

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le discours de haine

Michel, Alejandra

*Published in:*

La régulation des contenus haineux sur les réseaux sociaux

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Michel, A 2022, Le discours de haine: à propos d'une notion aux contours insaisissables. dans *La régulation des contenus haineux sur les réseaux sociaux*. Anthemis, Limal, pp. 17-37.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Le discours de haine : à propos d'une notion aux contours insaisissables<sup>1</sup>

Alejandra MICHEL

*Chercheuse senior*

*Responsable de l'unité Médias au CRIDS/NaDI (Université de Namur)*

## Introduction

1. La *haine*, émotion inhérente à l'être humain, est traditionnellement définie comme un sentiment d'aversion profonde éprouvé par une personne à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose<sup>2</sup>. Elle se définit également par référence au malheur souhaité à autrui. Ainsi, le Larousse décrit la haine comme un « sentiment qui porte une personne à souhaiter ou à faire du mal à une autre, ou à se réjouir de tout ce qui lui arrive de fâcheux »<sup>3</sup>.

S'agissant d'émotions ou de sentiments humains hautement subjectifs et personnels, l'on saisit rapidement toute la difficulté que l'on peut éprouver à identifier la haine au sein des expressions. Pourtant, l'appréhension, la compréhension et la délimitation de la notion de discours de haine constituent des prérequis indispensables pour le législateur et pour le monde politique qui entendent élaborer les solutions adéquates pour enrayer le phénomène, notamment en ligne.

2. Si le législateur ne peut supprimer la haine en tant que telle puisqu'elle ressort de la nature humaine et de la liberté de pensée, l'expression de haine au sein de la sphère publique peut, quant à elle, faire l'objet de mesures, surtout lorsqu'elle donne ultérieurement lieu à la commission d'actes punissables. Le pluralisme caractérisant notre société démocratique animée par les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination commande en effet d'apporter une réponse appropriée au discours de haine.

Cette problématique s'inscrit au cœur de conflits de droits humains qu'il convient d'équilibrer dans nos sociétés où cohabitent différentes cultures. On retrouve ainsi, d'un côté, la liberté d'expression de l'émetteur et le droit du public de recevoir les idées et les opinions que d'autres consentent à diffuser ; de l'autre, le droit au respect de la vie privée, la liberté de religion, l'interdiction des traitements dégradants ou encore

---

<sup>1</sup> L'auteure tient à remercier Amélie Lachapelle pour les conseils avisés prodigués lors de la relecture de la présente contribution.

<sup>2</sup> À titre d'exemple, la haine est définie par le dictionnaire Larousse comme une « aversion profonde, répulsion éprouvée par quelqu'un à l'égard de quelque chose » et par le dictionnaire Robert comme une « aversion profonde pour quelque chose ».

<sup>3</sup> Dictionnaire Larousse.

le droit à l'égalité et à la non-discrimination des personnes ou des groupes d'individus visés par les expressions haineuses<sup>4</sup>.

Néanmoins, en la matière, l'exercice d'équilibriste entre les droits et les intérêts opposés est loin d'être une mince affaire en raison des multiples conceptions, tant populaires que juridiques, conférées au discours de haine, d'autant plus que les restrictions à l'expression doivent demeurer l'exception.

3. La présente contribution entend dresser l'état des lieux de la notion de « discours de haine », étape indispensable à toute réflexion sur la régulation, la corégulation et l'autorégulation des contenus. Ainsi, après avoir mis en exergue la relation délicate qu'entretient le propos haineux avec la liberté d'expression (Chapitre 1), nous concentrons notre réflexion sur les obstacles qui se posent à l'identification du discours de haine et qui expliquent largement l'absence de consensus sur la notion (Chapitre 2). Enfin, face à l'évidente insaisissabilité du concept, nous proposons, en guise de piste de solution pour le praticien, une typologie graduelle du discours de haine (Chapitre 3).

## Chapitre 1. La liberté d'expression et le discours de haine : une relation épineuse

4. Pour appréhender la notion de « discours de haine », il importe de se pencher sur la relation particulière qu'elle entretient avec la liberté d'expression. Dans un premier temps, la place de ce discours au regard du champ d'application de la liberté d'expression doit être précisée. Dans un deuxième temps, la distinction cardinale entre contenu illégal et contenu dommageable, entre lesquels le propos haineux oscille, doit être éclairée. Dans un troisième temps, l'appréhension du discours de haine par la Cour européenne des droits de l'homme doit être brièvement soulignée au vu de l'influence qu'exerce sa jurisprudence sur nos cours et tribunaux belges.

### Section 1. La position du discours de haine sur l'échelle de gradation de la protection de la liberté d'expression

5. S'agissant de la liberté d'expression, on identifie généralement les contenus au regard de trois catégories : le contenu protégé par la liberté d'expression, le contenu entrant dans le champ d'application de la liberté d'expression, mais sujet à restriction en raison d'une conciliation avec les droits et les intérêts d'autrui, et le contenu exclu de toute protection par la liberté d'expression.

Comme nous le verrons<sup>5</sup>, le flou et l'absence de consensus autour du concept de discours de haine rendent la classification de ce type de contenu délicate au regard de ce triptyque. La notion de discours de haine possède en effet la particularité d'être

employée en pratique à la fois pour désigner des expressions qui sont entièrement déchues<sup>6</sup> de la protection par la liberté d'expression, mais aussi des discours qui sont protégés ou qui, bien que protégeables, subissent une restriction conformément au triple test de légalité, de légitimité et de nécessité<sup>7</sup>.

6. Dans la catégorie des contenus entièrement placés sous l'égide de la liberté d'expression, on retrouve, selon la formule établie de longue date par la Cour de Strasbourg, les propos « qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »<sup>8</sup>. Cet adage possède une résonance particulière au regard de la problématique du discours de haine. À notre estime, il est crucial que, exception faite du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention<sup>9</sup>, aucune expression

<sup>6</sup> À cet égard, notons que le Conseil des ministres appelle les États à préciser clairement les catégories d'expressions haineuses qui ne relèvent pas de la protection par la liberté d'expression. Voy. Recommandation CM/Rec(2022)16 du Comité des ministres aux États membres sur la lutte contre le discours de haine, adoptée lors de la 132<sup>e</sup> session du Comité des ministres, 20 mai 2022, principe 6.

<sup>7</sup> *Contra* : A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, mai 2009, pp. 4-5. Selon l'auteure, « le concept de "discours de haine" permet ainsi de tracer la ligne de partage entre les expressions qui se trouvent exclues du champ de l'article 10 [de la Convention] et ne sont pas couvertes par la liberté d'expression et celles qui, n'étant pas considérées comme constitutives d'un "discours de haine", sont dès lors protégées par le droit à la liberté d'expression ». Selon nous, cette affirmation doit être nuancée, la pratique démontrant que la notion de « discours de haine » est également empruntée pour des contenus qui demeurent protégés et ne subissent aucune restriction. Par ailleurs, la Cour de Strasbourg, comme nous le verrons, applique tant l'article 17 que le paragraphe 2 de l'article 10 au discours de haine (sur ce point, voy. *infra*, n<sup>os</sup> 12 à 14). Comme l'indique M. Oetheimer, lorsque la Cour procède à l'appréciation de l'ingérence dans l'expression litigieuse à l'aune des conditions de légalité, de légitimité et de nécessité, trois issues sont envisageables : (i) existence d'un discours de haine « qui peut être légitimé par son contexte », (ii) existence d'un discours de haine non légitime, et donc sujet à restriction, et (iii) absence de discours de haine. Voy. M. OETHEIMER, « La Cour européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine », *Rev. trim. dr. h.*, n<sup>o</sup> 69/2007, p. 70.

<sup>8</sup> Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n<sup>o</sup> 5493/72, § 49. Pour rappel, par ce célèbre arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré l'attendu de principe suivant : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille 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'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". » Depuis lors, la Cour n'a cessé de réaffirmer ce principe clé de la liberté d'expression. Voy., parmi d'autres, Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. n<sup>o</sup> 6538/74, § 65 ; Cour eur. D.H. (3<sup>e</sup> sect.), arrêt *Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001, req. n<sup>o</sup> 39288/98, § 56 ; Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), arrêt *Karkin c. Turquie*, 23 septembre 2003, req. n<sup>o</sup> 43928/98, § 27 ; Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), arrêt *Éditions Plon c. France*, 18 mai 2004, req. n<sup>o</sup> 58148/00, § 42 ; Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, req. n<sup>o</sup> 68416/01, § 87 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007, req. n<sup>o</sup> 69698/01, § 101 ; Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), arrêt *Women on Waves et autres c. Portugal*, 3 février 2009, req. n<sup>o</sup> 31276/05, § 29 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, req. n<sup>o</sup> 16354/06, § 48 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Morice c. France*, 23 avril 2015, req. n<sup>o</sup> 29369/10, § 124 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015, req. n<sup>o</sup> 64569/09, § 131 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, req. n<sup>o</sup> 27510/08, § 196 ; Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), arrêt *Sanchez c. France*, 2 septembre 2021, req. n<sup>o</sup> 45581/15, § 76. Dans le même sens, voy. Comité des droits de l'homme, observation générale n<sup>o</sup> 34 « Article 19 : liberté d'opinion et liberté d'expression », adoptée à Genève lors de la 102<sup>e</sup> session, 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, point 11 : « [La liberté d'expression] s'étend même à l'expression qui peut être considérée comme profondément offensante, encore que cette expression puisse être restreinte conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 19 et de l'article 20. »

<sup>9</sup> Art. 10, § 2, CEDH : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

<sup>4</sup> À côté de la protection des droits d'autrui, les intérêts de l'État constituent également des « buts légitimes » permettant de restreindre la libre expression des individus. Il en va notamment ainsi de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale, de la sûreté publique, de la défense de l'ordre, de la prévention du crime, de la protection de la morale ou encore de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire. Sur ce point, voy. art. 10, § 2, CEDH. De tels intérêts sont, par exemple, invoqués par les gouvernements pour sanctionner les discours faisant l'apologie du terrorisme ou incitant à la commission d'infractions pénales.

<sup>5</sup> Sur ce point, voy. *infra*, n<sup>os</sup> 16-26.

rencontrant cet attendu de principe ne puisse faire l'objet d'ingérence – quand bien même elle serait étiquetée par ses détracteurs de « discours de haine » – sous peine de vider la liberté d'expression de sa substance.

Cette liberté fondamentale entretient de fait des liens étroits avec la démocratie<sup>10</sup>. « Fondement essentiel » de chaque société démocratique et « condition primordiale de son progrès », la liberté d'expression constitue l'essence même de toute société qui entend placer le citoyen au cœur de la vie politique. Dans ce cadre, les idées, les opinions et les informations qui « heurtent, choquent ou inquiètent » jouent un rôle précieux. Il importe dès lors au plus haut point de se garder de soumettre les propos importunant d'aucuns à des restrictions. Ces expressions doivent au contraire librement circuler dans la sphère publique.

Cela ne signifie pas que les expressions « accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes »<sup>11</sup> n'aient pas d'utilité au sein du débat public, mais simplement que l'on doive se montrer particulièrement attentif à la protection du propos qui dérange. Comme l'a très justement déclaré la Cour européenne des droits de l'homme avec l'affaire *Women on Waves*, « c'est justement lorsqu'on présente des idées qui heurtent, choquent et contestent l'ordre établi que la liberté d'expression est la plus précieuse »<sup>12</sup>. Il existe en effet peu de risque de rencontrer de la résistance ou des tentatives de musellement lorsque l'on émet des opinions qui emportent l'approbation de tous.

7. En outre, à côté du contenu même du discours, la liberté d'expression entend également protéger son mode de diffusion<sup>13</sup>. Ce principe est bien évidemment de mise en matière de discours de haine. L'émetteur d'un propos est par conséquent libre de s'exprimer sur un ton polémique ou de recourir « à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation »<sup>14</sup>.

## Section 2. La distinction de principe entre le contenu illégal et le contenu dommageable

8. Lorsque l'on envisage des actions pour encadrer la problématique du discours de haine, il est essentiel de veiller à adéquatement qualifier les propos concernés au regard de la distinction entre contenu illégal et contenu dommageable. Comme l'a

<sup>10</sup> Il n'est d'ailleurs pas de société démocratique sans liberté d'expression. À ce propos, voy. F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 106/2006, p. 311. Voy. également A. ROKSA ZUBCEVIC, S. BENDER et J. VOJVODIC, *Media Regulatory Authorities and Hate Speech*, 2<sup>e</sup> éd., Conseil de l'Europe, 2017, p. 9.

<sup>11</sup> Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 49.

<sup>12</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), arrêt *Women on Waves et autres c. Portugal*, préc., § 42. On rejoint par ailleurs M. Oetheimer qui, faisant référence à l'opinion dissidente commune des juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert en l'affaire *I. A. c. Turquie*, déclare que l'attendu de principe consacré par l'arrêt *Handyside* « ne doit pas devenir une phrase incantatoire ou rituelle », [mais] doit en revanche rester la pierre angulaire du contrôle européen ». Voy. M. OETHEIMER, « La Cour européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine », *op. cit.* (voy. note 7), p. 64.

<sup>13</sup> Cour eur. D.H. (ch.), arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, req. n° 19983/92, §§ 46-48. Dans le même sens, voy. aussi Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, req. n° 11662/85, § 57 ; Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, req. n° 38432/97, § 45.

<sup>14</sup> Cour eur. D.H. (ch.), arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 46.

souligné la Commission européenne, « ces différentes catégories de contenu suscitent des questions de principe radicalement différentes, et appellent des réponses juridiques et technologiques très diverses »<sup>15</sup>. La détermination des mesures<sup>16</sup> à entreprendre est ainsi intrinsèquement liée au type de contenu, les contenus illégaux étant les seuls à être purement et simplement exclus de toute protection par la liberté d'expression.

9. Un contenu illégal est un contenu qui viole une disposition légale ou réglementaire. L'illégalité d'un contenu dépend du niveau d'ordonnancement juridique dans lequel l'on situe la réflexion et varie fortement d'un système juridique à l'autre en fonction des valeurs qui y sont consacrées.

Au niveau du droit de l'Union européenne, le discours de haine illégal comprend uniquement les discours de haine racistes et xénophobes en vertu de la décision-cadre 2008/913/JAI<sup>17</sup>. Cet instrument couvre donc les motifs de haine liés à la race, à la couleur, à la religion, à l'ascendance et à l'origine nationale ou ethnique<sup>18</sup>. Le législateur a ici pris la décision de réserver l'appareil pénal aux formes les plus graves de racisme et de xénophobie. Au sens de la décision-cadre, les discours de haine racistes et xénophobes recouvrent l'incitation publique à la violence ou à la haine contre une personne ou un groupe de personnes (notamment par la diffusion ou la distribution publique de tout support), ainsi que l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques de crimes de génocide, contre l'humanité ou de guerre lorsqu'un tel comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la haine ou à la violence<sup>19</sup>. Pour qu'un discours de haine soit illégal au niveau du droit de l'Union, ce dernier doit donc nécessairement être animé par une motivation raciste ou xénophobe et produire l'effet d'inciter d'autres personnes à la haine ou à la violence envers un individu ou un groupe d'individus. Cela ne signifie pas pour autant que les discours de haine animés par d'autres motifs ou ne produisant pas ou d'autres effets soient légaux, mais qu'au-delà de cette harmonisation opérée par le législateur de l'Union, il faut tenir compte des exigences établies par les législations nationales. Attirons toutefois l'attention sur le fait que la lutte contre les discours de haine illégaux s'apprête à prendre un nouveau tournant au niveau du droit de l'Union. Fin 2021, la Commission a en effet dévoilé sa nouvelle communication : « Une Europe plus

<sup>15</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Contenu illégal et préjudiciable sur Internet », 16 octobre 1996, COM(96) 487 final, p. 10. Dans le même sens, voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne », 26 avril 2018, COM(2018) 236 final, p. 4.

<sup>16</sup> L'objet de la présente contribution n'est pas de discuter la large palette des mesures de modération des contenus. Notons toutefois que contenus illégaux et dommageables se distinguent par la sévérité des mesures susceptibles de leur être imposées : alors que le contenu illégal se voit assigner des mesures fortes de suppression ou de blocage d'accès, le contenu dommageable est abordé à l'aune de moyens plus souples (sensibilisation, éducation aux médias, transparence, contre-discours, contextualisation, dépriorisation ou encore démonétisation). Sur ce point, voy. A. MICHEL, « La régulation de la modération des contenus en ligne, une affaire de droits humains ? », *Rev. trim. dr. h.*, à paraître (n° 2023/1).

<sup>17</sup> Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, J.O.U.E., L 328/55 du 6 décembre 2008. Cette décision-cadre impose aux États membres de l'Union des règles minimales pour la poursuite pénale d'une série d'actes intentionnels liés aux expressions racistes et xénophobes. Elle ne définit pour autant ni la xénophobie ni le racisme en tant que tels.

<sup>18</sup> Décision-cadre 2008/913/JAI, préc., cons. 9.

<sup>19</sup> Décision-cadre 2008/913/JAI, préc., art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>.

inclusive et plus protectrice : extension de la liste des infractions de l'UE aux discours de haine et aux crimes de haine »<sup>20</sup>. Dans cette dernière, la Commission appelle à ériger, au niveau du droit de l'Union, les discours de haine en infraction pénale et paraît soucieuse de « forcer » la tolérance qui n'est de toute évidence pas naturelle chez l'homme. L'objectif consiste ainsi à aller plus loin dans l'harmonisation actuellement opérée par la décision-cadre 2008/913/JAI et à rajouter, au rang des discours de haine illégaux, d'autres mobiles discriminatoires que le racisme et la xénophobie comme, par exemple, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge et le handicap<sup>21</sup>. Si le Conseil suit l'invitation de la Commission et rajoute les discours de haine au sein des domaines de criminalité de l'Union, la Commission pourrait ensuite suggérer l'adoption d'une directive instituant « des règles minimales relatives à la définition et à la sanction des discours et crimes de haine »<sup>22</sup>.

Sur le plan international, à l'instar de l'état actuel du droit de l'Union, le discours de haine inspiré par le racisme et la xénophobie semble être le seul à faire l'objet d'un véritable consensus quant à son caractère illicite<sup>23</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, il suffit de faire écho à divers instruments internationaux qui imposent des obligations en matière de lutte contre les discours de haine aux États qui les ont ratifiés : (i) l'article 20, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, « PIDCP ») qui interdit l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence<sup>24</sup> ; (ii) la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui impose aux États parties d'ériger en infractions pénales la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, l'incitation à la discrimination raciale, l'incitation à la violence en raison de la race, de la couleur ou de l'origine ethnique, ainsi que la propagande incitant et encourageant la discrimination raciale<sup>25</sup> ; (iii) le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité qui impose aux États parties d'ériger en infractions pénales une série d'expressions diffusées par le biais d'un système informatique et fondées sur des motifs liés à la race, à la couleur, à l'ascendance,

<sup>20</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Une Europe plus inclusive et plus protectrice : extension de la liste des infractions de l'UE aux discours de haine et aux crimes de haine », 9 décembre 2021, COM(2021) 777 final.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>23</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de mentionner que les instruments dédiés à la lutte contre la discrimination fondée sur d'autres motifs que le racisme et la xénophobie n'exigent pas des États parties d'interdire ou d'ériger en infraction pénale le discours de haine. Comme le relève l'ONG Article 19, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes et la Convention relative aux droits des personnes handicapées n'imposent aucune obligation d'interdire le discours de haine misogyne ou les propos haineux fondés sur le handicap d'une personne. Voy. Article 19, « "Hate Speech" Explained: A Toolkit », 2015, p. 13.

<sup>24</sup> Art. 20, § 2, du pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 19 décembre 1966. Le PIDCP a pour particularité d'être le seul instrument international contenant un catalogue de droits humains qui interdit explicitement l'incitation à la haine. Sur ce point, voy. F. TULKENS, « La liberté d'expression et le discours de haine », *Rev. dr. ULg.*, n° 2015/3, p. 481 ; A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, op. cit. (voy. note 7), p. 9.

<sup>25</sup> Art. 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, conclue à New York le 21 décembre 1965. Notons que la Belgique, État partie à cette convention, a introduit une déclaration relative à l'article 4 pour insister sur la nécessité d'une conciliation entre les obligations imposées par cette disposition et la liberté d'expression.

à l'origine nationale ou ethnique ou à la religion lorsque cette dernière sert de prétexte à ces autres motifs, à savoir la diffusion de matériel raciste et xénophobe qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, la menace de commettre une infraction pénale grave envers une personne ou un groupe d'individus, l'insulte en public d'une personne ou d'un groupe d'individus, et la diffusion de matériel qui nie, minimise grossièrement, approuve ou justifie les génocides ou les crimes contre l'humanité<sup>26</sup> ; ou encore (iv) la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide qui exige la poursuite de l'incitation directe et publique à commettre le génocide<sup>27</sup>. En dépit de la large variété de « discours de haine » couverts par ces instruments internationaux, ils ont tous pour point commun d'être animés par des motivations racistes ou xénophobes.

10. Contrairement aux contenus illégaux, le contenu dommageable se conforme aux dispositions en vigueur. Néanmoins, bien que légal, le contenu dommageable est susceptible de heurter les sentiments de certaines personnes (généralement, les plus vulnérables comme les mineurs), les valeurs (démocratiques, culturelles ou religieuses) ou la société dans son ensemble. Un contenu peut également s'avérer dommageable en raison d'un contexte particulier, à l'instar d'un climat politique ou social tendu.

La détermination du caractère dommageable d'un contenu est hautement subjective puisqu'elle dépend à la fois du contexte (spatio-temporel, politique, social...), des valeurs culturelles et de la perception personnelle de chaque individu. À nouveau, elle peut donc varier sensiblement d'un État à l'autre selon les traditions et les systèmes juridiques.

Au niveau du droit de l'Union européenne, les discours de haine inspirés par d'autres motifs que le racisme et la xénophobie entrent, pour l'instant, dans la catégorie des contenus dommageables. Ces discours peuvent toutefois être rendus illégaux en vertu du droit national. À cet égard, en Belgique, d'autres types de discours de haine que ceux inspirés par le racisme et la xénophobie sont considérés comme illégaux. Il en va ainsi des discours de haine basés sur des motifs liés au sexe, au genre, à l'orientation sexuelle, à la naissance, à l'état civil, à la fortune, à l'origine sociale, aux convictions religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, à la langue, à l'âge, à l'état de santé, au handicap ou encore à des caractéristiques physiques ou génétiques<sup>28</sup>.

11. On prend donc conscience d'une entrave supplémentaire à la définition, à l'identification et à la qualification du discours de haine : ce dernier balance, selon les ordres juridiques, les systèmes juridiques, les traditions et les valeurs de chaque société, entre « contenu illégal » et « contenu dommageable ».

<sup>26</sup> Art. 3 à 6 du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, adopté à Strasbourg le 28 janvier 2003. Les États parties ont la possibilité de ne pas appliquer les articles 5 et 6 relatifs à l'insulte en public et au matériel négationniste ou d'opter pour une approche consquentialiste pour l'application de ces dispositions (pour l'article 5, ils peuvent limiter son champ à l'insulte qui expose la personne visée à la haine, au mépris ou au ridicule ; pour l'article 6, ils peuvent limiter son champ à la diffusion de matériel négationniste dans l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence).

<sup>27</sup> Art. 3 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée à Paris le 9 décembre 1948.

<sup>28</sup> Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 30 mai 2007 ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, M.B., 30 mai 2007.

### Section 3. L'appréhension du discours de haine par la Cour européenne des droits de l'homme

12. Bien que l'objet de notre propos ne consiste pas à livrer une analyse approfondie de la jurisprudence européenne sur le discours de haine<sup>29</sup>, il est opportun, afin d'éclairer les rapports difficiles entre liberté d'expression et propos haineux, de brièvement dresser la feuille de route de l'examen opéré en la matière par la Cour de Strasbourg.

Lorsque la Haute juridiction a à connaître d'une affaire dans laquelle le requérant se plaint d'une violation de son droit à la liberté d'expression en raison d'une ingérence subie à la suite de la diffusion d'une expression qualifiée de discours de haine, deux voies s'offrent à elle : l'application de l'article 17 ou l'appréciation du cas d'espèce au regard de l'article 10, § 2, de la Convention.

13. La Convention européenne des droits de l'homme pose, en son article 17, le principe de l'« absence de liberté pour les ennemis de la liberté ». Cette clause d'interdiction de l'abus de droit dispose qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention »<sup>30</sup>. Cette disposition a donc pour objectif de protéger et de garantir les valeurs démocratiques qui se retrouvent au cœur de la Convention, à savoir la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination<sup>31</sup>.

Dans le passé, la Cour a déjà eu l'occasion de s'appuyer à plusieurs reprises sur cette disposition pour ôter de toute protection les discours visant à détruire les droits et les libertés conférés par la Convention<sup>32</sup>. Lorsqu'elle applique l'article 17, la Cour ne

<sup>29</sup> D'autres auteurs se sont d'ailleurs déjà livrés à cet exercice délicat, auxquels nous renvoyons le lecteur : F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ? », *op. cit.* (voy. note 10), pp. 311-350 ; M. OETHEIMER, « La Cour européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine », *op. cit.* (voy. note 7), pp. 63-80 ; F. TULKENS, « La liberté d'expression et le discours de haine », *op. cit.* (voy. note 24), pp. 477-496 ; A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), pp. 19-53.

<sup>30</sup> Art. 17 CEDH.

<sup>31</sup> Sur ce point, voy. A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), pp. 22-23. Ces valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination ont notamment été citées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Norwood*. Voy. Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), décision *Norwood c. Royaume-Uni*, 16 novembre 2004, req. n° 23131/03.

<sup>32</sup> Par exemple, en matière de discours de haine, la Cour a appliqué l'article 17 de la Convention dans les situations suivantes : un spectacle humoristique durant lequel une personne condamnée pour négationnisme a été invitée sur scène pour recevoir une ovation du public et une récompense de la part d'une personne déguisée en déporté juif (Cour eur. D.H. [5<sup>e</sup> sect.], décision *Dieudonné M'Bala M'Bala c. France*, 20 octobre 2015, req. n° 25239/13), une série de vidéos postées sur YouTube contenant des discours de haine et des appels à la violence contre la communauté non musulmane et certains personnages politiques sur un ton extrêmement général et véhément (Cour eur. D.H. [2<sup>e</sup> sect.], décision *Fouad Belkacem c. Belgique*, 27 juin 2017, req. n° 34367/14), les écrits et les déclarations négationnistes d'un politicien français (Cour eur. D.H. [4<sup>e</sup> sect.], décision *Roger Garaudy c. France*, 24 juin 2003, req. n° 65831/01), et les expressions et les activités des membres d'une organisation terroriste prônant le renversement des gouvernements et leur remplacement par un État islamique (Cour eur. D.H. [1<sup>re</sup> sect.], décision *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, 14 mars 2013, req. n° 26261/05 et 26377/06). Pour plus d'informations sur les premières applications de l'article 17, voy., entre autres, M. OETHEIMER, « La Cour européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine »,

doit dès lors pas se livrer à l'examen des conditions de légalité, de légitimité et de nécessité de l'ingérence, mais prononce au contraire l'irrecevabilité de la requête. Le requérant est d'emblée purement et simplement privé de la protection de la liberté d'expression. Toutefois, comme le signale la jurisprudence strasbourgeoise, l'article 17 ne vaut qu'« à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes » et ne doit être employé, en ce qui concerne la liberté d'expression, « que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier [l'article 10] de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention »<sup>33</sup>. En matière de discours de haine, l'élément essentiel pour l'application de la clause d'interdiction de l'abus de droit est donc le point de savoir si le propos a été diffusé dans le but d'inciter à la haine ou à la violence afin de détruire les droits et les libertés d'autrui.

14. Alors que les formes de discours de haine les plus graves subissent l'effet « guillotine »<sup>34</sup> de l'article 17, la Cour européenne des droits de l'homme procède traditionnellement à l'appréciation de l'ingérence dans les cas moins graves de discours de haine qui laissent la place aux hésitations et qui n'ébranlent pas les valeurs fondamentales de la Convention à l'aune du triple test institué par le paragraphe 2 de l'article 10<sup>35</sup>. Pour l'exigence de nécessité, la Cour a établi, au fil de sa jurisprudence, une grille d'analyse composée de différents facteurs : (i) le statut de l'émetteur de l'expression (mérite-t-il une protection renforcée et/ou doit-il assumer une plus grande responsabilité ?), (ii) le but poursuivi par la diffusion de l'expression (l'émetteur est-il animé par une motivation haineuse ou cherche-t-il à nourrir le débat public ?), (iii) le contexte entourant l'expression, (iv) le contenu, la nature et la formulation de l'expression litigieuse (en particulier, le point de savoir si, compte tenu du contexte, l'expression peut s'apparenter à un appel direct ou indirect à la violence ou à la justification de la haine ou de l'intolérance et si elle est catégorique dans son attaque ou dans son dénigrement d'un groupe dans son ensemble), (v) la cible de l'expression (doit-elle tolérer davantage la critique en raison de son statut ou fait-elle partie d'une minorité protégée ?), (vi) la capacité de l'expression litigieuse

*op. cit.* (voy. note 7), pp. 66-70 ; A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), pp. 20-27. Pour un commentaire critique de l'application de l'article 17 par la Cour de Strasbourg, voy. D. VOORHOOF, « "Hate speech", radicalisering en het recht op expressievrijheid: waarom artikel 17 EVRM (misbruikclausule) geen revival verdient », *A&M*, 2016/1, pp. 4-18.

<sup>33</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Perinçek c. Suisse*, préc., § 114. Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), décision *Fouad Belkacem c. Belgique*, préc., § 31.

<sup>34</sup> F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ? », *op. cit.* (voy. note 10), p. 328 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme ; incertain et inutile ? », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 195-196.

<sup>35</sup> Par exemple, en matière de discours de haine, la Cour a déjà examiné au regard de l'article 10, § 2, de la Convention les ingérences dans les expressions suivantes : des commentaires homophobes postés en ligne en réaction à des programmes de sensibilisation sur la communauté LGBT (Cour eur. D.H. [2<sup>e</sup> sect.], arrêt *Carl Johann Lillendahl c. Islande*, 12 mai 2020, req. n° 29297/18 [constat de non-violation]), la diffusion de propos racistes par un homme politique en période électorale (Cour eur. D.H. [2<sup>e</sup> sect.], arrêt *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009, req. n° 15615/07 [constat de non-violation]), la distribution de tracts homophobes dans des écoles (Cour eur. D.H. [5<sup>e</sup> sect.], arrêt *Vejdeland et autres c. Suède*, 9 février 2012, req. n° 1813/07 [constat de non-violation]), ou encore des commentaires antipoliciers postés en ligne (Cour eur. D.H. [3<sup>e</sup> sect.], arrêt *Savva Terentyev c. Russie*, 28 août 2018, req. n° 10692/09 [constat de violation]).

à nuire (en fonction, notamment, de son mode de diffusion), ainsi que (vii) la nature (préalable ou postérieure) de l'ingérence, sa gravité et sa justification par les autorités nationales. Comme toujours, selon une approche au cas par cas, la Cour prend en compte une combinaison de ces facteurs pour déterminer si l'ingérence opérée dans la liberté d'expression était « nécessaire dans une société démocratique ». Cela signifie donc qu'aucun de ces critères n'est prépondérant en soi. Selon les circonstances de l'espèce, la Cour mobilisera la totalité ou une sélection de ces facteurs et leur attachera une plus ou moins grande importance<sup>36</sup>.

15. Les limites à la liberté d'expression étant éminemment contextuelles, l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas gravée dans le marbre. La solution dégagée dans un cas particulier ne se transposera pas automatiquement dans une autre affaire, quand bien même les éléments factuels présenteraient des similarités. Cette analyse au cas par cas constitue à la fois la force et la faiblesse de la jurisprudence strasbourgeoise. Alors qu'elle lui offre la souplesse nécessaire pour appréhender les affaires les plus complexes et pour s'adapter aux évolutions sociétales, elle enferme le praticien dans le flou et l'incertitude<sup>37</sup>. La problématique du discours de haine n'échappe pas à cet écueil, loin de là : comme le précise F. KRENC, malgré l'existence d'une grille d'analyse, les solutions dégagées par la Cour ne sont malheureusement pas toujours des plus prévisibles ni cohérentes<sup>38</sup>.

Il est dès lors assez délicat d'avoir une vue précise de la jurisprudence européenne relative aux propos haineux. Dans ce contexte, l'on comprend donc, une fois de plus, les obstacles qui se dressent devant les tentatives de définition, d'identification et de qualification du discours de haine.

## Chapitre 2. La difficile identification du discours de haine

16. On vient de le voir, au regard des principes clés de la liberté d'expression, une série d'obstacles se dresse à l'appréhension des propos haineux : positionnements multiples sur l'échelle de gradation de la liberté d'expression, va-et-vient entre contenu illégal et dommageable, et approche éclatée de la jurisprudence strasbourgeoise. À ceux-ci s'ajoutent des difficultés supplémentaires liées à la complexité entourant le phénomène du discours de haine.

<sup>36</sup> Dans le même sens, A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, op. cit. (voy. note 7), p. 33.

<sup>37</sup> Sur les zones d'ombre et les incertitudes, voy. F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ? », op. cit. (voy. note 10), p. 350 : « Il n'empêche, pour explicables qu'elles soient, les contradictions, dissensions et autres hésitations relevées dans la jurisprudence strasbourgeoise laissent le juge national et, plus largement, l'ensemble des bénéficiaires de la liberté d'expression devant des zones d'incertitude. Celles-ci sont d'autant plus fâcheuses que l'épanouissement de la liberté d'expression commande un encadrement stable et prévisible. Dès lors[,] si l'on ne peut, en raison de l'office à la fois subsidiaire et essentiellement concret de la Cour, attendre de celle-ci des réponses déjà entièrement arrêtées, l'on peut, en revanche, légitimement aspirer à des lignes claires et cohérentes qui soient à la hauteur de l'importance majeure que la liberté d'expression revêt dans une société démocratique ». De son côté, C. RUET dénonce également les risques d'insécurité juridique et d'effet dissuasif découlant du flou entourant l'identification du discours de haine dans la jurisprudence strasbourgeoise (C. RUET, « Liberté d'expression et lutte contre le discours de haine sur Internet », in C. DE TERWANGNE et Q. VAN ENIS, *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 205-206).

<sup>38</sup> F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ? », op. cit. (voy. note 10), p. 348.

## Section 1. Les écueils à l'identification du « discours de haine »

17. Avant de faire le point sur l'absence de consensus autour de la notion de discours de haine, il convient de mettre en lumière les écueils qui rendent toute tentative de définition périlleuse : le caractère polymorphe du concept qui lui permet d'embrasser une multitude d'expressions aux formes parfois inattendues (§ 1), la subjectivité du concept en raison de son caractère hautement émotionnel (§ 2), l'existence de conceptions à la fois juridique et usuelle du discours de haine (§ 3), et les désaccords existant sur ses éléments constitutifs (§ 4).

### § 1. Une notion polymorphe

18. La première difficulté tient au polymorphisme qui caractérise la notion de « discours de haine ». Ce terme générique, de large acception, englobe des expressions au contenu très varié.

Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir la fiche thématique consacrée à la jurisprudence strasbourgeoise en la matière qui catégorise les types de propos haineux : « haine raciale », « haine religieuse », « haine ethnique », « négationnisme et révisionnisme », « menace pour l'ordre démocratique », « doctrine totalitaire », « extrémisme », « incitation à la violence et soutien d'activités terroristes », « incitation à la discrimination », « incitation à l'intolérance religieuse », « incitation à la haine ethnique », « incitation à la haine nationale », « injure raciale et contestation de crime contre l'humanité », « apologie de crimes de guerre », « apologie de la violence et incitation à l'hostilité », « apologie de crime et de criminel », « apologie du terrorisme », « dénigrement de l'identité nationale », « injure visant les responsables de l'État », « agitation dirigée contre un groupe national ou ethnique », « déploiement d'un symbole associé à un mouvement ou à une entité politique », « publication de déclarations d'une organisation terroriste », « propagande en faveur d'une organisation terroriste », ou encore « moqueries, diffamation, dénigrement ou menace exprimés en public à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de certaines caractéristiques »<sup>39</sup>.

Derrière ce même vocable de « discours de haine » se cache ainsi, pour reprendre les termes de A. BROWN, « une collection hétérogène de phénomènes expressifs »<sup>40</sup>. À ses yeux, cette notion n'est que la dernière d'une succession de notions auxquelles l'on a recouru au fil du temps pour se référer à des expressions qui attaquent des individus ou des groupes de personnes en raison d'une caractéristique personnelle. À la différence de ses prédécesseurs<sup>41</sup>, le concept de discours de haine se distingue toutefois par son caractère extrêmement général qui lui permet d'embrasser de manière significative une plus grande variété d'expressions<sup>42</sup>. Mais réside justement là un point d'attention crucial : jusqu'où devons-nous élargir le spectre du discours de haine ?

<sup>39</sup> Cour européenne des droits de l'homme (Unité de la Presse), « Fiche thématique : discours de haine », juin 2022, pp. 1-28, disponible sur [https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_hate\\_speech\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_fra.pdf).

<sup>40</sup> A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *Law and Philosophy*, vol. 36, 2017, p. 419. Dans le même sens, voy. Article 19, « "Hate Speech"... », op. cit. (voy. note 23), p. 3 ; G. CALVÈS, « Les discours de haine et les normes internationales », *Esprit*, n° 418 (10), 2015, p. 62.

<sup>41</sup> L'auteur évoque ainsi la « diffamation collective », la « haine raciale » ou encore la « propagande de haine ». Voy. A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », op. cit. (voy. note 40), p. 427.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 427-428.

Faut-il réellement englober les expressions « moins alarmantes » comme les insultes grossières ou la diffamation dans la notion, au risque de faire passer les mesures, qu'elles soient juridiques ou extralégales, à côté de leur objectif réel aux dépens de la liberté d'expression ? Il convient, selon nous, d'opérer des distinctions, entre les catégories d'expressions, là où elles sont nécessaires. À titre d'exemple, la diffamation et la calomnie ne devraient pas être noyées dans la masse d'expressions pouvant être qualifiées de discours de haine. Bien que des confusions entre ces catégories d'expressions s'effectuent régulièrement, la diffamation et la calomnie n'exigent pas la démonstration d'un « appel à la haine ». Ces actions ont plutôt pour but de protéger la réputation individuelle d'une personne à la suite de la diffusion de déclarations fausses qui n'entretiennent pas forcément de lien avec un motif discriminatoire<sup>43</sup>.

19. À côté du contenu même de l'expression, soulignons que le discours de haine se décline sous diverses formes, ce qui complexifie davantage encore son identification. Il ne s'agit en effet pas toujours d'expressions « classiques » rédigées ou déclamées. Le discours de haine peut se présenter sous diverses apparences telles qu'un spectacle humoristique<sup>44</sup>, un dessin<sup>45</sup>, un ouvrage littéraire<sup>46</sup> ou un déploiement de symboles<sup>47</sup>. Plus pernicieux encore, il peut prendre l'apparence de langage « politiquement correct » et se travestir derrière « des déclarations qui, à première vue, paraissent rationnelles ou normales »<sup>48</sup>. L'existence d'un discours de haine n'est donc pas toujours aussi franche et explicite que l'on pourrait le penser...

## § 2. Une notion émotionnelle, et donc subjective

20. La deuxième difficulté à laquelle se heurte le praticien provient de la subjectivité dans laquelle s'inscrit le discours de haine. Comme on l'a évoqué en introduction, la haine est un sentiment humain. Ce constat pousse certains à étiqueter l'expression haineuse de « concept émotionnel », en ce qu'elle dégrade, intimide, incite à la haine, à la violence ou à la discrimination ou suscite la peur et le mépris<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), p. 39.

<sup>44</sup> Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), arrêt *Dieudonné M'Bala M'Bala c. France*, préc. Dans cette affaire, l'expression haineuse (en l'occurrence, des comportements négationnistes) était dissimulée à travers une mise en scène d'un spectacle humoristique de Dieudonné. D'ailleurs, de l'estime de la Cour, « si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitent aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte ». Sur ce point, voy. le paragraphe 40 de la décision d'irrecevabilité.

<sup>45</sup> Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), arrêt *Leroy c. France*, 2 octobre 2008, req. n° 36109/03. Dans cette affaire, il s'agissait d'un dessin symbolisant les attentats du 11 septembre 2001 contre les tours jumelles légendé d'un pastiche d'un ancien slogan publicitaire « Nous en avions tous rêvé... le Hamas l'a fait ».

<sup>46</sup> Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), arrêt *Soulas et autres c. France*, 10 juillet 2008, req. n° 15948/03. Dans cette affaire, il s'agissait d'un ouvrage intitulé « La colonisation de l'Europe : discours vrai sur l'immigration et l'islam ».

<sup>47</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), arrêt *Faber c. Hongrie*, 24 juillet 2012, req. n° 40721/08. Dans cette affaire, il s'agissait du déploiement d'un drapeau des Arpad (dynastie hongroise) connoté historiquement à quelques mètres d'une manifestation antiracisme. En l'espèce, la Cour a conclu à la violation du droit à la liberté d'expression.

<sup>48</sup> A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), p. 5.

<sup>49</sup> A. ROKSA ZUBCEVIC, S. BENDER et J. VOJVODIC, *Media Regulatory Authorities and Hate Speech*, *op. cit.* (voy. note 10), p. 14. Sur le « concept émotionnel », voy. également Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 9 et 16. *Contra* : A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 439-441. Ce dernier estime qu'il faut se garder de tomber dans le « mythe de la haine » qui veut que, pour qu'une

Le discours de haine est dès lors nécessairement empreint d'une forte dose de subjectivité : une même expression pourrait constituer un propos haineux pour certains et un propos tolérable pour d'autres selon les valeurs et les principes propres à chacun. Entre les opinions dissidentes très tranchées et les affaires votées à la plus courte des majorités, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne d'ailleurs de la subjectivité qui enveloppe le discours de haine<sup>50</sup>.

## § 3. Conception juridique versus conception usuelle

21. La troisième difficulté qui jette le flou autour du discours de haine concerne l'existence de plusieurs conceptions de la notion. À la conception juridique se superpose une conception usuelle<sup>51</sup>. La représentation que le non-praticien se fait du discours de haine selon le langage courant peut en effet grandement s'éloigner de la manière dont ce discours est appréhendé par le législateur.

Outre les multiples conceptions légales qui se font concurrence selon les systèmes juridiques, le discours de haine est avant tout un concept ordinaire employé par les citoyens dans de nombreux domaines tels que le politique, les médias, le social, la culture, l'économie, l'art, le sport, le divertissement, les sciences ou encore l'éducation. Cette précision est d'importance : si le législateur se concentre trop sur l'acception juridique du discours de haine sans tenir compte de son acception usuelle, le risque serait finalement de passer à côté de la manière la plus adéquate de répondre au phénomène<sup>52</sup>. Par ailleurs, l'intégration de la conception usuelle dans la réflexion législative a le mérite de ne pas ignorer la nature subjective du discours de haine et d'ainsi tenir compte de la façon dont ce discours est reçu par ses destinataires.

expression puisse rencontrer la qualification de discours de haine, il faille nécessairement que l'expression soit connectée, d'une manière ou d'une autre, aux sentiments de haine, d'aversion ou de dégoût. Selon A. BROWN, même si tel est le cas de la plupart des expressions haineuses, certains propos n'ont aucun lien, que ce soit direct ou indirect, avec de tels sentiments, mais sont plutôt animés par le mépris, le dédain, le rejet ou la condescendance qui consistent plutôt à percevoir une personne comme indigne de toute considération ou encore par la peur, l'envie ou un simple désir d'attention.

<sup>50</sup> Relevons, par exemple, l'affaire *Féret c. Belgique* dans laquelle la Cour de Strasbourg a validé, à quatre voix contre trois, l'ingérence dans la liberté d'expression d'un politicien belge à la suite de la diffusion de tracts racistes et xénophobes. En l'espèce, le requérant avait été frappé par les juridictions belges d'une inéligibilité pour une durée de dix ans. Voy. Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), arrêt *Féret c. Belgique*, préc., cité par P.F. DOUQUIR, « N'ayons plus peur de la liberté d'expression sur Internet : à propos d'une définition stricte des "discours de haine" », obs. sous Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2009, R.D.T.I., n° 37/2009, pp. 124-126. Sur le sujet, voy. aussi F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ? », *op. cit.* (voy. note 10), p. 348. Preuve supplémentaire de la subjectivité du phénomène du discours de haine, les juges de la haute juridiction strasbourgeoise débattent également sur les expressions qui ressortent du « manifestement illicite » et sur celles dont l'imposition d'une restriction doit faire l'objet d'une analyse plus approfondie. À ce propos, voy. C. RUET, « Liberté d'expression et lutte contre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 37), pp. 206-207.

<sup>51</sup> À ce propos, voy. A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 422-425 ; I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », coll. UNESCO sur la liberté de l'Internet, Paris, Éditions UNESCO, 2015, p. 10.

<sup>52</sup> A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), p. 422. Il est évident que les deux conceptions, juridique et usuelle, peuvent toutefois entretenir des liens et qu'un jeu d'influence peut opérer entre elles. Comme l'explique l'auteur, l'acception juridique du discours de haine n'est pas forcément totalement détachée de son acception usuelle. Il convient seulement de prêter attention au fait que la notion est également et avant tout utilisée par des non-juristes dans des contextes multiples et variés (*Ibid.*, pp. 423, 424 et 428).

22. Gardons pour le reste à l'esprit l'éventualité d'un dévoiement de l'acception du discours de haine par une personne malintentionnée. À l'instar du terme *fake news* employé par certains acteurs de la société pour s'opposer aux informations qu'ils considèrent comme déplaisantes<sup>53</sup>, d'aucuns pourraient qualifier de discours de haine des expressions qui n'adhèrent pas aux idées, aux valeurs ou aux attitudes qu'ils prônent<sup>54</sup>. Outre les utilisations détournées, il existe également des démarches de contestation par des locuteurs virulents qui estiment que la notion de discours de haine ne sert qu'à restreindre illégitimement le débat public<sup>55</sup>.

#### § 4. Le désaccord sur les éléments constitutifs

23. La quatrième et dernière difficulté réside dans le profond désaccord autour des éléments constitutifs du discours de haine<sup>56</sup>, rendant complexe tout exercice de définition. En effet, bien que « beaucoup de personnes prétendent pouvoir identifier un discours de haine quand elles y sont confrontées, les critères pour l'identifier sont souvent insaisissables et contradictoires »<sup>57</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, qui nous semble durement atteignable en la matière, nous pouvons expliciter quelques-uns des débats portant sur les éléments clés du discours de haine.

Premièrement, des réflexions existent sur le lien unissant l'expression et la haine. En effet, si le discours de haine renferme un sentiment de haine, sur quoi porte-t-elle exactement ? Un discours de haine s'identifie-t-il à la suite d'une réaction émotive enclenchée dans le chef des récepteurs de l'expression ? Et cette réaction haineuse des récepteurs doit-elle se diriger vers l'expression proférée, vers sa cible ou vers son émetteur ? La qualification de discours de haine dépend-elle plutôt du sentiment de haine exprimé envers autrui par l'émetteur lui-même ? Doit-on davantage se référer à la motivation qui pousse l'émetteur à s'exprimer ? Ou, encore, l'identification du discours de haine dépend-elle des conséquences qu'il entraîne<sup>58</sup> ?

Deuxièmement, le discours de haine est traditionnellement représenté en relation avec une série de caractéristiques protégées « définissant » un individu ou un groupe de personnes. Il s'agit de caractéristiques visibles qui se rapportent à « un composant de l'identité personnelle qui est immuable ou fondateur de la personne, tout en

<sup>53</sup> European Commission (Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology), *A multi-dimensional approach to disinformation: Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, pp. 5 et 10, cité par M. HANOT et A. MICHEL, « Entre menaces pour la vie en société et risques réglementaires, les *fake news* : un danger pour la démocratie ? », in Y. POULLET (coord.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société du numérique : espoirs ou menaces ?*, coll. du CRIDS, n° 47, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 159.

<sup>54</sup> A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 425-426.

<sup>55</sup> Dans le même sens, voy. A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 425-426 ; I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 51), p. 10.

<sup>56</sup> Sur ce point, voy. Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 10-11.

<sup>57</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), p. 9. Traduction libre. Dans le même sens, voy. I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 51), pp. 7-8.

<sup>58</sup> Pour plus d'informations sur ces débats et sur les différents « objets » possibles de la haine, nous renvoyons le lecteur à la contribution de A. BROWN (A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* [voy. note 40], pp. 447-461).

étant un élément marqueur d'un groupe identitaire »<sup>59</sup>. Néanmoins, des controverses portent sur l'étendue et l'exhaustivité d'une telle liste<sup>60</sup>. Si les critères liés à la race, à la nationalité, à l'origine ethnique, à la couleur et à la religion font généralement consensus<sup>61</sup>, d'autres critères sont largement plus contestés. À notre estime, tout critère de distinction auquel il est possible de recourir pour nier le droit à l'égalité et pour menacer la dignité humaine devrait être inclus. Un discours de haine fondé sur l'orientation sexuelle ou sur le handicap n'est pour exemple nullement moins grave qu'un discours de haine porté par une idéologie de supériorité raciale. Nous optons dès lors pour une liste large et non exhaustive de motifs protégés, susceptible d'évoluer au gré des mœurs, des valeurs et des dangers menaçant une société démocratique, reprenant entre autres la race, la couleur, l'origine ethnique, l'origine nationale, l'ascendance, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, philosophiques ou syndicales, le sexe, le genre, l'orientation sexuelle, l'identité sociale, la naissance, le handicap, l'état de santé, le statut d'immigré ou de réfugié, la fortune, la provenance sociale ou encore l'éducation<sup>62</sup>. C'est en effet à cette condition que l'on sera en mesure de bâtir une société tolérante et pluraliste. Une telle position, qui repose sur un panel large et non exhaustif de motifs protégés, nécessite cependant de redoubler d'attention quant aux garanties appropriées entourant toute restriction à la libre expression<sup>63</sup>.

Troisièmement, les vues s'opposent sur le caractère « conséquentialiste » du discours de haine : là où, pour certains, un propos peut être haineux par son simple contenu sans engendrer d'action spécifique, d'autres réservent la qualification de discours de haine aux expressions qui produisent ou sont susceptibles de produire des effets particuliers<sup>64</sup>. Et, là encore, sur la nature de l'action suscitée, les visions peuvent

<sup>59</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Une Europe plus inclusive et plus protectrice : extension de la liste des infractions de l'UE aux discours de haine et aux crimes de haine », 9 décembre 2021, COM(2021) 777 final, p. 2.

<sup>60</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 10-11.

<sup>61</sup> Il s'agit des motifs qui ressortent des instruments internationaux en matière de discours de haine. Sur ce point, voy. *supra*, n° 9. Il faut bien évidemment garder à l'esprit que les mœurs d'hier ne sont pas forcément celles d'aujourd'hui. Si le xx<sup>e</sup> siècle a été marqué par les atrocités de la Seconde Guerre mondiale et a pu justifier l'inclusion de critères tels que la race, les dangers menaçant une société peuvent évoluer avec le temps. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que l'énumération de caractéristiques protégées par certains instruments internationaux n'est qu'illustrative et qu'elle peut être interprétée de manière évolutive dans le but d'inclure des motifs supplémentaires au gré du développement de nouvelles formes d'intolérance. Voy. not. E. HEINZE, « Cumulative jurisprudence and hate speech: Sexual orientation and analogies to disability, age and obesity », in I. HARE et J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 268.

<sup>62</sup> Dans le même sens, voy. Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 13-14 et p. 75 ; C. RUET, « Liberté d'expression et lutte contre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 37), p. 203. D'ailleurs, selon Article 19, les instruments internationaux des droits humains ont été interprétés au fil du temps sur la base d'une très large acception du principe d'égalité, visant tant les motifs protégés explicitement énumérés que d'autres motifs.

<sup>63</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), p. 14.

<sup>64</sup> Sur ce point, voy. Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 10-11 ; A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 437-438. Par exemple, pour A. BROWN, le discours de haine n'est pas qu'une simple expression, mais constitue un propos qui peut provoquer d'autres actions. Comme l'explique par ailleurs G. CALVÈS, derrière l'approche conséquentialiste du discours de haine, ce que l'on cherche à empêcher, ce n'est pas l'expression de haine en tant que telle, mais plutôt l'accomplissement d'actes répréhensibles à la suite de la diffusion d'une telle expression. En effet, « le discours de haine n'est pas illicite parce qu'il est haineux, mais parce qu'il est dangereux » (G. CALVÈS, « Les discours de haine et les normes internationales », *op. cit.* [voy. note 40], p. 58).

différer. Cela peut aller d'une nouvelle attaque verbale à de véritables actes de violence physique, en passant par l'humiliation ou la discrimination<sup>65</sup>. Cette tendance se retrouve également au sein des instruments internationaux interdisant le discours de haine. Comme le relève G. Calvès, alors que l'article 20, § 2, du PIDCP vise les discours de propagande<sup>66</sup> (« appel à la haine ») qui ont pour conséquence d'inciter la discrimination, l'hostilité ou la violence, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale exige de pénaliser la « simple » diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale sans que cette dernière ait nécessairement à produire d'effets particuliers<sup>67</sup>.

Quatrièmement et enfin, pour qualifier une expression de discours de haine, des controverses portent sur la nécessité d'une motivation particulière dans le chef de l'émetteur. Alors que, pour certains, un discours peut s'avérer haineux en raison de son contenu seul, d'autres considèrent que cette qualification est intrinsèquement liée à la volonté d'atteindre un résultat particulier par l'émission des propos litigieux. La motivation de l'auteur doit-elle dès lors toujours figurer au rang des éléments constitutifs du discours de haine à l'instar de l'article 20, § 2, du PIDCP<sup>68</sup> ? Ou cantonnons-nous à l'approche conséquentialiste en regardant si le propos haineux a eu un impact sur les actions entreprises par d'autres, quand bien même ce n'était pas l'intention de son auteur<sup>69</sup> ? Si l'exigence d'un dol spécial se justifie assurément au regard des formes extrêmement graves de discours de haine qui sont traitées par la voie du droit pénal<sup>70</sup>, elle nous apparaît toutefois plus délicate pour d'autres types

<sup>65</sup> A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 437-438.

<sup>66</sup> Selon Article 19, le « plaidoyer de haine » visé par le PIDCP doit être compris comme une intention de promouvoir la haine publiquement envers le groupe cible. Il se distingue donc d'un « simple abus discriminatoire » ou d'une « simple insulte » dirigés envers une personne en raison d'un motif protégé, en ce sens que, pour ces derniers, il n'y a pas d'audience publique. Voy. Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 73-74.

<sup>67</sup> G. CALVÈS, « Les discours de haine et les normes internationales », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 58 et 60. Précisons toutefois qu'à côté de la pénalisation du discours de haine fondé sur des idéologies de suprématie raciale, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale retient également une approche conséquentialiste du discours de haine en prohibant l'« incitation à la discrimination raciale » ou encore « la provocation [aux] actes de violence ».

<sup>68</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 76-77. Selon l'ONG, l'intention de l'émetteur d'inciter d'autres à commettre des actes de discrimination, d'hostilité ou de violence constitue une condition d'application de l'article 20, § 2, du PIDCP. Par ailleurs, pour la Commission européenne, « c'est le mobile discriminatoire qui pousse l'auteur de l'infraction à passer à l'acte ». À ses yeux, la motivation de l'auteur constitue donc un élément clé du discours de haine. Voy. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Une Europe plus inclusive et plus protectrice : extension de la liste des infractions de l'UE aux discours de haine et aux crimes de haine », 9 décembre 2021, COM(2021) 777 final, p. 8.

<sup>69</sup> Notons que, parfois, les éléments constitutifs de la « conséquence » et de la « motivation de l'émetteur » peuvent se mélanger ou être présentés par l'entremise d'un « ou exclusif » (l'un ou l'autre de ces éléments étant retenu). Voy., par exemple, Recommandation de politique générale n° 15 sur la lutte contre le discours de haine, adoptée par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, 8 décembre 2015, CRI(2016)15, point 14 : « [...] dans certains cas, le discours de haine a ceci de caractéristique qu'il peut avoir pour but, ou dont on peut raisonnablement attendre qu'il ait pour effet, d'inciter autrui à commettre des actes de violence, d'intimidation, d'hostilité ou de discrimination à l'encontre des personnes visées. L'élément incitatif suppose [...] qu'il existe soit une intention manifeste à commettre des actes de violence, d'intimidation, d'hostilité ou de discrimination, soit un risque imminent de survenue de tels actes en conséquence de l'usage du discours en question ».

<sup>70</sup> Au niveau du droit de l'Union européenne et de la décision-cadre 2008/913/JAI, on retrouve, en sus de l'approche conséquentialiste du discours de haine, cette exigence d'une « motivation » particulière dans le chef de l'émetteur. Sur ce point, voy. *supra*, n° 9.

d'expressions. Connaître réellement l'état d'esprit d'un individu peut se révéler être une tâche ardue, ce qui rend de ce fait l'identification du discours de haine en fonction de la motivation de son émetteur très difficile<sup>71</sup>. On peut en outre s'interroger sur le point de savoir si l'identification de la motivation intrinsèque derrière le geste d'un individu ressort réellement du juridique ? Ces considérations ont d'ailleurs conduit le législateur européen à écarter le critère de la motivation des conditions de protection du lanceur d'alerte<sup>72</sup>.

## Section 2. L'absence de consensus autour d'une définition universelle

24. Ce climat d'incertitudes, de dissensions et de subjectivité autour de la notion de discours de haine et de ses éléments constitutifs explique en grande partie l'absence d'une définition universelle<sup>73</sup>. S'il est vrai qu'en doctrine, certains auteurs se sont aventurés à l'exercice en des termes très généraux<sup>74</sup>, la Cour de Strasbourg recourt, quant à elle, à une acception autonome du concept pour s'octroyer la latitude nécessaire à son travail d'analyse au cas par cas<sup>75</sup>. Du côté du législateur, les définitions

<sup>71</sup> A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), p. 456. Dans le même sens, A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), p. 33. Pour A. Brown, définir le discours de haine comme une expression motivée par la haine suscite le risque que toute mesure réglementaire adoptée selon cette approche soit perçue comme « une régulation de l'émotion humaine » ou comme un « contrôle de la pensée humaine » (A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* [voy. note 40], pp. 457-458).

<sup>72</sup> Pour une analyse détaillée de la directive sur les lanceurs d'alerte, voy. A. LACHAPPELLE, « L'encadrement juridique du lancement d'alerte au sein de l'Union européenne : commentaire de la directive sur les lanceurs d'alerte », *R.D.T.I.*, n° 78-79/2020, pp. 15-75 (spéc. n° 46 sur le critère de la motivation).

<sup>73</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 3, 9 et 11 ; I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 51), pp. 7, 8 et 10 ; A. ROKSA ZUBCEVIC, S. BENDER et J. VOJVODIC, *Media Regulatory Authorities and Hate Speech*, *op. cit.* (voy. note 10), pp. 10-11 ; A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), p. 3.

<sup>74</sup> Par exemple, A. Roksa Zubcevic et al. retiennent une approche conséquentialiste en estimant que le discours de haine constitue « une expression familière pour certains types de discours agressifs qui répandent et justifient la haine, l'intolérance et les préjugés, et appellent et encouragent la violence ou la discrimination contre certains groupes vulnérables ou discriminés » (A. ROKSA ZUBCEVIC, S. BENDER et J. VOJVODIC, *Media Regulatory Authorities and Hate Speech*, *op. cit.* [voy. note 10], p. 13, traduction libre). De son côté, P. F. Docquir propose une définition plus large : « Dans le droit de la liberté d'expression, le terme générique de "discours de haine" désigne l'ensemble des idées fondées sur la supériorité d'un groupe identifié selon une large gamme de critères (appartenance ethnique ou religieuse, par exemple) et des incitations à la discrimination en fonction des mêmes critères. Il s'agit en somme des discours qui nient le principe d'égalité » (P.F. DOCQUIR, « N'ayons plus peur de la liberté d'expression sur Internet : à propos d'une définition stricte des "discours de haine" », *op. cit.* [voy. note 50], p. 118, note infrapaginale n° 31). Pour un autre exemple, voy. encore J. WEINSTEIN et I. HARE, « General introduction: Free speech, democracy, and the suppression of extreme speech past and present », in I. HARE et J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 4, traduction libre : « Dans sa forme la plus pure, le discours de haine est simplement une expression qui exprime la haine d'un autre individu ou groupe, généralement sur la base d'une caractéristique perçue comme étant partagée par le membre du groupe cible. »

<sup>75</sup> M. OETHEIMER, « La Cour européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine », *op. cit.* (voy. note 7), pp. 64-65 ; C. RUET, « Liberté d'expression et lutte contre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 37), p. 205 ; A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), p. 3. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait jamais adopté de définition claire du discours de haine, elle a déjà fait écho à la définition de la Recommandation (97)20 sur le discours de haine du Conseil des ministres et vise régulièrement « les formes d'expressions qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance ». Voy. not. Cour eur. D.H. (1<sup>re</sup> sect.), arrêt *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, req. n° 35071/97, § 22.

sont multiples et diffèrent fortement tant selon les matières, les types d'expressions, les niveaux d'ordonnement juridique, et s'opposent parfois même au sein d'un même système juridique<sup>76</sup>.

25. Les instruments de *soft law* en Europe offrent cependant des ressources utiles en vue d'affiner la notion. La doctrine et la jurisprudence y font, à juste titre, de temps à autre écho.

La plus référencée est certainement la définition provenant de la recommandation 97(20) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le discours de haine. On y lit que « le terme "discours de haine" doit être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration »<sup>77</sup>. Pour certains, une telle définition doit être lue à la lumière des conditions et des valeurs actuelles. Ainsi, même si la recommandation n'énumère explicitement que la haine raciale, la xénophobie et l'antisémitisme, la mention des « autres formes de haine fondées sur l'intolérance » permet d'élargir le champ de la définition à une bien plus large liste de caractéristiques protégées<sup>78</sup>. Elle permet aussi de rencontrer l'objectif même poursuivi par la lutte contre les discours de haine, à savoir l'édification d'une société tolérante et pluraliste.

Toujours au sein du Conseil de l'Europe, la définition proposée presque vingt ans plus tard par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ci-après, « ECRI ») paraît appuyer une telle interprétation évolutive. En effet, dans sa recommandation de politique générale sur la lutte contre le discours de haine, l'ECRI entend par discours de haine « l'usage d'une ou de plusieurs formes particulières d'expression – à savoir l'appel à, la promotion de ou l'incitation au dénigrement, à la haine ou à la diffamation à l'encontre d'une personne ou d'un groupe de personnes, ainsi que le harcèlement, les injures, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation ou les menaces à l'encontre de cette ou ces personnes et toute justification de ces diverses formes d'expression – fondée(s) sur une liste non exhaustive de caractéristiques ou de situations personnelles [nous soulignons] englobant la « race », la couleur de peau, la langue, la religion ou les convictions, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique ainsi que l'ascendance, l'âge, un handicap, le sexe, le genre, l'identité de genre et l'orientation sexuelle »<sup>79</sup>.

Enfin, la toute récente recommandation sur le discours de haine adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe conforte la doctrine dans sa vision évolutive de

<sup>76</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), p. 9 ; A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), pp. 421-422 ; I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 51), p. 10 ; A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, *op. cit.* (voy. note 7), p. 3. Voy. également Recommandation de politique générale n° 15 sur la lutte contre le discours de haine, préc., p. 3 (préambule) ; Recommandation CM/Rec(2022)16, préc., p. 2 (préambule).

<sup>77</sup> Recommandation (97)20 du Comité des ministres aux États membres sur le « discours de haine », adoptée par le Comité des ministres lors de la 607<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres, 30 octobre 1997.

<sup>78</sup> A. ROKSA ZUBCEVIC, S. BENDER et J. VOJVODIC, *Media Regulatory Authorities and Hate Speech*, *op. cit.* (voy. note 10), p. 10.

<sup>79</sup> Recommandation de politique générale n° 15 sur la lutte contre le discours de haine, préc., point 9.

la définition formulée dans la recommandation 97(20). En 2022, le discours de haine y est défini comme « tout type d'expression qui incite à, promeut, diffuse ou justifie la violence, la haine ou la discrimination à l'encontre d'une personne ou d'un groupe de personnes, ou qui les dénigre, en raison de leurs caractéristiques personnelles ou de leur statut réels ou attribués *telles que* [nous soulignons] la « race », la couleur, la langue, la religion, la nationalité, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le handicap, le sexe, l'identité de genre et l'orientation sexuelle »<sup>80</sup>.

Ces définitions proposées par les instruments de *soft law* ont pour point commun d'entendre par « discours de haine » : (i) tous les types d'expressions, (ii) qui cherchent à produire un effet négatif, (iii) à l'égard d'une cible particulière (individu ou groupe de personnes), (iv) sur la base d'une liste de motifs discriminatoires entendue de manière évolutive.

26. Face à la difficile entente sur les éléments constitutifs et à l'absence de définition universelle, notons encore que certains proposent d'identifier le discours de haine par référence aux fonctions « dégradantes ou déshumanisantes » qu'il accomplit<sup>81</sup>. De la sorte, une expression est qualifiable de haineuse lorsqu'elle adresse deux sortes de messages : le premier vise les membres du groupe cible en les déshumanisant et en les humiliant, le second est dirigé vers les personnes qui partagent le même point de vue que l'émetteur et consiste à « leur faire savoir qu'elles ne sont pas seules »<sup>82</sup>.

Dans cette optique, la lutte contre le discours de haine tend à protéger une valeur cardinale de la société européenne : la dignité humaine.

### Chapitre 3. Vers une typologie du discours de haine selon sa gravité comme piste de solution ?

27. De ce qui précède, il apparaît qu'il n'existe aucune définition claire et précise de la notion de discours de haine. Cette circonstance complexifie la lutte contre les propos haineux, et plus encore sur Internet<sup>83</sup>. En effet, comment répondre adéquatement à un phénomène dont on ne peut saisir les contours ?

L'élaboration d'une définition précise – ou, à tout le moins, acceptée par le plus grand nombre – relevant de l'utopie<sup>84</sup>, indiquons que certains acteurs ont développé une typologie du discours de haine en fonction de sa gravité. Cette classification du discours de haine en différentes catégories devrait guider l'ensemble des parties prenantes dans la réflexion sur les réponses, légales et extralégales, à apporter au phénomène.

<sup>80</sup> Recommandation CM/Rec(2022)16, préc., principe 2.

<sup>81</sup> J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012, cité par I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 51), pp. 10-11.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> C. RUET, « Liberté d'expression et lutte contre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 37), p. 205.

<sup>84</sup> I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES et G. MARTINEZ, « Combattre le discours de haine sur Internet », *op. cit.* (voy. note 51), p. 8. Dans le même sens, voy. A. BROWN, « What is hate speech? Part 1: The myth of hate », *op. cit.* (voy. note 40), p. 423. Dans sa récente recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe appelle toutefois à l'élaboration d'une conception commune du discours de haine (Recommandation CM/Rec[2022]16, préc., préambule).

28. Article 19 – ONG pour la défense et la promotion de la liberté d'expression – a publié en 2015 un guide consacré au discours de haine<sup>85</sup>. Dans ce dernier, l'ONG propose une typologie pour identifier et distinguer les différentes formes de discours de haine selon leur sévérité. Les mesures prônées devront ainsi tenir compte de l'échelle de gradation entre trois catégories d'expressions : (i) les discours de haine *qui doivent obligatoirement être interdits* en vertu du droit pénal international au vu des préjudices exceptionnels et irréversibles qu'ils suscitent, (ii) les discours de haine *qui peuvent être restreints* en veillant au respect du triple test de légalité, de légitimité et de nécessité, et (iii) les discours de haine licites *qui doivent être protégés de toute restriction*, même s'ils génèrent des inquiétudes en termes d'intolérance et de discrimination<sup>86</sup>.

Dans la première catégorie qui contient les formes les plus graves de discours de haine, on retrouve, selon Article 19, l'ensemble des incriminations visées par les instruments internationaux que nous avons précédemment évoquées (incitation au génocide ou à d'autres violations du droit international pénal, appel à la haine qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, incitation à la violence en raison d'un motif lié à la « race », etc.)<sup>87</sup>.

Dans la seconde catégorie regroupant les discours de haine qui sont susceptibles de subir une ingérence, Article 19 vise les expressions dirigées individuellement vers une personne sans pour autant entrer dans le champ de l'article 20, § 2, du PIDCP en ce qu'elles ne contiennent aucune « incitation » à commettre un acte quelconque envers autrui sur la base d'un motif protégé. Il pourrait ainsi s'agir de menaces de violence, de harcèlements ou encore d'agressions verbales<sup>88</sup>.

Dans la troisième catégorie, on vise des discours de haine « légaux, mais dommageables ». Il s'agit de propos qui, bien qu'offensants, dérangeants ou inquiétants, n'atteignent pas le seuil de gravité permettant de justifier une restriction à la liberté d'expression<sup>89</sup>.

29. D'autres acteurs préconisent des typologies du discours de haine semblables à celle élaborée par Article 19. La récente recommandation du Comité des ministres sur le discours de haine invite les États à développer des mesures en fonction du niveau de gravité de l'expression. En son principe 3, elle propose ainsi une classification du discours de haine selon que l'expression (i) est interdite par le droit pénal<sup>90</sup>, (ii) n'est pas assez grave pour engager la responsabilité pénale, mais relève du droit

civil ou du droit administratif, ou, (iii) bien qu'offensante ou préjudiciable, ne justifie pas de restriction, mais requiert des réponses alternatives (donc, l'adoption de mesures « plus souples » de nature non juridique)<sup>91</sup>. Notons que, pour identifier la catégorie dans laquelle tombe le discours litigieux, la recommandation fait référence aux critères utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'appréciation de la condition de nécessité de l'ingérence<sup>92</sup>.

## Conclusion

30. Mêlant subjectivité, rapports délicats avec la liberté d'expression et multiplicité de cultures, de traditions, de valeurs, d'idéologies et de conceptions, la solution juridique à apporter au phénomène du discours de haine a toujours été empreinte d'une grande complexité.

Dans ce contexte, l'absence d'entente autour de la notion n'est pas surprenante, d'autant qu'elle recouvre des expressions aux contenus, aux formes et aux impacts très variés. D'ailleurs, l'identification du discours de haine brouille les esprits jusqu'au sein même des discussions entre les hauts magistrats strasbourgeois.

Dès lors, pouvons-nous réellement aspirer à l'établissement d'une définition précise et universelle du discours de haine, alors même que ses éléments constitutifs sont largement et ardemment débattus ? Si un tel accomplissement faciliterait certainement la lutte contre le discours de haine, le consensus en la matière nous semble illusoire. Par ailleurs, comme l'a formulé avec raison P. Martens, « il est toujours périlleux d'opérer le transfert d'une notion relevant du système normatif des mœurs vers celui du droit »<sup>93</sup>.

31. La non-délimitation des contours de la notion de discours de haine rend néanmoins délicate la détermination des mesures permettant de lutter adéquatement contre le phénomène. Face à cette difficulté, les mesures appliquées, qu'elles soient juridiques ou extralégales, doivent à tout le moins prendre en compte le facteur de gravité à l'instar de la typologie proposée par l'ONG Article 19.

Identifier et restreindre le discours de haine par référence à la motivation de son auteur, cela demeure, à notre estime, problématique. En effet, outre l'impossibilité de connaître avec exactitude ce qui touche au for intérieur, la recherche et la sanction de la motivation des individus relèvent-elles réellement du ressort (exclusif) du droit ?

32. Quoi qu'il en soit, les discussions autour de la définition de la notion de discours de haine ne sont pas près de s'arrêter. C'est dans ces discussions que s'exprime la société démocratique entendue comme une société tolérante et pluraliste dans laquelle la liberté d'expression s'érige en véritable pierre angulaire. Pour autant, le principe de légalité exige que les justiciables soient en mesure de régler leur conduite en connaissance de cause : en l'absence d'une définition universelle du discours de haine, le législateur doit donc veiller à identifier avec clarté et précision les types d'expressions qui peuvent faire l'objet de sanction et engager la responsabilité du citoyen.

<sup>85</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23).

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 18. Le guide rédigé par l'ONG consacre une série de développements et de nuances aux expressions qui, à ses yeux, ne constituent pas automatiquement un discours de haine (voy. *ibid.*, pp. 28-39).

<sup>87</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), pp. 18-20. À ce sujet, voy. *supra*, n° 9. Attirons l'attention du lecteur sur le fait que, dans sa dernière recommandation sur la lutte contre le discours de haine, le Comité des ministres ajoute à cette liste d'incriminations issues des instruments internationaux une série de discours haineux dirigés à l'encontre de la communauté LGBTI. Voy. Recommandation CM/Rec(2022)16, préc., principes 7 et 11.

<sup>88</sup> Article 19, « "Hate Speech"... », *op. cit.* (voy. note 23), p. 22.

<sup>89</sup> *Ibid.*, Comme le relève Article 19, les États restent néanmoins libres d'adopter des mesures pour lutter contre les préjugés sous-tendant cette catégorie de discours de haine.

<sup>90</sup> Pour le Conseil des ministres, la voie pénale doit être exclusivement réservée aux « expressions de haine les plus graves » et ne doit être empruntée qu'en dernier recours. Les types d'expressions qui relèvent de cette catégorie doivent être définis clairement par le législateur. Voy. Recommandation CM/Rec(2022)16, préc., principes 7 et 11.

<sup>91</sup> Recommandation CM/Rec(2022)16, préc., principe 3.

<sup>92</sup> Recommandation CM/Rec(2022)16, préc., principe 4. Sur ces critères, voy. *supra*, n° 14.

<sup>93</sup> P. MARTENS, « Discours de haine et liberté d'expression », obs. sous Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), décision *Fouad Belkacem c. Belgique*, 27 juin 2017, req. n° 34367/14, J.L.M.B., 2017/27, p. 1267.