



**HAL**  
open science

## Le droit et la haine

Charles Girard

► **To cite this version:**

Charles Girard. Le droit et la haine: liberté d'expression et " discours de haine " en démocratie. Raison-publique.fr: arts, politique, société, 2014. hal-01758607

**HAL Id: hal-01758607**

**<https://hal.science/hal-01758607>**

Submitted on 13 Nov 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Le droit et la haine

## Liberté d'expression et « discours de haine » en démocratie

Charles Girard<sup>1</sup>

Le 4 juin 2010, le ministre de l'intérieur français était condamné par le tribunal de grande instance de Paris, pour « contravention d'injure non publique envers un groupe de personnes à raison de leur origine »<sup>2</sup>. Il avait affirmé lors d'une réunion politique à propos d'une personne supposée d'origine arabe : « Il en faut toujours un. Quand il y en a un, ça va. C'est quand il y en a beaucoup qu'il y a des problèmes ». Deux semaines plus tard, le 19 juin 2010, jour anniversaire de l'annonce de l'abolition de l'esclavage au Texas, une douzaine de suprématistes blancs américains, membres du groupe néo-nazi *Aryan Nations*, se réunissaient à Gettysburg pour dénoncer la mise en danger de l'Amérique blanche par les « bêtes noires » et les « médias Juifs », et proposer de « donner une leçon aux singes (...) à l'aide de cordes »<sup>3</sup>. La police était là pour les séparer des militants anti-suprémacistes présents et leur permettre ainsi d'exercer leur droit à la libre expression.

L'abîme séparant en ce domaine les traditions juridiques des deux côtés de l'Atlantique est bien connu. Il oppose deux réponses juridiques à ces discours racistes, mais aussi homophobes ou sexistes, que les travaux récents en philosophie du droit<sup>4</sup> réunissent sous une même appellation : les « discours de haine » (*hate speech*). La première posture, permissive, est incarnée par la position actuelle de la Cour suprême américaine : elle écarte toute restriction légale de ces discours, assimilée à une forme de censure incompatible avec la liberté d'expression. La seconde posture, prohibitionniste, prévaut en France, mais aussi dans la plupart des pays d'Europe ainsi que dans de nombreuses démocraties, du Canada à la Nouvelle Zélande : elle

---

<sup>1</sup> Ce texte a été publié pour la première fois le 22 avril 2014 sur le site Raison publique (à cette adresse : <http://www.raison-publique.fr/article694.html>). Il a fait l'objet de corrections formelles pour sa republication en novembre 2020.

<sup>2</sup> Tribunal de grande instance de Paris, 17<sup>e</sup> chambre correctionnelle, 4 juin 2010.

<sup>3</sup> « Rally peaceful despite threats. Aryan Nations say they defend white race », *The Evening Sun*, 19/06/2010.

<sup>4</sup> Pour un aperçu des débats récents sur ce thème, voir M. Herz et P. Molnar, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 ; Ivan Hare et James Weinstein (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Voir aussi les contributions philosophiques de Corey Brettschneider, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron ou Richard Post qui sont commentées plus bas.

sanctionne certains de ces discours, perçus comme constituant des abus de cette liberté.

Cette divergence des traditions juridiques nationales constitue un obstacle redoutable à l'élaboration d'un droit international en matière de régulation de la communication publique. Le paragraphe 1 de l'article 20 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP, 1966), prévoit certes que « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ». Mais si ce pacte a été ratifié à ce jour par 167 États, ce fut au prix de nombreuses « réserves », les États-Unis affirmant en particulier que cet article 20 « n'exige pas d'eux qu'ils adoptent des lois ou autres mesures de nature à restreindre la liberté d'expression et d'association protégée par la Constitution et les lois des États-Unis ». Le problème que constitue pour l'harmonisation internationale le clivage entre postures permissives et prohibitionnistes oblige à poser la question sans se limiter à un cadre juridique national unique : *le droit devrait-il, en démocratie, interdire les discours de haine ?*

La réflexion normative qu'appelle une telle interrogation se heurte dès sa formulation à une difficulté épineuse : que faire du contexte ? Les différences de traditions juridiques, mais également de circonstances historiques et sociales doivent certes être prises en compte pour *expliquer* la diversité des dispositions légales adoptées face aux discours de haine. Mais peuvent-elles aussi être invoquées pour *justifier* l'adoption de normes différentes d'un régime à l'autre ? Doivent-elles revêtir la même importance pour la réflexion normative sur le droit que pour son étude positive ? Le danger, souvent souligné, est de céder à un « relativisme » complaisant : si le régime démocratique exige que des règles invariables viennent protéger – ou au contraire limiter – la liberté d'expression dans ce domaine, l'invocation de particularités locales risque de venir excuser des violations ou des abus de droit. La réponse « absolutiste » à ce péril consiste dès lors, pour mieux éloigner le spectre du relativisme, à tirer de principes normatifs généraux – tel le droit égal à la liberté d'expression – des réponses uniformes supposées valoir en toutes circonstances et ne tolérant aucune exception.

La démarche absolutiste est toutefois défailante, comme nous le montrerons ici, qu'elle conduise à exclure toute restriction légale visant les discours de haine ou au contraire à en justifier certaines en toutes circonstances. Elle vient soutenir le plus

souvent la position permissive. L'absolutisme adopté en matière de liberté d'expression par de nombreux philosophes du droit, en particulier américains, conforte la thèse selon laquelle des restrictions de ce type sont incompatibles avec le débat démocratique. Il s'accorde plus généralement avec l'idée – souvent associée au paradigme juridique du marché des idées, dont nous avons fait ailleurs la critique<sup>5</sup> – selon laquelle la régulation du débat public devrait se limiter en démocratie à une politique de « laissez faire » protégeant les droits individuels à la libre expression. La défense absolutiste de la prohibition des discours de haine, quoique plus rare, n'est pas moins intransigeante lorsqu'elle propose à l'inverse de mettre en œuvre des restrictions légales systématiques et uniformes, aveugles aux différences de contexte, pour sanctionner les discours de haine. Dans les deux cas, la démarche absolutiste invite à faire l'économie de l'étude comparative des traditions et des dispositifs juridiques qui devrait pourtant nourrir le raisonnement normatif sur le droit, et en particulier sur la régulation de la communication publique qu'exige le régime démocratique<sup>6</sup>.

Pour clarifier le rôle que peut jouer le contexte dans la justification de restrictions légales visant les discours de haine, il faut d'abord préciser le défi que représentent les discours de haine les démocraties, en comparant les réponses légales élaborées par différents systèmes juridiques. Il devient ensuite possible d'éprouver les soubassements normatifs des positions permissives et prohibitionnistes, mais aussi d'évaluer les objections qui affirment l'impossibilité de séparer, dans la pratique juridique, le discours de haine qui serait à sanctionner des discours offensants ou blasphématoires, qui devraient être tolérés.

Il apparaît alors que si l'interdiction légale de ces discours est toujours périlleuse, l'exclure par principe revient à ignorer les menaces qu'ils peuvent faire peser sur la reconnaissance sociale de l'égalité de statut des citoyens, et donc sur la « valeur équitable » de la liberté d'expression.

### **La liberté d'expression, droit fondamental**

---

<sup>5</sup> Charles Girard, « Le “libre marché des idées” et la régulation de la communication publique », *Klévis*, 21, 2011, p. 218-238.

<sup>6</sup> Charles Girard, « Instituer l'espace de la contestation. La régulation des médias et la compétence du peuple », *Philosophiques*, 40 (2), 2013, p. 399-432.

Les démocraties contemporaines s'accordent pour affirmer le caractère fondamental de la liberté d'expression tout en prévoyant des limites à son exercice. Elles sont donc toutes confrontées au même problème : concilier la présomption de protection reconnue à cette liberté, qui prend la forme d'un droit fondamental, et la promotion d'autres intérêts sociaux, qui exigent que soient définis et sanctionnés certains « abus » relevant par exemple de l'injure, de la diffamation ou de l'incitation à la violence. Cette tension se retrouve dans l'article 10 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (1950), composé de deux paragraphes distincts. Le premier déclare que « toute personne a le droit à la liberté d'expression », qui « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées *sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques* »<sup>7</sup>. Mais le second dispose que l'exercice de cette liberté comporte « des devoirs et des responsabilités », ce qui implique qu'il 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 ». Cette longue liste dit assez la diversité des motifs qui paraissent susceptibles de justifier, en démocratie, la restriction de ce droit fondamental. La séparation en deux paragraphes définissant d'une part la liberté et de l'autre ses limites nourrit en outre des lectures divergentes, selon que les secondes apparaissent comme des exceptions extérieures à la première, dont la formulation autonome ne mentionnerait aucune limite constitutive, ou qu'elles lui soient au contraire consubstantielles, le second paragraphe complétant le premier pour former une définition dans laquelle la liberté est aussi définie par ses limites.

Chaque système juridique national apporte une réponse distincte au problème de la liberté d'expression, et la comparaison souvent dressée entre la position américaine et la position française (elle-même parfois présentée comme « pionnière »<sup>8</sup> vis-à-vis du droit européen en matière de prohibition des discours de haine), reste instructive,

---

<sup>7</sup> Nous soulignons (ici et dans les autres textes juridiques cités).

<sup>8</sup> Pascal Mbongo, « La résonance française de l'«intolérance» européenne à l'égard des discours extrêmes ou de haine », in M.-L. Frick, P. Mbongo, F. Schallhart (dir.), *PluralismusKonflikte – Le pluralisme en conflit*, Berlin, Lit, 2010, p. 101-126.

notamment du point de vue des textes constitutionnels. En France, l'article XI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), dont la valeur constitutionnelle est reconnue depuis 1971, énonce que la « libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme, tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Le Premier Amendement de la Constitution des États-Unis (1791) établit pour sa part que le « Congrès ne fera *aucune loi* [...] qui restreigne la liberté de parole ou de la presse ». Si les deux textes accordent une place privilégiée à cette liberté, l'écart est frappant : tandis que le premier confie explicitement au législateur la tâche de définir ce qui constitue un abus en la matière, le second nie au législateur fédéral tout pouvoir de le faire. Si la liberté d'expression, ici, est un « bien précieux » dont l'usage est réglementé par la loi, elle peut apparaître, là, comme un « droit absolu »<sup>9</sup> ou un « bien sacré »<sup>10</sup> échappant à toute restriction législative. Le *Bill of Rights* américain n'exclut certes pas toute restriction : le Premier Amendement ne vise que le pouvoir de la législature *fédérale*, sans se prononcer sur le pouvoir de réglementation dont disposent les États<sup>11</sup> ou les acteurs privés<sup>12</sup>. En deux siècles, les restrictions législatives furent d'ailleurs fréquentes dans les deux pays – le Congrès des États-Unis vota dès 1798 les *Alien et Sedition Acts* limitant la liberté de parole<sup>13</sup>. Il reste que la déclaration française indique clairement, comme le note Michel Troper, que « la responsabilité n'est pas une limite externe au principe ; elle en fait partie : le principe est la liberté de s'exprimer dans certaines limites ». Il ne faut donc pas dire que ce principe connaît « des exceptions, mais que, en France, la garantie de la liberté d'expression est dans le type des limites qui lui sont fixées par la Déclaration des droits »<sup>14</sup>. À l'inverse la formulation américaine ne reconnaît aucune limite comme constitutive de la liberté d'expression. En pratique, cependant, la Cour suprême a

---

<sup>9</sup> Cette conception est attribuée au juge de la Cour suprême Hugo Black, qui affirme dans une opinion concordante à l'arrêt *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959), que la formulation du Premier amendement exclut toute restriction, même « légère » (*slight*) : « Je lis “aucune loi qui restreigne” comme signifiant “aucune loi qui restreigne” ».

<sup>10</sup> L'image est employée par les commentateurs français. Elizabeth Zoller, « Propos introductifs. La liberté d'expression, “bien précieux” en Europe, “bien sacré” aux États-Unis ? », in E. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz 2008, p. 2.

<sup>11</sup> En 1925, la Cour suprême a toutefois décidé que le Premier Amendement était incorporé dans la liberté garantie par la clause de *due process* du Quatorzième Amendement, de telle sorte que le refus des législations restrictives s'applique désormais aussi aux États. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>12</sup> La jurisprudence constitutionnelle laisse un pouvoir étendu aux acteurs privés pour réguler l'expression dans les lieux dont ils sont propriétaires (tels les centres commerciaux) tant qu'ils ne remplissent pas de « fonction publique ». *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

<sup>13</sup> Howard Zinn, « Liberté d'expression. Réflexions sur le Premier Amendement », in « *Nous, le peuple des États-Unis...* », Marseille, Agone, 2004, p. 261-331.

<sup>14</sup> Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales HSS*, novembre-décembre 1999, p. 1241-1243.

reconnu qu'il « a toujours été entendu que la liberté de parole ne donne pas un droit absolu en tout temps et en toutes circonstances. Il existe un certain nombre de catégories d'expressions, bien définies et limitées, dont personne n'a jamais pensé que leur prévention et leur répression puissent soulever une difficulté constitutionnelle quelconque. Ces catégories de parole comprennent [...] [notamment] les propos « diffamatoires » (*libelous*) ou les « provocations à la violence » (*fighting words*)<sup>15</sup>.

S'il y a un sens à parler d'un « exceptionnalisme américain » en matière de liberté d'expression<sup>16</sup>, ce n'est donc pas parce que le droit américain ne tolérerait pas de restrictions de cette liberté, mais parce que celles qu'il tolère sont plus limitées qu'ailleurs. Elles ne s'étendent pas, en particulier, aux discours de haine. La jurisprudence contemporaine de la Cour suprême affirme en effet que si le Premier Amendement ne protège pas les actes expressifs qui provoquent à la violence, il protège les discours incitant à des attitudes haineuses ou discriminatoires, car le législateur n'a pas à interdire certains actes expressifs pour la seule raison qu'il désapprouve leur contenu ou les effets qu'ils sont susceptibles d'avoir sur leurs publics<sup>17</sup>. La doctrine de la « neutralité par rapport aux points de vue » énonce que l'État doit rester neutre vis-à-vis des opinions qui s'expriment dans la sphère publique. Ainsi les actions de suprématistes défilant, vêtus d'uniformes nazis, dans une petite ville peuplée par de nombreux survivants de la Shoah<sup>18</sup>, ou celles de membres du Ku Klux Klan brûlant des croix en appelant à chasser les noirs et les juifs hors des États-Unis se voient-elle protégées par la Constitution<sup>19</sup>. C'est seulement lorsque ces actes visent des personnes spécifiques, par exemple lorsqu'une croix est brûlée par des membres du Klan sur la pelouse d'une famille noire particulière, qu'ils peuvent être sanctionnés, car alors ils ne constituent plus seulement des actes expressifs, mais des incitations à la violence immédiate<sup>20</sup>.

À l'inverse, en Europe et dans la plupart des démocraties – en Afrique du Sud ou en Inde, en Israël ou en Australie, par exemple –, des dispositions légales ont été adoptées depuis la seconde guerre mondiale qui sanctionnent de tels « discours ». De type généralement répressif, plutôt que préventif, ces dispositions visent non

---

<sup>15</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942).

<sup>16</sup> Russell L. Weaver, « L'exceptionnalisme américain en matière de liberté d'expression », in P. Mbongo et R. L. Weaver, *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 267-288.

<sup>17</sup> *R.A.V. v. St Paul*, 505 US 377 (1992).

<sup>18</sup> *Collins v. Smith*, 578 F2d 1197 (7<sup>th</sup> Circuit 1978).

<sup>19</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>20</sup> *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

seulement la promotion de la haine raciste, mais parfois aussi les propos publics homophobes, sexistes ou encore discriminatoires à l'égard d'un groupe religieux particulier. L'unité de ces dispositions est elle-même problématique, car si l'expression *hate speech*, issue de la doctrine juridique américaine, s'est imposée dans la littérature internationale, notamment en philosophie du droit, pour décrire les discours qu'elles sanctionnent (justifiant l'usage en français de sa traduction littérale), les langues juridiques nationales emploient généralement des vocables distincts, qui d'ailleurs ne se recoupent pas. Que sont, en droit, les « discours de haine » ?

### **Le droit et les « discours de haine »**

L'expression est trompeuse à deux titres. Tout d'abord, ces « discours » recouvrent des actes expressifs variés, qu'ils passent par la parole ou l'écriture, le geste ou l'image, le papier ou les nouveaux médias. Ensuite, le terme de « haine » est à bien des égards ambigu. Que peut signifier « haine » ici ? Si elle est ce « sentiment violent qui pousse à vouloir du mal à quelqu'un » ou encore qui consiste en une « aversion profonde »<sup>21</sup>, on ne voit guère comment le droit pourrait se fixer pour tâche d'interdire tous les discours qui l'expriment, ni pour quel motif il le ferait. La haine est une passion sociale qui peut après tout, comme les autres, avoir son utilité et sa valeur. Nul ne songerait à prohiber *Leaves of Grass* parce que Walt Whitman y exhorte ainsi le lecteur : « Hais les tyrans »<sup>22</sup>. On dira peut-être qu'il faut distinguer la haine véritable de ces sentiments qui ne seraient pas « violents » ou de ces aversions qui seraient moins « profondes » – mais comment les dissocier, et que dire du ressentiment, de la réprobation, ou encore de l'indignation orientés vers autrui ?

L'expression « discours de haine » est également trompeuse dans la mesure où elle peut suggérer que le droit se soucie, en sanctionnant l'acte expressif, de corriger la passion qui se trouve à son origine. De ce point de vue la proximité terminologique avec les « crimes de haine » (*hate crime*), cette autre catégorie qui s'est imposée depuis le contexte américain dans la littérature internationale, est de nature à égarer. Dans ce dernier cas, c'est clairement la motivation de celui qui agit qui est en cause. Il en va de même pour la circonstance aggravante que reconnaît le Code pénal français (qui

---

<sup>21</sup> « Haine », in *Grand Robert de la langue française*, version électronique 2.0, Le Robert, 2005. L'anglais « *hate* » désigne de façon analogue « *an emotion of extreme dislike or aversion* » (« Hate », in *Oxford English Dictionary*, 2nd Edition, version électronique 4.0, Oxford University Press, 2009).

<sup>22</sup> Walt Whitman, *Leaves of Grass*, New York, 1855, p. vi.

ne parle pas à ce sujet de « crime de haine », mais vise bien le même type d'actes) lorsqu'une « infraction est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance vraie ou supposée de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »<sup>23</sup> (art. 132-76). À l'inverse, dans la caractérisation du « discours de haine », ce sont les attitudes qu'il pourrait induire chez ses destinataires qui importent avant tout. Cela est explicite dans les formulations du droit français, qui sanctionne la « provocation à la haine », ou du droit canadien, qui punit « l'incitation à la haine ». Ce n'est pas tant l'expression de la haine que vise ici le droit que l'invitation à faire preuve d'une attitude « haineuse » vis-à-vis d'un groupe particulier.

La comparaison systématique des dispositifs juridiques regroupés sous cette catégorie<sup>24</sup> permet d'affiner cette caractérisation. D'une part, les groupes visés sont définis sur la base de caractéristiques telles que la race, le sexe, l'orientation sexuelle, la religion, ou encore l'origine ethnique. D'autre part, les discours les visant incitent à agir de façon violente ou discriminatoire à leur égard. Cela est clair dans le PIDCP, qui vise « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence », mais aussi dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (CADH, 1969), dont le paragraphe 5 de l'article 13 déclare interdit par la loi « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constituent des incitations à la violence ». La définition proposée par le Conseil de l'Europe pour remédier à la diversité des terminologies nationales va dans le même sens : « le terme "discours de haine" doit être compris comme couvrant toute 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 »<sup>25</sup>.

Il en va de même dans le cas du droit français. Si la notion de « discours de haine » n'y apparaît pas en tant que telle (pas plus que dans la plupart des droits nationaux), elle constitue un outil analytique utile pour caractériser diverses dispositions<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Une proposition de loi « tendant à la suppression du mot "race" de notre législation » a été adoptée en 1<sup>ère</sup> lecture par l'Assemblée nationale française le 16 mai 2013. Elle prévoit la substitution d'expressions évoquant le « racisme » aux expressions contenant les mots « race » et « racial ». Ainsi dans l'article 132-76 du code pénal, « une race » doit être supprimé et les mots « ou pour des raisons racistes » ajoutés.

<sup>24</sup> Michael Rosenfeld, « Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis », *Cardozo Law Review*, 24(4), 2003, p. 1523-1568.

<sup>25</sup> Le texte complet précise : « 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 immigrants et des personnes issues de l'immigration » Conseil de l'Europe, *Recommandation R(97)20 sur le « discours de haine »*, adoptée par le Comité des Ministres le 30 octobre 1997.

<sup>26</sup> Pascal Mbongo, « Hate Speech, Extreme Speech, and Collective Defamation in French Law », in I. Hare et J. Weinstein (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, p. 221-236.

L'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (modifiée en 2004) fait ainsi de la *provocation* publique « à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée », mais aussi « de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap » un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Si la proximité des formulations françaises avec les formulations internationales est manifeste, elles ne se recoupent pas exactement. Le droit français, qui met la provocation à une émotion (la haine) sur le même plan que la provocation à des actes (la discrimination ou la violence), peut paraître moins précis que le PIDCP et la CADH, qui définissent plutôt « l'appel à la haine » (constituant l'acte sanctionné) par le fait qu'il incite à agir de façon discriminatoire ou violente, ce qui suggère que le discours est punissable lorsqu'il peut susciter chez son destinataire une haine de nature à entraîner des actes violents ou discriminatoires.

Les dispositions visant les « discours de haine » ne se réduisent toutefois pas en droit français à celles punissant la « provocation » à la haine. La loi sur la liberté de la presse punit également plus sévèrement *l'injure* (« expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait », art. 29) et la *diffamation* (« allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du groupe auquel le fait est imputé », art. 29), lorsqu'elles sont commises « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » ou « à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap » (art. 33). Dans la mesure où l'injure et la diffamation constituent des actes expressifs, rien n'indique que la circonstance aggravante doive être lue ici de la même manière que la circonstance aggravante identifiée par l'article 132-76 du code pénal français, c'est-à-dire comme liée à la motivation de l'auteur de l'acte visé (comme c'est le cas pour les crimes de haine), plutôt qu'à la possibilité que cet acte encourage une attitude discriminatoire à l'égard de l'individu ou du groupe visé. Si les « discours de haine » ne peuvent être réduits aux seuls discours que le droit français définit comme *provoquant* à la haine, et recouvrent certains discours injurieux ou diffamatoires, les dispositions correspondantes peuvent être comprises comme partageant un même objet : sanctionner les actes expressifs qui désignent publiquement certains individus,

en tant que membres d'un groupe social donné, comme dignes d'être injuriés, diffamés, discriminés ou violentés.

Malgré ses ambiguïtés, l'expression « discours de haine » renvoie à un concept suffisamment délimité pour être opératoire : elle désigne *ces actes expressifs publics qui encouragent, par l'injure, la diffamation ou la provocation, à adopter une attitude discriminatoire ou violente à l'égard d'une personne ou d'un groupe distingué par un critère tel que la race, l'ethnie, la nation, le sexe, la religion ou l'orientation sexuelle.*

### **Un dilemme démocratique**

La définition dégagée permet de préciser, sur le plan normatif, le défi que les discours de haine représentent pour les régimes démocratiques attachés à la liberté d'expression. Tout d'abord, c'est le principe constitutif de ces régimes, celui de l'égalité de statut des citoyens, qui est visé par ses discours, qui distinguent les membres de certains groupes sociaux comme méritant d'être traités en inférieurs. C'est bien au nom de la démocratie, et non seulement de valeurs politiques, morales ou religieuses indépendantes que leur interdiction peut être demandée : le conflit ici – comme dans le cas des restrictions parfois demandées en matière de pornographie au nom de l'égalité homme/femme<sup>27</sup> – oppose deux principes démocratiques, l'égalité de statut et la liberté d'expression, entre lesquels il ne saurait être question de choisir. Ensuite, la nature des discours de haine, actes d'expression, mais aussi de provocation à la violence ou à la discrimination, fait qu'il ne suffit pas d'invoquer les justifications libérales classiques du droit à la libre expression pour résoudre la question de leur éventuelle réglementation.

Il ne suffit pas, par exemple, d'invoquer la défense influente de la liberté de pensée et de discussion que propose John Stuart Mill lorsqu'il en fait l'instrument le plus sûr du progrès humain vers la vérité. Elle affirme que toute censure, qu'elle émane d'un gouvernement despotique ou de la majorité, revient à « voler l'humanité »<sup>28</sup> soit en réduisant au silence une opinion vraie ou partiellement vraie, soit à priver une opinion vraie de sa vitalité, en réduisant au silence l'opinion fausse qui permet qu'on l'éprouve et par là qu'on y adhère comme à une croyance vivante plutôt que comme

---

<sup>27</sup> Catharine MacKinnon, *Only Words*, Londres, Harper Collins, 1993.

<sup>28</sup> John Stuart Mill, *De la liberté*, trad. C. Dupont-White et L. Lenglet, Paris, Folio, [1859] 1990, p. 85.

à un dogme mort. Ce raisonnement a toutefois une portée limitée. D'une part, il ne protège que l'expression des *opinions* susceptibles de contribuer à la discussion publique – une catégorie dont ne relèvent pas clairement l'injure ou la diffamation. D'autre part il ne s'étend pas aux actes, expressifs ou non, qui « sans cause justifiable nuisent à autrui » et peuvent selon Mill « être contrôlés »<sup>29</sup> : « même les opinions perdent leur immunité lorsqu'on les exprime dans des circonstances telles que leur expression devient une instigation manifeste à quelque méfait »<sup>30</sup>. Une double question se pose donc, dans la perspective millienne, face à un acte expressif. Constitue-t-il une opinion contribuant au débat public ? Constitue-t-il une nuisance injustifiée ? Y répondre est souvent difficile : si appeler à sortir les cordes pour « donner une leçon » aux « singes » ne revient qu'en un sens très lâche à exprimer une « opinion », affirmer que les citoyens blancs devraient disposer de droits supérieurs c'est bien le faire – or ces aspects se trouvent aisément mêlés dans un même discours, comme dans les propos des suprématistes à Gettysburg.

Il ne suffit pas plus, pour résoudre le dilemme, d'invoquer le principe rawlsien de « la tolérance à l'égard des intolérants » selon laquelle un État démocratique doit protéger les droits fondamentaux, telle la liberté d'expression, même pour ces citoyens qui voudraient en priver les autres. Rawls affirme que c'est seulement lorsqu'il y a de « bonnes raisons » de croire que la sécurité des citoyens « et celle des institutions de la liberté sont en danger »<sup>31</sup> que des restrictions sont justifiées, mais il ne précise pas ce qui compte comme un danger. Cela « dépend des circonstances », et c'est pourquoi il y a là à ses yeux « un dilemme pratique que la philosophie à elle seule ne peut résoudre »<sup>32</sup>.

Le dilemme auquel sont confrontées les démocraties est redoutable. Il leur faut éviter tant le Charybde de l'« État envahissant », dans lequel la lutte contre les points de vue jugés haineux justifie des limitations arbitraires de la liberté d'expression, et le Scylla d'une « Société haineuse », au sein de laquelle le refus de sanctionner les discours les plus extrêmes favorise la propagation de points de vue discriminatoires

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>31</sup> John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, [1971] 1997, § 35, p. 256.

<sup>32</sup> *Ibid.* Rawls approuve dans des textes ultérieurs l'arrêt *Brandenburg v. Ohio* de la Cour suprême, au motif que l'apologie des doctrines révolutionnaires ou subversives lui paraît devoir être toléré en démocratie, mais c'est le danger que ces discours font peser sur l'État (en appelant à le renverser) et non celui qu'ils représentent pour les membres des groupes sociaux pouvant être visés, qui est alors au cœur de l'analyse. John Rawls, *Libéralisme politique*, trad. C. Audard, Paris, Puf, 2001, VIII, §10.

et d'attitudes violentes, selon les noms donnés à ces contre-utopies par Corey Brettschneider<sup>33</sup>. Invoquer comme il le fait la capacité de l'État à lutter contre les discours de haine sans les interdire, mais en usant de ses propres ressources expressives – via les discours de ses représentants, l'octroi de subventions aux associations, le financement de monuments publics, la conception de politiques éducatives – ne saurait toutefois suffire à résoudre ce dilemme. Il n'est pas sûr que l'État puisse neutraliser l'effet des discours de haine s'il se contente de « s'exprimer » sans user de sa force coercitive ; et s'il entreprend d'exploiter pour cela toutes les ressources discursives, financières et éducatives à sa disposition, il n'est pas sûr non plus que la propagation active du discours officiel ainsi produit soit plus aisée à justifier que la restriction légale de certains actes expressifs<sup>34</sup>. Si Brettschneider refuse de considérer cette dernière possibilité, rejetant toute restriction du côté de l'État envahissant, c'est qu'il part de la doctrine de la neutralité par rapport aux points de vue. Alors même qu'il suggère d'étendre aux conventions du droit international le principe d'une réponse « expressive », mais non prohibitionniste aux discours de haine, la justification qu'il avance en sa faveur reste ancrée dans le droit public américain. Peut-on justifier indépendamment de ce contexte juridique le refus de principe de toute restriction légale ?

### **La défense absolutiste de la liberté d'expression**

Les justifications ancrées dans une doctrine morale indépendante constituant un fondement inadapté pour le droit de sociétés pluralistes, c'est plutôt des principes constitutifs du régime démocratique lui-même qu'il faut partir – comme le suggère l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – pour clarifier les fondements normatifs du droit à la libre expression<sup>35</sup>. Une version influente de la position « neutraliste », ancrée dans l'analyse du cadre démocratique, est formulée par Ronald Dworkin. Il défend la thèse selon laquelle la liberté d'expression est un droit « absolu » et « universel » ne souffrant aucune restriction, même face aux discours les plus extrêmes. S'il faut comprendre ici encore que cet « absolutisme » n'est pas incompatible avec les restrictions ordinairement admises (concernant les *fighting words*

---

<sup>33</sup> Corey Brettschneider, *When the State Speaks, What Should it Say? How Democracies Can Protect Expression and Promote Equality*, Princeton, Princeton University Press, 2012, p. 10-12.

<sup>34</sup> Charles Girard, « L'État face à la liberté d'expression », *La vie des idées*, 25 avril 2014, <http://www.laviedesidees.fr/L-Etat-face-a-la-liberte-d.html>.

<sup>35</sup> Alexander Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, New York, Harper & Brothers, 1948.

par exemple), les implications de cette position sont claires. Les inquiétudes suscitées par les discours de haine paraissent dangereuses à Dworkin, non seulement parce qu'elles sont à ses yeux excessives, mais parce qu'elles font passer pour *raisonnable* la restriction de la liberté d'expression. Or dès qu'une restriction est admise, fût-elle exceptionnelle, « le principe est inévitablement affaibli, non seulement dans ces cas-là, mais en général ». Pour éviter un tel renoncement, il faut « faire abstraction de ces défis particuliers à la libre expression » que sont les discours de haine et revenir à la question de principe générale, ce qui permettrait de prendre conscience de ce que cette liberté est un droit si important que nous devons « tolérer en son nom des discours méprisables et nuisibles »<sup>36</sup>. Ce n'est donc pas des discours de haine, ou des règles juridiques les visant, mais du lien intrinsèque entre liberté d'expression et démocratie qu'il faudrait partir pour le comprendre.

La légitimité des lois en démocratie dépend non seulement, avance Dworkin, de ce qu'elles résultent de procédures majoritaires équitables, mais aussi de l'équité des conditions sociales et politiques au sein desquelles celles-ci prennent place. Une décision majoritaire n'est pas légitime si chacun n'a pas eu la possibilité d'exprimer son opinion, ses peurs, ses idéaux ou ses préjugés, quels qu'ils soient – s'il n'a pas eu par là l'occasion de chercher à influencer les autres, mais aussi de s'affirmer comme un agent politique actif et responsable. En réalité, « la majorité n'a aucun droit à imposer sa volonté à quelqu'un qui se voit interdit d'émettre une protestation, un argument ou une objection avant que la décision ne soit prise »<sup>37</sup>. Cette position n'exclut pas seulement la censure de certains discours politiques, car tout acte expressif – langagier ou non, argumenté ou non, explicitement politique ou non – contribue à façonner l'environnement moral et culturel influençant la formation des opinions et la production des politiques publiques. Ainsi les lois qui luttent, en aval, contre les formes de violence ou de discrimination à l'égard de groupes sociaux particuliers seraient rendues illégitimes (ou moins légitimes) par l'existence de dispositifs qui, en amont, sanctionnent l'expression encourageant à la violence ou à la discrimination à leurs égards. On ne pourrait pas, par exemple, demander à des individus souhaitant voir certains groupes discriminés de reconnaître la légitimité de mesures antidiscriminatoires adoptées par la majorité, si l'on ne leur a pas permis auparavant d'exprimer leur point de vue. Il convient évidemment de protéger les

---

<sup>36</sup> Ronald Dworkin, « Foreword », in I. Hare et J. Weinstein (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, p. vi.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. vii.

membres des groupes visés par des crimes racistes, sexistes ou homophobes, mais non de limiter le discours racistes, sexistes ou homophobes qui peuvent défendre et encourager de façon générale ces actes, ou plus généralement l'hostilité vis-à-vis de ces groupes, car « en intervenant trop tôt dans le processus par lequel l'opinion collective se forme, nous compromettons la seule justification démocratique dont nous disposons pour exiger que tous obéissent à ces lois, même ceux qui les détestent et les réprouvent »<sup>38</sup>.

Même si l'on admet qu'un gouvernement doit traiter équitablement ceux qui sont soumis à son pouvoir coercitif, il n'est pourtant pas certain que toute restriction à la liberté d'expression menace ainsi la légitimité démocratique. Les règles juridiques sanctionnant les discours de haine visent des discours précis et non des personnes particulières ; le droit peut punir certains actes expressifs sans affirmer pour autant, comme le suggère Dworkin, que leurs auteurs sont eux-mêmes « trop corrompus, avilis ou ignobles pour être seulement entendus »<sup>39</sup>. De telles restrictions affectent certes de façon différente les possibilités qu'ont les citoyens de s'exprimer selon qu'ils nourrissent ou non des points de vue racistes, sexistes ou homophobes par exemple, et en ce sens elles les traitent bien inégalement. Mais en agissant ainsi, ne peuvent-elles pas contribuer à réduire d'autres formes d'inéquité au sein de l'environnement social où se déroulent les procédures politiques ? L'existence persistante dans cet environnement de discours invitant à traiter comme inférieurs les femmes ou les homosexuels, les juifs ou les musulmans, peut contribuer à rendre inéquitables les conditions dans lesquelles chacun peut s'exprimer et développer ses opinions. La question des conditions de la légitimité peut ici aussi être posée : peut-on demander à des individus fréquemment ciblés par des propos discriminatoires, ou « haineux », de reconnaître la légitimité de décisions majoritaires qu'ils désapprouvent (parce qu'elles écartent, par exemple, des dispositifs antidiscriminatoires qu'ils appellent de leurs vœux), si le débat qui a conduit à les adopter s'est déroulé dans un environnement où prospèrent les invitations à les traiter comme inférieurs ? Il n'est pas évident que le refus absolu des restrictions soit toujours plus important pour la reconnaissance du statut de chacun comme citoyen actif et responsable, et donc pour l'équité du débat public, que la non prolifération de discours publics dénigrant, bestialisant ou insultant certains groupes, notamment minoritaires. Il ne s'agit pas simplement de dire qu'il y a

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. viii.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. ix.

d'autres conditions au débat public que la seule liberté d'expression, avec lesquelles celle-ci devrait être mise en balance. Il faut plutôt comprendre que certaines restrictions pourraient permettre que les droits individuels à la liberté d'expression ne soient pas égaux simplement du point de vue formel, mais aient réellement ce que Rawls nomme une « valeur équitable » (*fair value*)<sup>40</sup> : elles pourraient contribuer à ce que les citoyens disposent de conditions équitables pour exercer leur droit à la libre expression. Des mesures correctives sont parfois nécessaires pour que les libertés aient une valeur équitable, car lorsque certains disposent de conditions et de ressources beaucoup plus favorables pour exercer, par exemple leur droit à se faire entendre dans le débat public, cette liberté perd une bonne partie de sa valeur pour les autres.

La logique même du raisonnement dworkinien nous invite ainsi, contre la conclusion qu'il formule, à considérer les différentes conditions qui font l'équité ou l'iniquité de l'environnement social et donc des conditions sociales d'accès à la libre expression dans le débat public. Adopter une telle démarche, en s'interrogeant dans chaque contexte sur les moyens de favoriser l'autonomie politique du citoyen, c'est déjà s'écarter de la voie absolutiste, qui refuse par principe d'envisager toute limitation des discours de haine. La radicalité de la position dworkinienne, qui reste malgré sa prétention universaliste adossée à la référence à « notre constitution » (américaine)<sup>41</sup>, reste aveugle à la diversité des contextes. Prendre au sérieux l'hypothèse selon laquelle la sanction des discours de haine peut protéger des conditions qui sont aussi ou plus importantes pour l'autonomie individuelle et la légitimité démocratique que la liberté de pouvoir proférer n'importe quel type de propos, aussi extrême soit-il, suppose de ne plus « faire abstraction » de ces discours et de leurs effets propres.

## **Les intérêts sociaux en balance**

---

<sup>40</sup> Rawls, *Théorie de la justice*, p. 262. Rawls suggère que « les divers contrôles de la liberté d'expression politique doivent être conçus rationnellement afin de réaliser la valeur équitable des libertés politiques ». Pour cela, il faut notamment que des « citoyens avec des talents et des motivations similaires aient une chance à peu près égale d'influencer la politique du gouvernement », notamment en participant au débat public (Rawls, *Libéralisme politique*, p. 421).

<sup>41</sup> Dworkin, « Foreword », p. ix.

Quel tort font les discours de haine, s'ils ne se confondent pas avec ces actes expressifs qui constituent une menace ou une violence directe envers des individus spécifiques ?

L'intérêt social le plus souvent invoqué peut-être pour limiter cette liberté, ou fréquemment « mis en balance » avec elle, est l'ordre public. Outre la Convention européenne des droits de l'homme, déjà citée, le code pénal allemand punit depuis 1994 celui « qui, *d'une manière susceptible* de troubler l'ordre public, incite à la haine contre une partie de la population » (art. 130). De même, le code pénal canadien punit « quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, *lorsqu'une* telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la *paix* » (art. 319). Le caractère général de cette notion d'ordre ou de paix laisse toutefois une marge d'appréciation considérable au juge, souvent dénoncée. Si l'on met de côté les actes qui peuvent les accompagner, par exemple dans le cas de réunions publiques conduisant à des débordements, en quoi des actes expressifs peuvent-ils en effet, *en eux-mêmes*, troubler l'ordre public ? L'ordonnance récente du Conseil d'État du 11 janvier 2014<sup>42</sup>, rejetant l'appel du comédien Dieudonné, suite à l'interdiction d'une représentation à Orléans de son spectacle « Le Mur », dans lequel il avait tenu des propos antisémites, a pu être critiquée à ce titre. Pour établir qu'il y avait « un risque sérieux » que ce spectacle « constitue lui-même une menace à l'ordre public », le Conseil d'État invoqua « les propos attentatoires à la dignité de la personne humaine et de nature à provoquer à la haine et la discrimination raciales », prononcés lors des représentations précédentes et susceptibles d'être à nouveau répétés. Il s'appuya pour cela sur un arrêt antérieur<sup>43</sup> affirmant que « le respect de la dignité de la personne humaine devait être regardé comme une composante de l'ordre public ». L'extension inédite ainsi donnée à l'« ordre » public au-delà de la paix, la sécurité ou la tranquillité publiques, via l'extension de la dignité humaine au-delà des atteintes directes à la personne, est considérable. Elle a rendu possible l'interdiction *préventive* d'une représentation, et la remise en cause de la jurisprudence du Conseil d'État, établie depuis 1933, selon laquelle la restriction de la liberté d'expression et de réunion n'est justifiée que face à « l'éventualité de trouble » présentant « un degré de gravité » tel que l'ordre ne puisse

---

<sup>42</sup> SARL Les Productions de la Plume et M. D., Conseil d'État, 11 janvier 2014.

<sup>43</sup> Commune Morsang-sur-Orge, Conseil d'État, 27 octobre 1995.

pas être maintenu autrement <sup>44</sup>, suivant le principe « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »<sup>45</sup>.

L'histoire des régimes démocratiques illustre les abus auxquels peut se prêter une doctrine fixant des exigences trop lâches pour évaluer le « danger » que font peser les actes expressifs ; elle explique l'attrait de la position absolutiste. La doctrine actuelle de la Cour suprême américaine ne prend d'ailleurs tout son sens qu'à la lumière de sa jurisprudence passée, qui utilisa longtemps le test de la « mauvaise tendance » (*bad tendency*). Cette doctrine, héritée de la *common law* anglaise<sup>46</sup>, autorisait la prohibition des actes expressifs ayant une tendance supposée à produire des nuisances sociales, et put être invoquée par exemple pour interdire dans l'entre-deux-guerres l'apologie du communisme au motif qu'elle risquait d'entraîner une future révolution<sup>47</sup>.

Il est dès lors tentant de chercher les nuisances causées par les discours de haine et susceptibles de justifier leur sanction non du côté d'un intérêt social impersonnel, mais des intérêts des citoyens particuliers qui se trouvent visés – par exemple dans « la protection de la réputation ou des droits d'autrui » qu'invoque la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle démarche permet de soumettre plus directement la restriction de ces discours de haine à l'épreuve du principe millien de non-nuisance. Si l'on accepte que la liberté d'expression d'un individu peut être restreinte contre sa volonté afin de l'empêcher de nuire à autrui, la restriction envisagée peut être évaluée à l'aune de deux critères. L'acte expressif visé est-il de nature à nuire à autrui ? La sanction envisagée est-elle de nature à éviter cette nuisance sans en causer une plus grande encore ? Ce deuxième critère, essentiel, prend souvent en droit la forme d'une exigence de « proportionnalité ». Par exemple, la Cour suprême du Canada considère depuis l'arrêt *Oakes* qu'un droit protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés* ne peut être limité de façon raisonnable que si l'objectif législatif poursuivi est « suffisamment important » pour une « société libre et démocratique », et qu'en outre « les moyens choisis sont raisonnables et que leur

---

<sup>44</sup> *Benjamin*, Conseil d'État, 19 mai 1933.

<sup>45</sup> *Baldy*, Conseil d'État, 10 août 1917.

<sup>46</sup> Une formulation précoce en droit américain apparaît dans *People v. Crosswell*, 3. Johns. Cas. 337 N.Y. (1804).

<sup>47</sup> *Gitlow v New York* 268 US 652, 669 (1925). Le test du « danger manifeste et immédiat » formulé par le juge Oliver Wendell Holmes Jr. dans *Scheck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) avait pu sembler se substituer à celui de la « mauvaise tendance », mais Holmes paraît accepter ce dernier dans d'autres avis, comme *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). Il est reformulé dans *Whitney v. California*, 274 U.S. 337 (1927), puis définitivement écarté avec *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

justification peut se démontrer»<sup>48</sup>. La satisfaction de cette deuxième exigence suppose i) que les moyens adoptés aient un « lien rationnel » avec l'objectif visé, ii) qu'ils portent « le moins possible » atteinte au droit en question, et iii) qu'il y ait « proportionnalité entre les effets des mesures restreignant » ce droit et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ». L'interdiction de certains discours de haine peut-elle se trouver ainsi justifiée ?

Il faut distinguer ici le cas de l'injure et de la diffamation « haineuses », d'une part, et celui des discours provoquant à la haine, d'autre part. Dans le premier cas, il est facile d'admettre que c'est le droit des individus injuriés ou diffamés à être protégés contre certaines nuisances qui peut justifier l'interdiction légale. Mais encore faut-il expliquer pourquoi la sanction de l'injure et de la diffamation *en général* ne suffit pas, et ce qui rend nécessaire la sévérité accrue de la sanction lorsque ces actes visent certains individus en raison de leur appartenance supposée (par l'auteur du discours) à une race, une ethnie ou une religion religieuse par exemple. Dans le second cas, la difficulté est plus grande encore : s'il est communément admis que les appels à accomplir des actes délictueux ou criminels à l'encontre d'individus ou de groupes précis doivent être sanctionnés, faut-il également sanctionner les discours généraux, qui en appelant de façon abstraite à s'en prendre à une catégorie particulière, peuvent encourager des actes similaires ? L'existence d'un « mur de séparation » entre les discours de haine, qui seraient protégés, et les crimes de haine, qui se trouvent prohibés, peut paraître hypocrite, et la jurisprudence constitutionnelle américaine a pu être accusée, en le maintenant, de favoriser la multiplication des crimes de haine. Comment dissocier entièrement le climat créé par une marche du KKK et les agressions racistes qui peuvent se produire par la suite dans la même localité ?<sup>49</sup> Mais si la dissociation entière est trop rapide, l'établissement d'un lien causal entre un discours particulier, qui cible un groupe social de façon générale, et un acte violent ou discriminatoire particulier, effectif ou possible, n'en reste pas moins difficile. Même si les discours déshumanisant ou avilissant un groupe social peuvent encourager ou

---

<sup>48</sup> R. c. *Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103.

<sup>49</sup> Loretta J. Ross, « Hate Groups, African Americans, and the First Amendment », in L. Lederer and R. Delgado (dir.), *The Price We Pay: The Case against Racist Speech, Hate Propaganda and Pornography*, New York, Hill & Wang, 1995, p. 63.

servir à « justifier » les agressions conduites contre ses membres<sup>50</sup>, toute imputation d'une responsabilité causale à un acte expressif particulier reste fragile.

Dans l'arrêt *Keegstra*<sup>51</sup>, à propos d'un enseignant qui professait des opinions antisémites, la Cour suprême du Canada a jugé que le paragraphe 2 de l'article 319 du Code pénal canadien, punissant quiconque « foment volontairement la haine » contre un « groupe identifiable », constitue une « limite raisonnable imposée à la liberté d'expression » que garantit pourtant l'article 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car il satisfait la double exigence formulée dans l'arrêt *Oakes*. D'une part, l'objectif de cet article reconnu par la Cour, consistant « à empêcher que des membres d'un groupe cible souffrent [de la propagande haineuse] » a été jugé « d'une importance suffisante ». D'autre part, les moyens définis ont été jugés proportionnels, dans la mesure où « il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction pénale de la propagande haineuse et l'objectif de protéger les membres du groupe cible ». Mais ce lien est-il si sûr, s'il faut comprendre du moins que c'est contre les actes haineux encouragés par ces discours qu'il faut protéger les membres des groupes visés ? On ne peut être sûr que le discours antisémite tenu par un enseignant soit susceptible de conduire *par lui-même* à des actes violents ou discriminatoires, car la relation causale ne peut être qu'incertaine, d'autant plus quand ce discours ne vise pas des personnes spécifiques. Il n'est donc pas clair que cette restriction légale puisse *sur cette base* satisfaire l'exigence de la proportionnalité des moyens employés ou passer avec succès le test millien, comme le souligne Leonard Sumner<sup>52</sup>. Consciente peut-être de cette difficulté, la Cour s'est abstenue dans l'arrêt *Keegstra* de relier explicitement la protection des membres des groupes visés et la prévention des délits ou crimes de haine, puisqu'elle y invoque simplement les « effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine ». Mais de quel ordre peuvent être ces effets, si l'on écarte les troubles à l'ordre public et les actes violents ou discriminatoires ? Ils ont trait, nous semble-t-il, à la reconnaissance publique du statut d'égaux des membres d'une société démocratique.

---

<sup>50</sup> Alexander Tsesis, *Destructive Messages. How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements*, New York, New York University Press, 2002.

<sup>51</sup> *R. c. Keegstra* (1990) 3 S. C. R. 697.

<sup>52</sup> Leonard W. Sumner, « Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis », in I. Hare et J. Weinstein (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, p. 204-220.

## L'égalité des citoyens et les bases de la réputation sociale

Si le refus de toute restriction des discours de haine motivé par le caractère « absolu » du droit à la liberté d'expression peut être remis en cause, c'est parce qu'un État démocratique a le devoir d'affirmer l'égalité de statut de tous les membres de la société, et d'assurer les conditions de sa reconnaissance sociale.

Le principal défaut de la justification absolutiste de la position permissive est de rester aveugle ou indifférente à la distribution inégale des discours de haine. La bravade libérale familière consistant à invoquer une variante de cette citation voltairienne apocryphe : « Je réproouve ce que vous dites, mais je défendrai jusqu'à la mort votre droit de le dire », ne coûte en général pas grand-chose à celui qui la profère. Comme le souligne Jeremy Waldron<sup>53</sup>, les juristes, philosophes et responsables politiques qui la brandissent sont rarement visés par ces discours discriminatoires qui ciblent avant tout les minorités – ainsi en France les musulmans, les Juifs, les homosexuels ou les Roms. Or il est plus difficile pour les membres de ces groupes qui se voient injuriés, diffamés ou attaqués d'adopter cette posture généreuse, et les hérauts de la tolérance absolue se gardent le plus souvent de leur rappeler qu'au terme de leur raisonnement ils ont l'obligation de « vivre avec » les invectives racistes, les caricatures animalières ou les invitations à quitter le pays qui leur sont adressées.

Le problème n'est pas que ces individus se distingueraient par une plus grande « sensibilité » ou une moins grande « tolérance » à l'expression de l'hostilité, mais qu'ils sont, à la différence des autres, en butte à des formes constantes de mépris social, contestant leur appartenance comme égaux à la communauté politique. Les « discours de haine » ne font pas qu'exprimer un sentiment ou une opinion, ils inscrivent dans l'environnement commun des représentations de *l'infériorité* assignée aux membres de certains groupes. En cherchant à les avilir, ils ne s'en prennent pas au principe abstrait de la dignité humaine, mais savent ce que l'on peut appeler, avec Waldron, leur « dignité sociale » : les « fondements de leur réputation »<sup>54</sup>. Cette dignité est comprise comme un statut que le droit doit protéger, en s'assurant que sont réunies les conditions sociales minimales permettant aux individus d'agir et d'être reconnus comme égaux dans les opérations ordinaires de la société

---

<sup>53</sup> Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University, 2012.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 105.

démocratique. Or « lorsqu'une société est mutilée par des signes antisémites, par des croix enflammées, par des tracts pratiquant la diffamation raciste, ce type d'assurance s'évanouit. Une force de police vigilante et un ministère de la Justice peuvent toujours protéger les individus contre les attaques »<sup>55</sup>, ceux-ci ne bénéficient plus de la reconnaissance sociale de leur égalité de statut, de cette assurance qu'ils ne sont pas considérés comme indignes d'être protégés contre des actes violents ou discriminatoires de leur race, de leur orientation sexuelle ou encore de leur religion.

La limite du raisonnement dworkinien apparaît dès lors plus clairement. L'exposition à un environnement social où prospèrent de multiples discours affirmant l'infériorité de certains individus constitue pour eux un obstacle à l'autonomie du jugement individuel ou à l'affirmation de soi comme agent actif et responsable, qui peut dans certaines circonstances être aussi ou plus redoutable que la soumission à des restrictions légales sanctionnant les discours provocants à la haine. S'il faut bénéficier d'un environnement social équitable pour être obligé de reconnaître la légitimité des décisions majoritaires, on voit mal pourquoi l'interdiction faite au citoyen raciste, homophobe ou sexiste de s'exprimer librement serait toujours un facteur d'iniquité plus sérieux que l'exposition régulière et inévitable de certains citoyens à des représentations publiques de leur indignité sociale. Une telle exposition dégrade considérablement les conditions effectives dans lesquelles ils peuvent se faire entendre publiquement, et si les droits individuels à la libre expression restent formellement égaux, cette liberté n'a pas une « valeur équitable ». Le débat public n'a rien d'équitable, lorsque l'environnement social contribue de façon constante à délégitimer par avance la prise de parole de certains en raison de leur origine, de leur orientation sexuelle ou de leur religion.

Lorsqu'un membre du *British National Party* affiche à sa fenêtre un poster représentant les *Twin Towers* en flamme, surmonté d'un croissant islamique et de l'inscription « Dehors l'Islam ! Protégeons les Britanniques »<sup>56</sup>, lorsqu'un élu du *Front National* français crie en public à des individus manifestant en faveur du mariage homosexuel : « Les pédés au bûcher (...) Je ne veux pas de pédé ici, vous devez crever ! »<sup>57</sup>, ils ne cherchent pas simplement à exprimer leur opinion et à s'affirmer comme citoyen actif et responsable – pas plus que ceux qui en Europe ou en

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>56</sup> *Norwood c. Royaume-Uni*, CEDH, 16 novembre 2004. La Cour européenne des droits de l'homme donna raison aux cours britanniques qui l'avaient condamné à payer une amende de 300 euros.

<sup>57</sup> Tribunal correctionnel d'Auxerre, 20 juin 2013.

Amérique installent encore sur leurs façades des panneaux indiquant « Juifs et chiens interdits », ou que cet hebdomadaire français d'extrême-droite qui titre en couverture, à propos d'une ministre de la Justice noire, « Maligne comme un singe, Taubira retrouve la banane »<sup>58</sup>. Leur but est plutôt d'intimider les membres des groupes visés et de limiter leur aptitude à se comporter en citoyens actifs et égaux aux autres, en installant dans l'environnement commun des représentations affirmant leur infériorité.

Il est en outre pour le moins douteux que de telles restrictions empêchent réellement les individus concernés de faire entendre leurs *opinions* politiques dans le cadre du débat public. Sanctionner ces discours n'empêche pas les individus concernés de prendre parti à propos des politiques antiterroristes ou du « mariage pour tous », tant qu'ils n'identifient pas l'ensemble des musulmans au terrorisme ou n'incitent pas à agresser les homosexuels. En sanctionnant les discours dans un cas et non dans l'autre, l'État ne les empêche pas de prendre position, mais réaffirme l'attachement de la communauté politique à ce principe constitutif du régime démocratique qu'est l'égalité de statut. En sanctionnant ces injures, diffamations ou provocations à la haine, la puissance publique ne fait pas disparaître ces propos « haineux », pas plus qu'elle n'agit directement sur les croyances et les comportements qui les nourrissent, mais elle emploie la force *expressive* du droit pour réaffirmer le projet inclusif propre à la démocratie et restaurer pour les membres des groupes visés l'assurance qu'ils se voient accordés la même dignité sociale que les autres.

Cette dimension expressive du droit est claire lorsque la Cour d'appel de Paris, tout en annulant pour des raisons de procédure la condamnation du ministre de l'Intérieur Brice Hortefeux, ayant déclaré que lorsqu'il y a beaucoup d'arabes, « il y a des problèmes », prend la peine de souligner néanmoins que ce propos « qui conforte l'un des préjugés qui altèrent les liens sociaux est outrageant et méprisant à l'égard de l'ensemble du groupe formé par les personnes d'origine arabe stigmatisées du seul fait de cette appartenance, ce qui le rend punissable » en droit français<sup>59</sup>. Elle est claire également lorsque la Cour suprême canadienne invoque, dans l'arrêt *Keegstra*, le besoin de « montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard des messages haineux visant des groupes raciaux et religieux ». C'est parce que ce que dit le droit importe que la sanction a de la valeur, alors même qu'il ne saurait

---

<sup>58</sup> *Minute*, 13 novembre 2013, n°2641.

<sup>59</sup> Cour d'appel de Paris, Chambre 2-7, 15 septembre 2011.

être question de viser par là l'entière disparition des discours de haine ou d'un quelconque message – une tâche insensée à l'ère des nouveaux médias, et qui paraissait déjà à Tocqueville non seulement irréaliste, mais propre à conduire par une escalade stérile des interdictions au despotisme<sup>60</sup>.

Une objection à cette justification des restrictions visant les discours de haine est avancée par Dworkin : le projet consistant à traiter tous les citoyens en égaux ne fait pas consensus dans les sociétés démocratiques contemporaines, et les mesures restrictives qu'il fonde représentent donc des interférences illégitimes dans le processus d'auto-détermination collective<sup>61</sup>. Le même constat pourrait toutefois être formulé à propos du droit égal à la libre expression, lui aussi contesté, et si Dworkin n'en tire pas une conclusion similaire, c'est que ce droit est à ses yeux un prérequis non négociable du régime démocratique. Mais la justification avancée en suivant l'analyse de Waldron suggère précisément que le droit qu'ont les individus de disposer des fondements de la réputation sociale est lui aussi un prérequis de ce type – ce qui oblige l'État à mettre en balance, dans certaines circonstances, ces deux principes, et à envisager le cas échéant l'interdiction de certains discours.

### **L'importance du contexte**

La perspective qui vient d'être dégagée permet de préciser, à trois titres distincts, l'importance du contexte pour la réglementation éventuelle des discours de haine.

Tout d'abord, c'est seulement dans un certain contexte qu'un acte expressif peut sérieusement contribuer à saper les fondements de la réputation sociale de certains citoyens. Ce n'est pas l'acte expressif unique, provoquant à la haine vis-à-vis d'un groupe quelconque, mais l'environnement social façonné par la masse des messages avilissant ou agressant certains groupes, qui constitue un danger pour la société démocratique. Ce point permet de rendre compte de l'incongruité du propos d'une association telle que l'*Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne*, fondée en 1984 par des membres du *Front National*. L'AGRIF se présente comme étant « sans doute la seule authentique association française antiraciste au sens véritable du mot, c'est-à-dire celui de l'opposition à la haine en raison d'une

---

<sup>60</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. I, III, 2, p. XX.

<sup>61</sup> Ronald Dworkin, « Reply to Jeremy Waldron », in M. Herz et P. Molnar (dir.), *The Content and Context of Hate Speech*, p. 341.

appartenance à une nation, à une race ou à une religion », au motif qu'elle est la seule à « poursuivre les délits des racismes antifrçais et antichrétiens »<sup>62</sup>. Cette présentation, qui emprunte aux formules du droit pour inverser la hiérarchie des maux guettant la société française – c'est d'abord le « racisme » contre les chrétiens français qu'il faudrait combattre pour être antiraciste en France – n'est pas accidentelle. C'est en exploitant les ressources offertes par le droit français que l'AGRIF s'attaque aux discours supposés « anti-chrétiens » ou « anti-français », elle qui fonde explicitement sa légitimité sur sa « reconnaissance par les plus hautes instances judiciaires », depuis que la Cour de Cassation a jugé sa constitution de partie civile recevable dans une plainte pour diffamation raciste en tant qu'association qui « manifeste formellement [...] son intention de lutter contre le racisme »<sup>63</sup>.

Ensuite, le contexte peut contribuer à *justifier* des dispositions légales distinctes d'un pays à l'autre. Il est souvent noté que l'expérience de la Shoah explique en partie les approches juridiques différentes adoptées des deux côtés de l'Atlantique : en Europe, et notamment en France, le projet politique formulé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale s'est défini contre le nazisme<sup>64</sup>. Mais il n'y a pas là qu'une explication causale : ce fait rend également plausible la thèse selon laquelle l'exclusion de la provocation à la haine raciste doit être considérée comme faisant partie des prérequis du projet démocratique partagé par les citoyens français, allemands ou danois et peut donc justifier des mesures restrictives. Plus généralement, le contexte propre à certaines sociétés ayant connu un génocide alimenté par la diffusion publique massive des discours de haine, comme le Rwanda, ou ayant connu une forme institutionnalisée d'esclavage ou d'apartheid, comme l'Afrique du Sud<sup>65</sup>, ne fait pas qu'expliquer l'adoption de dispositifs juridiques : il joue légitimement un rôle dans leur éventuelle justification, car il contribue à déterminer les dangers pesant sur les fondements minimaux de la réputation sociale. Le contexte historique joue un rôle analogue dans l'évaluation des lois mémorielles et des dispositions contre le négationnisme et le révisionnisme, qui se heurtent toutefois à des objections distinctes liées aux limitations qu'elles imposent au débat public, dès lors qu'elles visent à interdire non les injures, diffamations ou provocations à la discrimination,

---

<sup>62</sup> Voir leur site : [www.lagrif.fr/qui-sommes-nous](http://www.lagrif.fr/qui-sommes-nous) (consulté le 10 avril 2014).

<sup>63</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 16 avril 1991.

<sup>64</sup> Julie C. Suk, « Denying Experience: Holocaust Denial and the Free Speech Theory of the State », in M. Herz et P. Molnar (dir.), *The Content and Context of Hate Speech*, p. 162.

<sup>65</sup> Yared Legesse Mengistu, « Shielding Marginalized Groups from Verbal Assaults Without Abusing Hate Speech Laws », in M. Herz et P. Molnar (dir.), *The Content and Context of Hate Speech*, p. 372-376.

mais la formulation de certaines thèses historiques au nom de leur fausseté – qui ne relèvent pas des « discours de haine » et appellent une réflexion spécifique. Le passé de dominations racistes, religieuses ou sexistes des sociétés démocratiques modernes, de même que les croyances et comportements discriminatoires qui en sont le legs, ne peuvent simplement être ignorés lorsqu’il s’agit d’œuvrer, par le droit, à établir les conditions sociales de l’égalité de statut.

Enfin, le contexte permet d’évaluer les conséquences possibles, et donc la pertinence, des dispositions juridiques visant les discours de haine. La méfiance des citoyens vis-à-vis de l’État ou des juges n’est pas sans conséquence quant au caractère opportun des actions qu’entreprend ce dernier. Le constat souvent posé d’une confiance inégale des citoyens français, d’une part, américains, d’autre part, vis-à-vis du pouvoir central, constitue ici encore plus qu’une explication. En effet, non seulement les dispositions juridiques visant les discours de haine se prêtent à l’instrumentalisation – par le gouvernement, les associations ou les citoyens– mais elles peuvent avoir des effets nocifs qui les rendent peu recommandables. C’est pourquoi l’évaluation de la proportionnalité passe par l’évaluation des risques associés à la sanction juridique. La sanction peut en effet nourrir le sentiment de persécution de certains groupes qui se sentent menacés (même à tort), conforter la position victimaire de ceux qui se présentent comme les porte-voix d’une « vérité » trop dangereuse pour être autorisée, ou simplement conférer une popularité accrue à des discours que la sanction ne peut pas faire disparaître, mais qu’elle peut par contre signaler à de nouveaux publics. La mesure préventive hautement médiatisée que constitua l’interdiction des spectacles de Dieudonné donna par exemple à ses diatribes antisémites, consultables sur internet en vidéo, une visibilité nouvelle, dont les effets sont difficiles à évaluer ; elle pu sans doute renforcer en même temps leur condamnation dans l’espace public général et leur succès auprès de certains publics minoritaires.

Le fait que l’interdiction des discours de haine puisse parfois renforcer leur efficacité nocive oblige à évaluer dans chaque contexte les effets qu’elle est susceptible d’avoir. Cependant, à moins de prouver que la nocivité de ces dispositions l’emporte toujours sur leur utilité, les opposants absolutistes aux restrictions légales ne peuvent se contenter d’invoquer les effets nocifs possibles : dire, comme le fait C. E. Baker que « la réglementation des discours de haine peuvent contribuer positivement à

l'émergence»<sup>66</sup> de cultures politiques racistes et même génocidaire ne suffit pas. L'attrait de l'absolutisme – qu'il s'applique d'ailleurs à l'approche permissive ou à l'approche prohibitionniste – tient à ce qu'il promet, en se situant au niveau de principes généraux, de nous épargner des pesées toujours périlleuses. Mais en agissant ainsi il nie la visée qu'a le droit de produire des effets efficaces dans le contexte situé qui est le sien. Il est possible que l'interdiction des discours de haine ne soit souhaitable, pour ces raisons – qui appellent une investigation empirique excédant le propos de cet article –, que dans des circonstances extrêmes ; cela ne permettrait toutefois pas d'affirmer qu'il faut par principe les exclure.

### **Le blasphème et le risque de l'arbitraire**

Il reste pourtant une objection générale à toute forme d'interdiction des discours de haine : si la frontière les séparant des discours simplement hostiles ou virulents qui participent du débat démocratique est en pratique impossible à tracer, alors la mise en œuvre de cette interdiction ne peut être qu'arbitraire et il convient d'y renoncer.

La justification qui vient d'être développée n'est pas simplement un raisonnement normatif abstrait : elle peut s'appuyer sur des catégories juridiques existantes. Waldron suggère que la catégorie du *group libel* (imparfaitement rendu par « diffamation collective ») renvoie bien à l'objectif de protection des conditions de dignité sociale des membres d'un groupe, et que la Cour suprême a pu l'employer dans le passé à cette fin. Elle jugea ainsi, peu après la guerre, qu'une disposition de l'État de l'Illinois interdisant la publication ou l'exposition d'écrits ou d'images représentant la « dépravation, la criminalité, la débauche ou le manque de vertu d'une classe de citoyens définis par une race, couleur, croyance ou religion quelconque » était constitutionnelle, car ces écrits pouvaient être jugés relever de la diffamation punissable pénalement (*criminal libel*)<sup>67</sup>. Bien que la Cour ne considère plus aujourd'hui que la diffamation collective échappe à la protection du Premier Amendement, cette décision montre, selon Waldron, qu'il est possible de traduire en droit américain l'idée d'une protection accordée à la dignité sociale des individus. Ajoutons que la continuité déjà notée, dans le droit français, entre l'interdiction des actes expressifs provocants à la haine, d'une part, et la sanction des injures et

---

<sup>66</sup> C. E. Baker, « Hate Speech », in M. Herz et P. Molnar (dir.), *The Content and Context of Hate Speech*, p. 79.

<sup>67</sup> *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

diffamations liées à la race, au sexe ou à la religion, de l'autre, permet de penser que cette perspective générale peut donner leur cohérence aux dispositions légales visant les « discours de haine ». Mais adosser cette perspective à des catégories existantes ne suffit pas : il faut encore demander si elle peut être mise en œuvre de façon non arbitraire. Waldron ne rentre quant à lui guère dans le détail des jugements, or c'est là que se situe l'écueil principal : la difficulté pratique à déterminer si un acte expressif donné doit être sanctionné à ce titre ne révèle-t-elle que la « diffamation collective » est une « notion irrémédiablement confuse » et le « discours de haine » une notion pleine d'« ambiguïtés » ?

Comment décider par exemple quand la critique de l'Islam qui se dit motivée par la lutte pour l'émancipation des femmes ou les attaques contre l'Église catholique dénonçant les crimes des prêtres pédophiles relèvent de l'une ou de l'autre catégorie ? Robert Post suggère qu'aucune distinction conceptuelle claire ne peut être faite entre « l'antipathie ordinaire » et « la haine punissable »<sup>68</sup>. « Toutes les réglementations des discours de haine doivent (...) les définir à la fois par l'expression d'une antipathie ou d'une aversion et par un élément additionnel qui est supposé caractériser la présence unique d'une haine extrême et justifier par là une intervention légale »<sup>69</sup>. La définition de cet élément peut-elle prendre une forme autre qu'arbitraire, dès lors qu'il tient souvent à la « tonalité » du discours autant qu'à son « contenu » ? Les lois anglaises contre le blasphème, qui avaient interdit pendant des siècles les publications dont le contenu était jugé incompatible avec le dogme chrétien, opérèrent à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle une distinction entre les opinions simplement hostiles à la chrétienté, dont l'expression n'était pas punissable, et les actes « dont l'intention est d'insulter les sentiments et les convictions religieuses les plus profondes de la grande majorité des personnes », c'est-à-dire d'outrager « le sens des convenances répandu parmi les chrétiens »<sup>70</sup>, de telle sorte que les discours « décents » ou « tempérés » n'étaient plus punissables. Mais comment savoir ce qui est décent et tempéré ? Cela ne peut être établi que par référence à ces normes sociales diffuses qui permettent à une personne socialisée de faire la différence entre l'outrage extrême et l'antagonisme respectueux et qui sont influencées par le groupe social le mieux à même d'imposer sa conception

---

<sup>68</sup> Robert Post, « Hate Speech », in I. Hare et J. Weinstein (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, p. 125.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>70</sup> *R v. Bradlaugh* (1883) 15 Cox CC 217.

de la civilité<sup>71</sup>. Il en va de même pour le discours de haine, qui illustre comme le blasphème ou la diffamation séditeuse (*seditionous libel*) « l'aspiration du droit à appliquer des normes qu'il estime particulièrement importantes pour l'identité personnelle et communautaire »<sup>72</sup>. Post, qui soutient la jurisprudence permissive de la Cour suprême américaine, juge comme elle qu'en la matière « ce qui est pour l'un une vulgarité est pour l'autre un poème »<sup>73</sup> : la doctrine de la neutralité par rapport aux points de vue a le mérite de ne favoriser aucune conception particulière de la frontière entre respect et outrage.

La distance entre blasphème et discours de haine peut paraître parfois ténue. La polémique ayant entouré la publication dans plusieurs pays des caricatures danoises représentant le prophète Mahomet en terroriste en 2005 s'est d'ailleurs concentrée sur la question de « l'offense » : tandis que le Vatican déclarait qu'à ses yeux « le droit à la liberté de pensée et d'expression, établi par la Déclaration des Droits de l'Homme, ne peut entraîner le droit d'offenser le sentiment religieux des croyants »<sup>74</sup> ; des responsables politiques comme la députée néerlandaise Ayaan Hirsi Ali prenaient la défense du journal *Jyllands-Posten* au nom du « droit d'offenser »<sup>75</sup>. Ces propos relèvent du discours politique, et non du langage juridique, mais certains instruments légaux assurent leur traduction en droit. Le Code pénal danois sanctionne ainsi « toute personne raillant ou méprisant publiquement les doctrines religieuses ou les actes de dévotion d'une communauté religieuse dont l'existence est légale » (art. 140). Selon Post, l'article de ce même code visant les discours de haine (art. 266b) répond à la même logique d'imposition des normes sociales dominantes, opérant le partage entre l'extrême et l'acceptable<sup>76</sup>. Si le risque d'arbitraire est clair, de même que le danger de voir un groupe exercer une influence hégémonique sur les normes sociales requises pour compléter le droit, la stratégie suggérée, qui consiste à rejeter toute restriction légale pour mieux isoler les normes juridiques des normes sociales, est peu convaincante. D'une part, si les normes de civilité exercent de toute façon une influence inévitable sur la régulation informelle de la communication publique, les soumettre à la contestation publique dont les dispositions légales font l'objet peut

---

<sup>71</sup> Robert Post, « Racist Speech, Democracy and the First Amendment », *William & Mary Law Review*, 32, 1991, p. 267.

<sup>72</sup> Robert Post, « Hate Speech », p. 129.

<sup>73</sup> *Cohen v. California* 403 US 15, 25 (1971).

<sup>74</sup> Bureau de presse du Saint Siège, « Représentations offensant les sentiments religieux », 4 février 2006.

<sup>75</sup> Ayaan Hirsi Ali, « Je suis une dissidente de l'islam », *Le Monde*, 15 février 2006.

<sup>76</sup> Robert Post, « Cultural heterogeneity and Law. Pornography, Blasphemy and First Amendment », *California Law Review*, 76, 1988, p. 297.

être préférable au fait de les laisser s'effectuer hors du cadre juridique, lequel a notamment l'avantage d'obliger la majorité à respecter elle aussi les codes de civilité qu'elle entend imposer à la minorité. D'autre part, dans la mesure où c'est par rapport aux normes sociales en vigueur dans chaque contexte qu'un acte expressif peut contribuer à miner les fondements de la réputation sociale de certains citoyens, les écarter du droit, c'est ignorer en même temps ce travail de sape. Ce qui importe donc, c'est de déterminer si l'application des restrictions visant les discours de haine peut, en pratique, maintenir l'écart qui les sépare des lois punissant le blasphème ou l'offense.

### **Offense et discours de haine dans l'interprétation juridique**

Le soupçon d'arbitraire pesant sur l'interprétation juridique en matière de discours de haine est lié à la fréquence avec laquelle les différents juges appelés à considérer un même cas parviennent à des conclusions divergentes. L'affaire *Giniewski* est de ce point de vue exemplaire. Paul *Giniewski*, auteur d'un article critiquant une encyclique du pape Jean-Paul II dans lequel il soutient que l'antijudaïsme chrétien a nourri l'antisémitisme nazi, fit l'objet d'une plainte émanant de l'AGRIF. Condamné par le tribunal de grande instance de Paris en 1995 pour « diffamation publique envers un groupe de personnes en raison de son appartenance à une religion, en l'espèce la communauté des chrétiens »<sup>77</sup>, il fut relaxé ensuite par la Cour d'appel de Paris, au motif qu'il « soule[vait] un débat à la fois théologique et historique sur la portée de certains principes religieux et sur les racines de l'Holocauste »<sup>78</sup>. Cet arrêt toutefois fut cassé par la Cour de cassation, avant que la Cour d'appel d'Orléans ne condamne à nouveau *Giniewski*. Il porta l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui lui donna finalement raison en 2006.

Le raisonnement de la CEDH à cette occasion mérite que l'on s'y arrête. Elle emploie, pour juger si une restriction juridique est contraire au droit à la libre expression, un test analogue au contrôle de proportionnalité exercé par les cours constitutionnelles nationales, mais complexifié par son statut supranational : elle considère i) si la disposition est légale au vu des lois et précédents en vigueur dans le droit national, puis ii) si elle poursuit un but légitime du point de vue de la

---

<sup>77</sup> Tribunal correctionnel de Paris, 8 mars 1995.

<sup>78</sup> Cour d'appel de Paris, 9 novembre 1995.

Convention européenne des droits de l'homme, et enfin iii) si cette mesure est proportionnée à la nuisance causée par l'abus supposé de la liberté d'expression. Dans l'affaire *Giniewski*, la Cour jugea i) que sa condamnation était conforme à la loi sur le presse de 1991, ii) que la sanction « de la diffamation d'un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée » relevait du but légitime qu'est la protection « de la réputation ou des droits d'autrui », mais iii) que la réaction de l'État français n'était pas proportionnée, l'article contribuant au débat sur les causes possibles du génocide nazi et n'étant donc pas « gratuitement offensant »<sup>79</sup>. Cette décision de la CEDH mobilise à la fois le critère de la diffamation d'un groupe, relevant de la définition des discours de haine, et celui beaucoup plus contestable de « l'offense », qui serait condamnable lorsqu'elle est « gratuite ».

Elle est représentative de l'ambiguïté du droit européen, accusé tantôt d'être trop influencé par le libéralisme de la Cour suprême américaine, tantôt d'être trop prompt à céder devant les habitudes excessivement interventionnistes des systèmes juridiques nationaux, et en particulier du droit français. Cette ambiguïté est déjà manifeste dans la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 10 évoque à la fois les « droits d'autrui » et « la protection de la morale » comme motifs pouvant rendre nécessaire la limitation de la liberté d'expression. Elle se retrouve dans la jurisprudence de la CEDH. Celle-ci affirme certes, dans un arrêt célèbre, que la « liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et vaut même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent »<sup>80</sup>, mais sans préciser si ce fondement peut être mis en balance avec d'autres, ni comment distinguer de telles idées. En outre la Cour déclare dans un autre arrêt que, bien que la Convention laisse peu de place aux restrictions visant les discours politiques, « les États contractants ont généralement une plus grande *marge d'appréciation* lorsqu'ils règlent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale, ou, plus particulièrement, de la religion »<sup>81</sup>.

L'interdiction des discours attaquant les croyances d'un groupe religieux peut se voir justifier d'au moins trois façons très différentes, relatives au blasphème, à l'offense ou au discours de haine : parce qu'ils mettent en cause des croyances qui sont tenues

---

<sup>79</sup> *Giniewski c. France*, CEDH, 31 janvier 2006.

<sup>80</sup> *Handyside c. Royaume-Uni*, CEDH, 7 décembre 1976.

<sup>81</sup> *Murphy c. Irlande*, CEDH, 10 juillet 2003.

pour constituer le fondement de l'ordre spirituel de la société, parce qu'ils choquent les membres de ce groupe, ou encore parce qu'ils visent à affirmer l'infériorité sociale des membres de ce groupe de façon à saper les fondements de leur réputation sociale. Or la CEDH paraît laisser toutes ces pistes ouvertes. C'est certes les « droits d'autrui », plutôt que la « morale », que la CEDH invoque lorsqu'elle juge que « dans des cas extrêmes le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté, de les avoir, et de les exprimer »<sup>82</sup>. Mais cette formulation ne distingue pas entre les discours qui offensent et ceux qui affirment l'infériorité de statut des croyants visés, entre l'offense et le discours de haine. Parce qu'elle considère punissable « l'offense gratuite », elle a pu juger, par exemple, conforme à la Convention la saisie et la confiscation par l'État autrichien du film « Le Concile d'amour » de Werner Schroeter, au motif qu'elles visaient 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 »<sup>83</sup>.

Il peut dès lors être tentant, pour éviter toute dérive de la pénalisation des discours de haine vers celle de l'offense, voire du blasphème, de ne pas inclure dans leur définition les actes expressifs visant des groupes identifiés par leurs croyances *religieuses*, comme le suggère Guy Haarscher<sup>84</sup>. Mais comment ignorer que les mécanismes du racisme sont à l'œuvre dans de nombreux discours se présentant comme des critiques de la religion ? Les posters indiquant « l'Islam dehors ! » ne constituent pas, par exemple, une critique de la religion analogue aux « critiques virulentes des lumières »,<sup>85</sup> mais une attaque similaire à celles visant les noirs ou les Juifs. La différence pertinente reste celle entre l'offense, qui ne devrait pas être sanctionnée dans des régimes affirmant la liberté d'expression, et l'insulte, la diffamation ou la provocation à la haine, que le groupe visé soit identifié ou non par l'appartenance à une religion. La question est de savoir si cette différence théorique peut-être maintenue en pratique dans le jugement juridique.

Le raisonnement du juge est dans ce domaine difficile à objectiver, comme le signale Pascal Mbongo, puisque la qualification des discours litigieux – paroles, écrits ou

---

<sup>82</sup> *Wingrove c. Royaume Uni*, 25 novembre 1996.

<sup>83</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, CEDH, 20 septembre 1994.

<sup>84</sup> Guy Haarscher, *Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée*, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n°2007/1 (<http://www.philodroit.be>).

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 4

images – suppose de leur donner une « signification » ou un « contenu représentationnel »<sup>86</sup> par une interprétation qui par nature sera toujours contestable. Cela ne signifie pas, toutefois que la distinction entre sentiment d'offense et atteinte objective à la dignité sociale soit arbitraire. Le jugement de la cour d'appel qui relaxa le journal *Charlie-Hebdo*, poursuivi pour « injure publique » après avoir publié en France les caricatures d'abord parues dans le *Jyllands-Posten*, constitue à cet égard un exemple éclairant<sup>87</sup>. La cour juge que l'un des dessins incriminés, représentant le prophète sous la forme d'un homme coiffé d'un turban en forme de bombe dont la mèche allumée porte inscrite en arabe la profession de foi de l'islam : « Allah est grand, Mahomet est son prophète », suggère bien que la « violence terroriste serait inhérente à la religion musulmane ». Toutefois, ce dessin « ne saurait être apprécié, au regard de la loi pénale, indépendamment du *contexte* de sa publication ». L'analyse contextuelle porte à différents niveaux : à l'échelle de la composition des pages concernées (qui met ce dessin, seul en cause, parmi de nombreux autres qui portent sur le terrorisme intégriste sans l'identifier pour autant à l'ensemble des musulmans), à l'échelle du journal lui-même (une publication satirique proposant des caricatures pratiquant l'exagération grotesque), mais aussi à l'échelle du contexte national et mondial, marqué par des manifestations parfois violentes et des polémiques sur les limites de la liberté d'expression auxquelles le journal entendait ainsi participer. Cette analyse conduit la Cour à conclure que le dessin incriminé participe à un débat d'idées « sur les dérives de certains tenants d'un Islam intégriste ». Par ailleurs, si la Cour prend la peine de souligner qu'il n'y a pas, ici, d'« offense gratuite » – punissable du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, sinon du droit français –, son raisonnement se concentre sur la question très différente de « l'injure ». Elle juge ainsi qu'en « en dépit du caractère choquant, voire blessant de cette caricature pour la sensibilité des musulmans, le contexte et les circonstances de sa publication (...) apparaissent exclusifs de toute volonté délibérée d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des musulmans », ce dessin ne constitue pas « une injure justifiant, dans une société démocratique une limitation du libre exercice du droit d'expression ». Le raisonnement ne porte pas sur la conformité de la signification du dessin à des croyances quelconques, mais sur la question de savoir si ce dessin opère une identification entre terroriste et musulman, et il s'appuie sur le fait que le contexte immédiat de publication – les pages environnantes – distingue

---

<sup>86</sup> P. Mbongo, *La liberté d'expression en France. Nouvelles questions et nouveaux débats*, Paris, Mare et Martin, 2011, p. 173.

<sup>87</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris, 17<sup>e</sup> chambre, 22 mars 2007.

explicitement les intégristes de la communauté des musulmans, même si le dessin en lui-même ne le fait pas. Il prend ainsi au sérieux la possibilité qu'un « discours » puisse contribuer à saper les fondements de la réputation sociale d'un groupe, et s'attache en conséquence à interpréter l'acte expressif incriminé en contexte. Cette interprétation raisonnée distingue la question de savoir s'il injurie, voire diffame un groupe de croyants de la question de savoir s'il offense certains d'entre eux.

## **Conclusion**

Bien que la notion de « discours de haine » ne renvoie pas à des dispositions légales unifiées, et que l'expression ne soit pas dépourvue d'ambiguïté, elle permet de rassembler des dispositions juridiques susceptibles de servir une même visée : sanctionner les actes expressifs qui encouragent à adopter une attitude discriminatoire, hostile ou violente à l'égard d'une personne ou d'un groupe désigné, sur un mode essentialisant, par son appartenance (ou non appartenance) supposée à une race, une ethnie, une nationalité ou une religion, voire par son sexe ou son orientation sexuelle. Que cette mise en cause passe par l'injure, la diffamation ou la provocation à la haine, elle menace, lorsqu'elle s'installe de façon durable dans l'environnement commun, la reconnaissance de l'égalité de statut des membres d'une société démocratique. Or celle-ci est une condition de la « valeur équitable » de la liberté d'expression. Justifier sur cette base normative le recours, dans certaines circonstances, à des restrictions visant les discours de haine, ce n'est donc pas limiter cette liberté seulement de l'extérieur, en invoquant d'autres droits ou intérêts ; c'est aussi faire valoir que le droit égal à la libre expression, pour ne pas rester simplement formel, doit s'accompagner de mesures assurant des conditions équitables pour son exercice. La limite, ici encore, n'est pas externe à la liberté, mais en fait partie. Ce n'est pas assez, pour que les citoyens puissent s'affronter publiquement en égaux, débattre de leurs lois de leurs droits, qu'ils disposent d'un accès formel égal à la parole ; il faut encore que l'environnement créé par l'expression publique ne disqualifie pas d'emblée certains d'entre eux, en les décrivant avec constance comme indignes d'un tel affrontement entre égaux.

Que la dignité sociale des noirs, des femmes, des musulmans ou encore des homosexuels puisse par exemple se trouver menacée dans des régimes démocratiques

justifie que l'on écarte la position absolutiste selon laquelle aucune restriction de la liberté d'expression visant ces discours ne saurait jamais être tolérée. Mais cela ne suffit pas à rendre souhaitables, dès que surgissent des discours de haine, des restrictions de la liberté d'expression. La vulnérabilité de ces dernières à des stratégies d'instrumentalisation, les effets secondaires nocifs qui peuvent en résulter, le risque de les voir renforcer la visibilité de certains discours extrêmes doivent être pris au sérieux et appellent à une grande vigilance dans leur emploi.

Ces dispositions légales constituent en outre un défi redoutable pour le raisonnement juridique : plus que d'autres, elles exigent du juge qu'il interprète le contexte donnant leur signification aux actes expressifs, pour faire notamment la part entre les discours simplement offensants et les discours de haine. Elles font ainsi entrer les normes sociales qui façonnent nos perceptions de l'insulte haineuse comme de l'hostilité respectueuse, dans le domaine juridique. Si ces dernières viennent rendre plus périlleux le travail du juge, elles se trouvent par là soumises à la contestation publique. En exposant les restrictions qu'il définit à la critique et à la révision, le droit d'un État démocratique nourrit l'effort des citoyens pour définir collectivement les normes devant guider l'usage de son pouvoir coercitif<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Je remercie Christopher Hamel, Claire Hulak et Mathilde Unger pour leurs remarques sur une première version de ce texte.