination du blasphème sur un même plan que l'incrimination du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination religieuse, en prétendant justifier celle-là, aussi bien que celle-ci, par le souci de protéger les droits d'autrui, et plus particulièrement, en présentant la répression du blasphème comme visant à "protéger le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autres personnes".⁵¹ L'arrêt *Otto-Preminger Institut* c. *Autriche* du 20 septembre 1994 énonce que "On peut légitimement estimer que le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 a été violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse; de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique. La Convention doit se lire comme un tout et, par conséquent, l'interprétation et l'application de l'article 10 en l'espèce doivent s'harmoniser avec la logique de la Convention".⁵² Il y a pourtant une différence entre l'attaque dirigée contre les "sentiments religieux des croyants", lesquels ne sauraient prétendre être à jamais placés à l'abri de toute remise en cause de leur croyance religieuse soit par la confrontation à d'autres croyances, soit par la critique d'agnostiques, et l'attaque dirigée contre un groupe, tel le groupe des Juifs ou le groupe des Musulmans, qui, s'ils ont en commun telle conviction religieuse déterminée, peuvent être pris pour cible directement en raison de cette appartenance commune, et non indirectement, à travers la remise en cause, le cas échéant provocatrice, des éléments d'une doctrine religieuse ou d'un symbole religieux. C'est pourquoi la discussion qui est proposée ici du droit à la protection contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination ne

⁵⁰ La façon de procéder du juge Scalia reviendrait par exemple à considérer que l'expression "Nègre" ne peut être interdite alors que ne serait pas interdite également l'expression "nazi", en dépit de ce que ces deux expressions se situent sur un plan logique différent:

"Nègre"/"sale Blanc" (niveau 1)

"nazi"/"antiraciste" (niveau 2)

⁵¹ Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger Institut* c. *Autriche* du 20 septembre 1994, § 48. La formule est empruntée à l'arrêt *Kokkinakis* c. *Grèce* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 mai 1993 (Série A, n°260-A). Mais cette appropriation révèle également une erreur de perspective: l'affaire *Kokkinakis* concernait l'incrimination du délit de prosélytisme, qui avait été poursuivi dans le chef de témoins de Jéhovah, et dont la Cour européenne des droits de l'homme considère, dans son arrêt du 25 mai 1993, qu'il ne saurait être protégé dès lors qu'il devient "abusif"; mais à la différence du prosélytisme, le blasphème ne s'en prend pas aux personnes elles-mêmes; il n'a pour cible que les symboles de la vénération religieuse.

⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger Institut* c. *Autriche* du 20 septembre 1994, § 47.

saurait être transposée simplement à la protection revendiquée contre le blasphème, c'est-à-dire contre l'attaque portée, non contre un groupe de personnes que caractérise une même appartenance religieuse, mais contre une doctrine ou les symboles d'une croyance religieuse.⁵³ Les deux discours se situent à des niveaux différents : ils visent la des personnes, en raison de leur appartenance religieuse ; ici, ils prennent pour cible des symboles de la croyance religieuse, ou une doctrine. Que, dans la pratique, les deux discours soient parfois mêlés, et qu'en particulier, le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination religieuses puissent prendre la forme du discours blasphématoire, n'empêche pas que la distinction puisse être maintenue sur un plan théorique.

Les deux arguments qui figurent dans l'arrêt *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota* de 1992 à l'appui du dispositif d'inconstitutionnalité de l'ordonnance municipale à laquelle la Cour suprême des États-Unis était confrontée appellent une réponse commune. Ils aboutissent l'un et l'autre à refuser à l'État, au moment d'imposer des limites à la liberté d'expression au nom de la protection de certains groupes menacés par des discours de haine, de prendre en compte l'expérience historique spécifique de ces groupes, qui justifie, voire même réclame, une intervention législative en leur faveur. Mais il est contradictoire pour la Cour suprême de États-Unis de reconnaître, d'un côté, que peut constituer un intérêt public important la protection du droit "à vivre en paix" des membres des groupes qui ont été traditionnellement victimes de discriminations, de l'autre, de reprocher à l'État de n'intervenir à l'égard des "fighting words" que lorsque ceux-ci interviennent dans le cadre de tel débat déterminé, voire prennent pour cible tel groupe à protéger.⁵⁴ Pour peu que l'on consente à remplacer l'ordonnance litigieuse dans le contexte où elle a été adoptée, l'on découvrira qu'il n'y a pas lieu de soupçonner les motifs qu'avait la municipalité de St Paul d'agir comme elle l'a fait, en considérant que les expressions incitant à la haine raciale ou religieuse, notamment, appelaient une réaction spécifique à la hauteur de la menace qu'elles représentent.⁵⁵ C'est justement

parce qu'il pouvait justifier son incrimination du discours d'incitation à la discrimination raciale et religieuse que, dans l'affaire *Beauharnais*, le législateur de l'État de l'Illinois avait pu réfuter l'allégation qu'il portait atteinte, par cette incrimination, à la liberté d'expression. Après avoir rappelé les faits de violence raciale qui s'étaient déroulés en Illinois depuis plus d'un siècle, l'arrêt *Beauharnais* comprend notamment la motivation suivante :

"In the face of this history and its frequent obligato of extreme racial and religious propaganda, we would deny experience to say that the Illinois legislature was without reason in seeking ways to curb false or malicious defamation of racial and religious groups, made in public places and by means calculated to have a powerful emotional impact on those to whom it was presented".⁵⁶

Cette motivation n'emporte pas pleinement la conviction, car si une histoire jalonnée de conflits raciaux peut expliquer le souci du législateur d'intervenir contre le discours d'incitation à la haine raciale, l'on voit moins bien comment elle peut justifier qu'il intervienne aussi contre le discours d'incitation à la haine religieuse. Mais du moins l'extrait reproduit met-il bien en lumière la contradiction dans laquelle nous enferme l'exigence formulée pour la Cour suprême par le juge Scalia dans l'affaire *R.A.V. v. St Paul*. Le principal danger que les défenseurs de la liberté d'expression aperçoivent dans l'incrimination du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination n'est pas que ce discours se trouve privé d'une protection à laquelle il aurait droit, mais qu'il soit commis un détournement du pouvoir de lutter contre ce type de discours en ayant en vue c'est-à-dire que, sous prétexte de lutter contre ce type de discours en ayant en vue l'intérêt général, le législateur poursuive en fait des fins partiales.⁵⁷ C'est du reste précisément ce danger que le juge Scalia entrevoit dans l'ordonnance de la municipalité de St Paul qui était soumise à la Cour suprême. Mais la meilleure façon de rencontrer ce danger n'est pas d'exiger que, lorsqu'une autorité publique choisit d'intervenir contre tel discours diffamatoire envers une collectivité, elle doit nécessairement donner à son intervention une large portée, de manière à protéger l'ensemble des collectivités qui, potentiellement, pourraient être victimes d'une telle atteinte : une telle solution conduirait à élargir la catégorie du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination à un point tel que les frontières mêmes de l'incrimination deviendraient difficiles à identifier avec la précision requise. Plus adéquate paraît être la solution consistant à exiger de l'autorité publique une étroite indexation du droit sur le fait, c'est-à-dire de n'incriminer le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination que dans la mesure nécessaire à la protection des collectivités menacées de faire l'objet de discriminations.

Cette solution ne conduit pas à écarter la possibilité que la protection reconnue à certains groupes alors qu'elle est refusée à d'autres puisse s'avérer discriminatoire.

⁵⁶ *Beauharnais v. Illinois*, précité, p. 261.

⁵⁷ Voy. K. Boyle, "Overview of a Dilemma: Censorship v. Racism", in: S. Coliver (ed.), *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-Discrimination*, op. cit., p. 1, ici pp. 3-4: "The crux of the dilemma for the free speech advocate is not a fear that the language of intolerance may contain truth which should be heard but rather the old problem of *quia custodiet custodiet* ?".

⁵³ Pour une autre critique de l'arrêt *Otto-Premeringer Institut* de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. P. Wachsmann, "La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme", *R.U.D.H.*, 1994, p. 441.

⁵⁴ Comp. *id.*, p. 2549, où la Cour note que les défenseurs de l'ordonnance litigieuse "assert that the ordinance helps to ensure the basic human rights of members of groups that have historically been subjected to discrimination, including the right of such group members to live in peace where they wish. We do not doubt that these interests are compelling, and that the ordinance can be said to promote them. But the 'danger of censorship' presented by a facially content-based statute (...) requires that that weapon be employed only where it is 'necessary to serve the asserted [compelling] interest' (...)"

⁵⁵ C'est ce qu'on a bien noté, dans leurs opinions concordantes séparées et particulièrement critiques du raisonnement de la majorité, les juges White et Stevens. Ainsi selon le juge White, le choix de cibler en particulier certaines formes de discours d'incitation à la haine s'explique par le souci de protéger des groupes qui ont été historiquement victimes de discriminations ("This selective regulation reflects the city's judgment that harms based on race, color, creed, religion or gender are more pressing public concerns than the harms caused by other fighting words. In light of our Nation's long and painful experience with discrimination, this determination is plainly reasonable" (p. 2556)). Le juge Stevens s'exprime de façon plus nette encore: "Conduct that creates special risks or causes special harms may be prohibited by special rules (...). Threatening someone because of her race or religious beliefs may cause particularly severe trauma or touch off a riot (...): such threats may be punished more severely than threats against someone based on, say his support of a particular athletic team" (p. 2561). En ce sens, voy. également C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, op. cit., pp. 190-193; ainsi que R. Delgado, "Toward a Realist View of the First Amendment (Book Review)", 113 *Harv. L. Rev.* 778, 797 (2000).

Mais l'exigence de non-discrimination doit s'entendre ici moyennant deux précisions. D'abord il serait indû de mettre sur un même plan - d'envisager avec une même suspicion - le fait d'interdire le discours incitant à la haine ou à la discrimination raciale, religieuse ou nationale alors qu'est toléré le discours incitant à la discrimination sexuelle ou politique, d'une part, et le fait de protéger les chrétiens et non les musulmans par une mesure interdisant le discours incitant à la haine ou à la discrimination religieuse, d'autre part. Ce sont ces deux formes de différences de traitement que la jurisprudence américaine distingue à juste titre, qualifiant celle-ci de "content-based discrimination" et celle-ci de "viewpoint-based discrimination". On comprend aisément le motif d'examiner avec une sévérité plus grande cette dernière forme de différence de traitement : bien davantage que la "content-discrimination", qui conduit à protéger du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination *toute personne* que ce discours prend pour cible en raison d'une caractéristique déterminée (telle que la race, la religion, l'origine nationale), la "viewpoint-discrimination" protège *certaines groupes* seulement, en non d'autres groupes dont les membres présentent pourtant en commun une même caractéristique.

On s'est trouvé en présence de ce second type de différence de traitement après la publication des "Versets sataniques" par Salman Rushdie. Invité à se prononcer sur une demande de référé tendant à faire interdire l'ouvrage en raison de son contenu jugé blasphématoire par la communauté musulmane du Royaume-Uni, le juge anglais a refusé dans cette affaire d'étendre aux religions autres que le christianisme l'infraction de blasphème que connaît la *common law*, estimant qu'une telle extension du droit sur le blasphème rendrait "pratiquement impossible aux juges de circonscrire le délit dans des limites suffisamment claires"⁵⁸ ; avant même la confirmation en jurisprudence de cette solution, l'extension du droit du blasphème aux autres religions que le christianisme (et même, selon certaines interprétations, que le seul anglicanisme), avait été rejetée par le gouvernement anglais en raison du "foisonnement de litiges" qui en résulterait, qui ne pourrait qu'"envenimer les relations interconfessionnelles".⁵⁹ Le Comité des droits de l'homme, au moment d'examiner le respect par le Royaume-Uni des obligations qui lui sont imposées en vertu de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a parfois manifesté une certaine impatience vis-à-vis de cette situation.⁶⁰ Et il est vrai que, même si l'on ne peut contester le poids des argu-

⁵⁸ Voy. *R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Choudhury*, (1991) 1 QB 429, All E. L. Rep., 1991, vol. 1, p. 318.

⁵⁹ On trouvera un bon résumé de l'état du droit anglais dans l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* rendu par la Cour européenne le 25 novembre 1996, §§ 26-29. Dans cet arrêt, la Cour a estimé cependant ne pas devoir se prononcer sur la question de savoir si le fait que le droit anglais n'interdise le blasphème qu'en ce qui concerne la foi chrétienne constitue ou non une discrimination (voy. le § 50 de l'arrêt : "Le degré de protection assuré par le droit anglais aux autres croyances n'est pas en jeu devant la Cour, laquelle doit se borner à examiner l'affaire dont elle est saisie (...). Le fait (...) que le droit sur le blasphème ne traite pas à égalité les différentes religions professées au Royaume-Uni n'enlève rien à la légitimité du but poursuivi dans le présent contexte").

⁶⁰ Voy. D. Feldman, "Freedom of Expression", in: D. Harris et D. Joseph (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 391, ici pp. 416-417, et la référence au point de vue exprimé par M. Sadi au Comité des droits de l'homme: CCPR/C/SR.1050, §§ 3 et 49.

ments mis en avant par le Royaume-Uni pour refuser aux adeptes d'autres religions qu'aux fidèles de l'Eglise anglicane la protection reconnue à ceux-ci à travers le droit du blasphème, pareille différence de traitement (susceptible de déboucher sur une "viewpoint-based discrimination") n'est pas aussi inoffensive que celle qui consiste à protéger les sentiments religieux des croyants par l'interdiction du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination religieuse, tout en refusant de protéger de la même façon les opinions politiques ou, selon le raisonnement par l'absurde que propose le juge Stevens dans sa dissidence à l'arrêt *R.A.V. v. St Paul*, la fidélité du supporter d'une formation sportive (susceptible de conduire à une "content-based discrimination") : le risque de partialité dans le chef de l'Etat est d'autant plus important que les situations sont comparables entre elles.

Ce n'est pas à dire pourtant qu'au sein même de l'interdiction du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale ou religieuse, aucune différence de traitement quelconque ne saurait être tolérée, au bénéfice de tel groupe racial en particulier ou de telle croyance religieuse déterminée. La Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, en visant cette forme de discrimination en particulier et en invitant les Etats parties à prendre des mesures visant spécifiquement "la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale" ou "l'incitation à la discrimination raciale", résulte d'une réaction de la communauté des Etats face à une extension, à partir de 1959-1960, des attaques à caractère raciste. Il s'agit donc de prendre en compte la spécificité d'une situation historique dans la formulation d'une protection juridique répondant à cette spécificité. De la même manière, R. Delgado s'inscrit dans la tradition du droit constitutionnel américain moderne⁶¹ lorsqu'il écrit : "The legal recognition and protection of social groups, such as racial minorities, reminds us that some segments of society are disenfranchised, politically isolated, and socially marginalized. Speech that targets them - indeed, 'constructs' them - must therefore stand on different footing from speech that targets, for example, wealthy industrialists who are well-represented in the political process and bear no comparably damaging historic stigma or stereotype".⁶² C'est là également le point de vue qu'adopte la Commission européenne des droits de l'homme lorsque, confrontée aux restrictions apportées à la liberté d'expression des négateurs du génocide des Juifs par les Nazis, elle note qu'il est "tout particulièrement indiqué de sauvegarder ces principes [de tolérance et de largeur d'esprit] à l'égard de groupes qui ont historiquement souffert de la discrimination. Le fait de limiter à certains groupes précis, aux Juifs notamment, la protection collective contre la diffamation s'appuie sur des considérations objectives et n'implique aucun élément de discrimination contraire à l'article 14 de la Convention".⁶³ Toutes ces appréciations convergent pour nous rappeler l'import-

⁶¹ Celui-ci reconnaît la nécessité d'offrir une protection particulière aux segments de la population qui ont traditionnellement souffert de l'hostilité de la part de la majorité, et qui n'ont pas la possibilité de voir leurs intérêts adéquatement pris en compte dans le cadre d'un processus de décision politique fondé sur le principe majoritaire: voy. en premier lieu *United States v. Carolene Products, Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

⁶² R. Delgado, "Toward a Legal Realist View of the First Amendment", op. cit., p. 798.

⁶³ Commiss. eur. D.H., déc. du 16 juill. 1982, X c. *Rép. féd. d'Allemagne*, req. n°9235/81, D.R., 29, p. 194, ici p. 203.

tance, non seulement de lutter contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination dans le respect de l'exigence de non-discrimination, mais encore de ne pas interpréter cette exigence de manière trop formelle - mais plutôt, en tenant compte de la situation réelle dans laquelle certains groupes de la population se trouvent, et de la nécessité de leur accorder la protection spécifique que cette situation requiert.

III. De l'obligation de l'Etat au droit de l'individu ou du groupe

L'article 4 de la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale possède en commun avec l'article 20, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, une infirmité majeure. Ces dispositions imposent bien aux Etats parties à ces instruments l'obligation de prendre des mesures d'interdiction du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale - ainsi que religieuse, dans le cas du Pacte -. Mais leur formulation ne semble pas consacrer un véritable droit subjectif au bénéfice de l'individu que l'imposition de cette obligation est destinée à protéger.⁶⁴ Aussi se pose le problème de savoir si l'on peut effectuer le passage de l'un à l'autre. En d'autres mots: sur quelles bases normatives, et dans le respect de quelles conditions procédurales, l'individu ou le groupe que l'interdiction du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination visent à protéger, peuvent-ils revendiquer comme un droit propre le respect par l'Etat de son obligation? Une telle réflexion s'impose d'autant plus que c'est à la condition seulement de pouvoir identifier un droit de l'individu à la protection contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination que l'on peut tenter d'imposer aux Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme, au départ des droits que reconnaît cet instrument, une obligation comparable à celle qu'imposent à leurs Etats parties la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Or, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, pas moins de quatre voies semblent pouvoir être explorées si l'on veut progresser vers l'affirmation que l'individu peut tirer de cet instrument un droit d'être placé à l'abri du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination qui le prend pour cible en raison de son appartenance à tel groupe racial ou religieux. Les deux premières voies ne sont pas les plus prometteuses; je les mentionne ici sans m'y attarder, à l'intention des lecteurs qui voudraient les prolonger.

La première voie est celle de l'article 3 de la Convention, qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants. L'on sait en effet que, dans certains cas, la discrimination raciale peut constituer un traitement prohibé au sens de cette disposition: le point de vue que la Commission européenne des droits de l'homme avait avancé à cet égard dès

1970⁶⁵ a été, depuis, repris à son compte par la Cour,⁶⁶ et semble même pouvoir être élargi, au-delà de la seule discrimination fondée sur la race, à tous les cas où est infligé à une minorité un traitement fondé sur le préjugé d'une majorité.⁶⁷ En présence de cette jurisprudence, l'on pourrait soutenir que, l'article 3 de la Convention interdisant à l'Etat de se rendre coupable de discrimination raciale, il lui est interdit également de demeurer sans réaction face à des discours qui incitent à la haine ou à la discrimination raciales: ce que l'Etat ne peut faire directement, en effet, il ne peut le faire indirectement, en laissant des particuliers, dans le cadre des relations interindividuelles nouées sous sa juridiction, porter atteinte à des droits d'autrui. Cette voie ne conduit cependant guère loin: tandis que peut constituer un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme le traitement fondé sur la race ou sur l'appartenance de l'individu qui en fait l'objet à une minorité, l'on conçoit moins aisément, dans l'interprétation actuelle dont cette disposition fait l'objet, que sa violation puisse résulter d'un simple discours d'incitation à la haine ou à la discrimination, et de l'absence de toute réaction de l'Etat face à ce discours.

Une deuxième voie envisageable serait fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a récemment admis, il est vrai dans un contexte particulièrement propice qui n'est guère de nature à encourager une extension de cette jurisprudence au-delà de l'hypothèse où elle est née, que cette disposition pouvait engendrer des obligations positives dans le chef de l'Etat.⁶⁸ Or, l'on pourrait estimer que la liberté d'expression des personnes qui sont victimes d'un discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciale est menacée à un double titre par l'impunité d'un tel discours: premièrement, dès lors que la liberté d'expression comprend une certaine liberté d'épanouissement, c'est-à-dire la liberté de ne pas devoir masquer ses origines de ne pas devoir se tenir constamment sur ses gardes face au risque de faire l'objet de harcèlement, la garantie à l'individu d'un environnement exempt de discours d'incitation à la haine ou à la discrimination est de nature, précisément, à garantir un tel épanouissement, et ainsi à lui permettre de déployer son identité sans devoir veiller à une auto-censure permanente; deuxièmement, comme la capacité qu'a chacun de faire entendre son point de vue dans l'espace public est fortement dépendante de sa crédibilité, c'est-à-dire de l'autorité avec laquelle il s'exprime,

⁶⁵ Commiss. eur. D.H., déc. du 10 oct. 1970, *Vingt-cinq personnes de souche asiatique de l'Est africain c. Royaume-Uni (affaire "Asiatiques d'Afrique orientale")*, Ann. Conv. vol. 13, 1970, p. 929, ici p. 995 ("...le fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier fondé sur la race peut, dans certaines conditions, constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine"). Egalement Commiss. eur. D.H., 6 juill. 1977, aff. *Tziganes Kalderas*, req. n° 7823 et 7824/77, D.R., 11, p. 121; ainsi que le rapport établi par la Commission dans l'affaire des *Asiatiques d'Afrique orientale* le 14 décembre 1973 (D.R., 78-B, p. 5).

⁶⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 29 mai 1985, Série A n° 94, §§ 90-91.

⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1993, § 121.

⁶⁸ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* (req. n° 23144/93) du 16 mars 2000, § 6: rappelant "l'importance cruciale de la liberté d'expression, qui constitue l'une des conditions préalables au bon fonctionnement de la démocratie", la Cour en déduit que "l'exercice réel et efficace de cette liberté ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91, § 23)".

l'on pourrait soutenir qu'en présence d'un discours d'incitation à la haine ou à la discrimination à l'égard d'un groupe - dans la mesure où un tel discours va souvent de pair avec l'affirmation d'une infériorité des membres de ce groupe -, les personnes appartenant à ce groupe se voient privés de la possibilité de contribuer, dans des conditions de non-discrimination, à la discussion publique. Ces arguments sont cependant relativement fragiles. L'inscription d'une liberté d'épanouissement au sein de la liberté d'expression dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme demeure encore relativement peu assurée.⁶⁹ Au surplus, son enseignement doit sans doute être limité au cas où l'individu se voit tenu de ne pas révéler certains éléments de son identité personnelle - par exemple, son orientation sexuelle ou sa religion - par crainte de la réprobation de l'entourage, ou du harcèlement dont il ferait l'objet s'il devrait livrer au dehors ces éléments qu'il a la possibilité de tenir secrets. Quant à l'argument selon lequel, en présence d'un discours d'incitation à la haine ou à la discrimination pouvant impliquer l'affirmation d'une infériorité des membres de tel groupe, ceux-ci seraient privés de la possibilité de participer dans des conditions d'égalité à la discussion qui se tient dans l'espace public, il semble s'exposer justement à l'objection qui était adressée tout à l'heure à la compréhension de l'espace public comme "marché des idées": se donner pour objectif de constituer un espace public de discussion purgé de tout élément de contrainte, c'est-à-dire un espace dans lequel, plus précisément, serait garanti le respect de la loi de l'argument le meilleur (sans qu'interviennne en aucune manière, afin de qualifier ou de disqualifier le locuteur, l'appartenance de celui-ci à tel groupe déterminé), n'est-ce pas tomber dans l'illusion que ces conditions, une fois créées, permettent la progression vers la vérité dont la mise à jour relève d'une entreprise commune?

Deux autres voies promettent plus que les précédentes. Afin de reconnaître dans la Convention européenne des droits de l'homme un droit de l'individu d'être placé à l'abri du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination qui le prend pour cible en raison de son appartenance à tel groupe racial ou religieux, une troisième voie consisterait en effet à affirmer que la garantie du droit au respect de la vie privée que consacre l'article 8 de la Convention européenne, qui inclut le droit à la réputation, permet à un individu de se plaindre de l'absence d'intervention de l'Etat face à des discours et à lui causer cible le groupe auquel il appartient, sont de nature à affecter sa réputation et à lui causer un préjudice identique à celui qu'il aurait subi s'il avait été personnellement visé. Une telle extension du droit de l'individu à la protection de sa réputation n'aurait rien de révolutionnaire. Il fut déjà effectué, au départ de la notion de "libel" que connaît la *common law* en matière pénale, dans une décision *The King v. Osborne* de 1732 qui concernait des affirmations antisémites tenues à l'encontre des Juifs d'Angleterre, sans

⁶⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, § 127: en réponse à l'allégation des requérants que la politique hostile aux homosexuels de l'armée britannique les obligeait "à mener des vies secrètes, en leur déniait la simple possibilité de communiquer ouvertement et librement leur propre identité sexuelle, ce qui a eu sur eux un effet inhibiteur et a représenté un frein puissant pour leur droit à la liberté d'expression", la Cour admet ne pas devoir exclure "que le silence imposé aux intéressés quant à leurs préférences sexuelles ainsi que la nécessité constante d'être vigilants, discrets et secrets à cet égard vis-à-vis de leurs collègues, amis et relations de par l'effet inhibiteur de la politique du ministère de la Défense, peuvent constituer une ingérence dans leur liberté d'expression" (§ 127).

que des individus personnellement identifiés soient particulièrement visés.⁷⁰ T.D. Jones cite plusieurs décisions rendues par des juridictions étatiques aux Etats-Unis, pendant le premier tiers du siècle, qui acceptent de considérer que l'incrimination de diffamation ("libel") peut s'étendre à la diffamation de groupe ("group libel"), dès lors que l'allégation diffamatoire vise une classe de personnes non nommément identifiées, dont chacun des membres est alors admis à demander réparation.⁷¹ Plus proche de nous, la Commission européenne des droits de l'homme estime, au moment de rejeter comme manifestation mal fondée des requêtes par lesquelles des auteurs d'écrits négationnistes alléguent une violation de leur liberté d'expression en raison des sanctions que leur avaient valu leurs prises de position, que l'ingérence dans la liberté d'expression est justifiée notamment par "la nécessité de protéger la réputation et les droits de cette communauté [juive], laquelle prime "sur la liberté du requérant de diffuser des publications contenant l'extermination des Juifs dans les chambres à gaz des camps des concentrations sous le régime nazi, et contenant des accusations d'extorsion"⁷²; et elle approuve la jurisprudence allemande qui estime qu'en matière de diffamation des Juifs, "en raison du contexte historique particulier, toute personne appartenant à ce groupe ethnique peut s'estimer diffamée par une attaque portée contre le groupe en tant que tel, indépendamment du point de savoir si elle a personnellement souffert du 3ème Reich ou vécu pendant cette période": il n'est selon la Commission "ni arbitraire ni déraisonnable de considérer les brochures exposées par le requérant comme une attaque diffamatoire dirigée contre la communauté juive en général et chacun de ses membres en particulier".⁷³

Enfin, dernièrement, il est permis de présenter l'absence d'une protection de l'individu contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination envers le groupe auquel il appartient, comme constituant elle-même une discrimination prohibée. C'était l'argument principal retenu par la Cour suprême des Etats-Unis dans son arrêt *Beauharnais v. Illinois* de 1952, où elle notait, afin de valider l'incrimination du "group libel", que la législateur étatique "may warrantly believe that a man's job and his educational opportunities and the dignity accorded him may depend as much on the reputation of the racial and religious group to which he willy-nilly belongs, as on his own merits".⁷⁴ Cette présentation a pour elle plus que le simple bon sens. En effet, la présence dans l'environnement du discours d'incitation à la haine ou à la discrimina-

⁷⁰ *The King v. Osborne*, 25 Eng. Rep. 584 (K.B. 1732).

⁷¹ *Jones v. State*, 43 S.W. 78 (Tex. 1897); *State v. Brady*, 24 P. 948 (Kan. 1890); *People v. Turner*, 154 P. 34 (Cal. 1914); *Crane v. State*, 166 P. 1110 (Okla. 1917); *People v. Spielman*, 149 N.W. 466 (Ill. 1925); *Alumbaugh v. State*, 146 S.E. 114 (Ga. 1929); *State v. Cramer*, 258 N.W. 525 (Minn. 1935). Voy. sur ces décisions Th. D. Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and the Law of Nations*, op. cit., p. 97. D'autres décisions requièrent en revanche que l'individu qui demande réparation de l'atteinte qu'il allègue avoir été causée à sa réputation en raison des propos diffamatoires tenus à l'encontre du groupe dont il est membre montre qu'il a été personnellement visé par ces propos, c'est-à-dire que l'atteinte à la réputation soit suffisamment individualisée.

⁷² Commiss. eur. D.H., déc. du 6 septembre 1995, *Otto Remer c. Allemagne*, req. n°25096/94, D.R., 82-B, p. 117, ici p. 122.

⁷³ Commiss. eur. D.H., déc. du 16 juill. 1982, X c. *Rép. féd. d'Allemagne*, req. n°9235/81, D.R., 29, p. 194, ici p. 203.

⁷⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 263 (1952).

tion, dès lors qu'il véhicule certains stéréotypes négatifs concernant des personnes appartenant à certains groupes, a au moins deux conséquences significatives du point de vue de l'interdiction de la discrimination.

Premièrement, ce type de discours produit ce que la psychologie sociale a appelé un "effet de rebond" dans le chef des personnes qui se trouvent confrontées à lui, y compris dans le chef de ceux qui prétendent ne pas partager, voire activement combattre, les stéréotypes négatifs que ces discours véhiculent. Selon l'effet de "rebond", en effet, l'effort que nous faisons pour supprimer certaines pensées suscite en fait une suractivation de celles-ci en mémoire, de manière telle que dès l'instant où cet effort se relâche, nous avons une nette propension à surutiliser ces pensées. Pour l'exprimer en termes simples : l'antiraciste confronté à un discours qui affirme l'infériorité de certains groupes ethniques aura beau rejeter ce discours, à la fois comme faux et comme ne correspondant pas à son éthique personnelle, le message d'infériorité que ce discours véhicule n'en affectera pas moins l'attitude de cet antiraciste vis-à-vis des personnes appartenant à ces groupes ethniques, et cela d'autant plus qu'il cherchera consciemment à ne pas céder à la tentation du stéréotype négatif.⁷⁵

Deuxièmement, la présence dans l'espace public de stéréotypes négatifs vis-à-vis de certaines catégories de personnes, surtout lorsque ces stéréotypes sont explicitement charriés dans des discours d'incitation à la haine ou à la discrimination qui sont tolérés, crée ce que Claude Steele dénomme la "menace de stéréotype" ("stereotype threat"). Des expériences mettent en effet en lumière que celui qui subit la présence de stéréotypes négatifs à son égard aura une performance moins bonne en raison de cette "menace", et donc de sa crainte de confirmer le stéréotype négatif qu'il sait peser sur lui. Il en résulte le caractère de prophétie auto-réalisatrice de ces stéréotypes négatifs : ceux-ci se trouveront confirmés par la moindre qualité des performances des personnes envers lesquelles ces stéréotypes existent, alors même que ces performances moindres sont attribuables à la présence et à l'expression ouverte de ces préjugés.⁷⁶

A travers la reconnaissance du droit de l'individu à la protection de sa réputation personnelle, donc également à celle du groupe auquel il appartient, à travers également la garantie de l'individu contre la discrimination, il devrait être possible d'utiliser les ressources de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁷ afin d'y mettre à jour

⁷⁵ Voy. C.N. Macrae, G. V. Bodenhausen, A.B. Milne, & J. Jetten, "Out of mind but back in sight: Stereotypes on the rebound", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 67, 1994, p. 808. Cité: O. Corneille et V. Yzerbyt, "Comme un irrépressible besoin de classer l'autre", *Louvain*, n°106, mars 2000, p. 16.

⁷⁶ Sur ceci, voy. Cl. M. Steele, "A Threat in the Air: How Stereotypes Shape Intellectual Identity and Performance", *Am. Psychol.*, vol. 52, 1997, p. 613; et Cl. M. Steele & J. Aronson, "Stereotype Threat and the Intellectual Test Performance of African Americans", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 69, 1995, p. 797.

⁷⁷ Ainsi que, lorsqu'il sera entré en vigueur, du Protocole n°12 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En prévoyant une garantie autonome de non-discrimination comme le fait l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ce protocole achève la progressive autonomisation de l'article 14 de la Convention des autres dispositions matérielles de celle-ci, qu'avait déjà largement entamée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

progressivement un véritable droit de l'individu à être placé à l'abri du discours d'incitation à la haine ou à la discrimination envers le groupe racial ou religieux dont il est membre. Cette avancée n'aurait pas pour unique conséquence d'enrichir la Convention européenne, en y faisant figurer une obligation "positive" qui n'a pas encore été affirmée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - celle, pour les États parties, de prendre des mesures de lutte contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination raciales. Elle permettrait aussi, même dans le cadre des instruments internationaux qui affirment une telle obligation dans le chef des États parties - le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'article 20 affirme qu'est "interdit par la loi" "tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination"; ou la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dont un large extrait de l'article 4 a été cité plus haut -, de passer définitivement de l'identification d'une obligation dans le chef de l'État à celle d'un droit dans le chef de l'individu: afin qu'à l'obligation de l'État de prendre les mesures contre le discours d'incitation à la haine ou à la discrimination, vienne correspondre le droit de l'individu, victime de ces discours, à la protection.