

ARTICLE 19

# Interdiction de l'incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence

---

Décembre 2012

Policy Brief

## Résumé exécutif

---

**Ce document d'orientation propose un ensemble de recommandations à suivre pour interpréter et mettre en oeuvre les obligations internationales sanctionnant toute propagande constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence (« incitation » ou « incitation à la haine »), conformément aux dispositions de l'Article 20 (2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP »). Ces recommandations s'appliquent également à certaines dispositions énoncées à l'Article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (« CERD »).**

L'interprétation et la mise en oeuvre de ces dispositions et autres clauses associées ont généré beaucoup de confusion, autant sur le plan international que national. Cette confusion a souvent engendré des interdictions trop vagues et trop étendues de l'incitation à la haine dans les législations nationales et des interprétations incohérentes et restrictives de la législation.

Pour dissiper cette confusion, ARTICLE 19 propose un ensemble détaillé de recommandations sur la façon dont chaque Etat doit interpréter ses obligations en matière d'incitation. Pour parvenir à un consensus plus large sur cette question, ARTICLE 19 a également rédigé un test à utiliser lors de l'examen de cas litigieux, pour déterminer quand une expression donnée peut être qualifiée d'incitation à la haine.

ARTICLE 19 estime que les dispositions interdisant l'incitation à la haine contraignent les Etats à introduire une large gamme de mesures telles que des sanctions. Le choix d'une sanction particulière doit être guidé par une évaluation du degré de gravité du délit. Dans les cas d'incitation, chaque Etat doit d'abord utiliser les sanctions prévues dans le droit civil et administratif. Dans les cas les plus graves, il convient de recourir à des sanctions pénales uniquement lorsque les autorités ont conclu que l'incitation avait atteint le plus haut niveau de gravité. Le droit pénal ne peut constituer une réponse par défaut quand des sanctions moins sévères peuvent avoir le même effet. ARTICLE 19 propose que les Etats adoptent d'autres mesures pour assurer une mise en oeuvre uniforme et cohérente de leurs obligations, ainsi que des mesures en faveur des victimes de ces incitations.

En traçant une frontière claire entre une expression autorisée et une expression inadmissible et en fournissant des critères précis pour les différencier, ARTICLE 19 espère que ce document d'orientation non seulement permettra de dresser un bilan juridique et politique de la question mais contribuera aussi à garantir à tous les individus la pleine jouissance de leur droit à la liberté d'expression ainsi que de leur droit à l'égalité.

### Recommandations clés

- Les conduites interdites en vertu des dispositions sur l'incitation doivent être clairement et uniformément définies.
- La liste des motifs d'incitation interdits par la loi ne doit pas être exhaustive et doit inclure des motifs non prévus à Article 20(2) du PIDCP.
- Chaque Etat doit reconnaître explicitement dans sa législation l'interdiction de toute propagande constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence, comme stipulé dans l'Article 20(2) du PIDCP.

- L'incitation interdite par l'Article 20(2) du PIDCP et l'Article 4(a) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) doit obligatoirement comprendre l'intention d'inciter autrui à la discrimination, à l'hostilité et à la violence.
- Les sanctions pénales ne doivent pas être les seules mesures utilisées pour interdire l'incitation. Elles ne doivent être retenues qu'en dernier ressort.
- La pénalisation de l'incitation à la discrimination doit être interprétée de manière restrictive.
- L'Article 4(a) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) doit être interprété à l'aune de l'Article 20(2) du PIDCP.
- Chaque Etat doit reconnaître explicitement dans sa législation l'interdiction de toute propagande constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence, comme stipulé dans l'Article 20(2) du PIDCP.
- Dans toutes les affaires d'incitation, les Etats sont tenus de reconnaître explicitement que le test en trois volets sur la légalité, la proportionnalité et la nécessité doit être appliqué.
- Toutes les incitations doivent être strictement évaluées au moyen d'un test uniforme en six volets portant sur:
  - Le contexte de l'expression;
  - L'auteur(e) de l'expression.
  - L'intention de l'auteur(e) de l'expression d'inciter à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence.
  - Le contenu de l'expression;
  - L'étendue et l'ampleur de l'expression (y compris son caractère public, le public visé et ses moyens de diffusion).
  - La possibilité que les actes promus se produisent, y compris leur imminence.
- Des recours civils et administratifs variés doivent être mis à disposition des victimes d'incitation et les Etats doivent également examiner des formes alternatives de réparation à l'attention des victimes.
- Le pouvoir judiciaire, les autorités responsables de l'application de la loi et les organes publics doivent suivre des formations régulières et complètes sur les normes de l'incitation.
- Le pouvoir judiciaire, les autorités responsables de l'application de la loi et les organismes publics doivent examiner les points de vue des victimes lorsqu'ils jugent des cas d'incitation.

## Table of contents

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Résumé exécutif .....</b>   | <b>2</b>  |
| Recommandations clés.....  | 2         |
| <b>Table of contents .....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>Introduction.....</b>   | <b>6</b>  |
| <b>Normes internationales et régionales relatives à la liberté d'expression .....</b>  | <b>9</b>  |
| Instruments internationaux relatifs aux droits humains .....   | 9         |
| Déclaration universelle des droits de l'Homme .....  | 9         |
| Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques .....   | 9         |
| Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale .....   | 12        |
| Instruments régionaux relatifs aux droits humains.....   | 14        |
| Convention européenne des droits de l'Homme .....  | 14        |
| Convention américaine relative aux droits de l'Homme.....  | 16        |
| Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples .....  | 17        |
| <b>Recommandations pour l'interprétation et la mise en œuvre de l'Article 20(2) du PIDCP à la lumière des normes internationales .....</b>                   | <b>18</b> |
| Recommandations pour l'interprétation de l'Article 20(2) .....   | 18        |
| Recommandation 1: Définition des termes clés.....  | 18        |
| Recommandation 2: liste non exhaustive de motifs d'incitation interdits .....  | 19        |
| Recommandation 3: l'incitation exige l'existence d'une intention .....   | 21        |
| Recommandation 4: L'interdiction de l'incitation engendre un éventail de mesures en complément des sanctions pénales.....                                    | 22        |
| Recommandation 5: L'Article 4(a) de la CERD doit être interprété à l'aune de l'Article 20(2) du PIDCP.....   | 24        |
| Recommandations pour la mise en œuvre de l'Article 20(2).....  | 24        |
| Recommandation 6: Les législations nationales doivent prévoir une interdiction spécifique de « l'incitation » comme stipulé à l'Article 20(2) du PIDCP ..... | 25        |
| Recommandation 7: L'interdiction de l'incitation doit être conforme au triple test de la légalité, de la proportionnalité et de la nécessité .....           | 25        |
| Recommandation 8: Toutes les affaires d'incitation à la haine doivent être strictement évaluées à l'aune d'un test en six volets .....                       | 26        |
| <b>Atteindre le seuil de gravité : le test d'incitation.....</b>   | <b>27</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| Test UN: Le contexte .....  | 27        |
| Test deux: L'auteur(e) des propos.....                              | 28        |
| Test trois: Intention .....   | 29        |
| Test quatre: Contenu.....   | 32        |
| Test cinq: Etendue et intensité de l'expression .....               | 35        |
| Caractère public de l'expression .....                              | 35        |
| Moyens de dissémination de l'expression.....                        | 36        |
| Etendue et intensité de l'expression.....                           | 36        |
| Test Six: Probabilité d'un préjudice, y compris son imminence ..... | 37        |
| <b>Sanctions et autres mesures .....</b>                            | <b>39</b> |
| Sanctionner l'incitation par des recours au civil .....             | 39        |
| Sanctionner l'incitation en recourant au droit administratif .....  | 40        |
| Autres recours .....  | 41        |
| Autres mesures.....   | 42        |
| Programmes de formation sur les critères de l'incitation .....      | 42        |
| Prise en considération des points de vue des victimes .....         | 42        |
| <b>Conclusion.....</b>  | <b>43</b> |

## Introduction

---

Le droit international ne fournit aucune définition universellement admise de l'expression « discours de haine » malgré son emploi fréquent dans des contextes à la fois juridiques et non juridiques. Cette notion désigne de manière générale toute expression illicite, insultante, intimidante, harcelante et/ou constituant un appel à la violence, à la haine ou à la discrimination contre des groupes identifiés par un ensemble de caractéristiques.<sup>1</sup> Au mieux, cette notion manque de précision sur le plan juridique.

En l'absence de définition uniforme reconnue, la notion de « discours de haine » est source de grande confusion, autant au niveau international que national. Cela a entraîné des interdictions à la fois vagues et excessives dans les législations nationales et des interprétations incohérentes, restrictives et contre-productives. On observe trop souvent que la censure frappant des questions ou des opinions controversées n'élimine pas nécessairement les racines sociales des préjugés dont le « discours de haine » est symptomatique, et qui entravent le droit à l'égalité.

Ce problème est exacerbé par le fait que le « discours de haine » ne se manifeste pas toujours dans un langage ouvertement haineux. Il peut s'insinuer dans des expressions susceptibles d'être perçues différemment selon les publics, ou de sembler rationnelles ou normales au premier abord.<sup>2</sup> L'expérience montre également que la diffusion de stéréotypes, de fausses accusations ou de rumeurs – et pas seulement d'appels directs à la violence – peut aussi déclencher la violence et le harcèlement.

Conformément aux normes internationales et régionales relatives aux droits humains, l'expression qualifiée de « discours de haine » *peut* faire l'objet de restrictions fondées sur un certain nombre de motifs énoncés à l'Article 19(3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Ces motifs comprennent la protection des droits d'autrui, la sauvegarde de l'ordre public, l'interdiction de violation de droits, voire parfois la protection de la sécurité nationale.

Cependant, en vertu de l'Article 20(2) du PIDCP et, dans certains cas, de l'Article 4(a) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), les Etats sont *contraints* d'« interdire » des expressions constituant une « incitation » à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Dans le même temps, au titre des normes internationales et régionales, les Etats sont également tenus de protéger et promouvoir – à la fois dans la législation et dans la pratique – les droits à l'égalité et à être

---

<sup>1</sup> Par exemple, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a indiqué que les termes de « discours de haine » couvrent toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration. *Recommandation du Comité des ministres, 30 octobre 1997*. Cette définition a été reprise par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Gündüz c. Turquie*, Requête n° 35071/97, arrêt du 4 décembre 2004, par. 43 et 22.

<sup>2</sup> Les difficultés rencontrées dans l'identification du « discours de haine » ont été reconnues par un grand nombre de commentateurs et d'autorités. Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, *Manuel sur le discours de haine*, septembre 2009; or OSCE, *Hate Speech on the Internet*, juillet 2011.

protégé de la discrimination. Malheureusement, l'interprétation de ces normes par les organes internationaux et régionaux a été aussi incohérente qu'insuffisante.

Dans ce document d'orientation, ARTICLE 19 s'intéresse tout particulièrement au type de « discours de haine » énoncé à l'Article 20(2) du PIDCP, où il est précisément défini comme un « appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence » (« incitation à la haine » ou « incitation »).

L'objectif de ce document d'orientation est double. Il propose tout d'abord un ensemble de recommandations détaillées sur la manière dont les Etats doivent interpréter les obligations énoncées à l'Article 20(2) du PIDCP. Par ailleurs, pour parvenir à un consensus plus large sur cette question, il propose l'utilisation d'un test complet à utiliser pour l'examen de cas juridiques et pour déterminer quand une expression équivaut à une incitation à la haine. ARTICLE 19 cherche à établir une distinction claire entre l'expression admissible et le discours non autorisé et à fournir des critères solides pour ce faire. Ainsi, notre objectif est de contribuer à garantir que chaque individu jouisse pleinement de ses droits à la liberté d'expression et à l'égalité.

Ce document d'orientation repose sur des travaux de fonds réalisés par ARTICLE 19 sur cette question, dont :

- *Les Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité* ("Principes de Camden")<sup>3</sup> élaborés en 2009 en collaboration avec un panel de juristes et de spécialistes de la législation internationale relative aux droits humains ;
- La journée de réunion d'experts organisée fin 2010 par ARTICLE 19 et Columbia University pour identifier les éléments constitutifs de l'Article 20(2) du PIDCP et leurs diverses interprétations. Cette réunion a permis de prédéfinir des critères d'un test de seuil pour l'Article (20)2.
- Les cinq analyses régionales de la législation sur l'incitation et de sa mise en œuvre présentées par ARTICLE 19 dans le cadre de plusieurs ateliers d'experts organisés par le Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (OHCHR) durant l'année 2011 et 2012.<sup>45</sup> Ces analyses comprennent un ensemble évolutif de critères à utiliser pour déterminer si des cas d'incitation ont atteint le seuil défini à l'Article 20(2) du PIDCP.

Ce document d'orientation propose une version finale de ce test fondée sur les commentaires et critiques des participants aux ateliers de l'OHCHR. Il est composé de quatre parties.

---

<sup>3</sup> Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité, Londres 2009, disponibles sur <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf>

<sup>4</sup> Voir traités des Nations Unies sur [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en).

<sup>5</sup> ARTICLE 19 a participé à tous les ateliers régionaux pour la région Europe (Vienne, 9-10 février 2011), la région Afrique (Nairobi, 6-7 avril 2011), la région Asie-Pacifique (Bangkok, 6-7 juillet 2011), et la région Amérique (Santiago, 12-13 octobre 2011) et a présenté un projet de « test d'incitation » au titre de l'Article 20(2). Toutes les contributions d'ARTICLE 19 aux ateliers régionaux sont disponibles sur: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/ExpertsPapers.aspx>. Pour de plus amples informations sur l'initiative de l'OHCHR, voir <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/ExpertsPapers.aspx>.

- La première partie propose un aperçu des normes internationales pertinentes dans ce domaine et des problèmes liés à leur interprétation.
- La deuxième partie énonce des principes directeurs qui devraient orienter la prise de décisions et l'interprétation de l'incitation.
- La troisième partie présente un test en six volets permettant d'évaluer si une expression donnée atteint le seuil interdit en vertu de l'Article 20(2) du PIDCP.
- Enfin, nous traitons de l'éventail des sanctions et réparations à mettre en oeuvre en cas d'incitation. Elles doivent varier en fonction du degré de gravité de l'expression et d'autres mesures si les autorités publiques veulent les appliquer de façon cohérente et exhaustive.



# Normes internationales et régionales relatives à la liberté d'expression

---

## Instruments internationaux relatifs aux droits humains

### Déclaration universelle des droits de l'Homme

En tant que résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) n'est pas un texte juridiquement contraignant. Cependant, au fil du temps, un grand nombre de ses dispositions ont acquis une force obligatoire au titre du droit international coutumier depuis son adoption en 1948.<sup>6</sup> Le droit à la liberté d'expression est garanti dans l'Article 19 de la DUDH.

La DUDH ne contient pas de dispositions interdisant certaines formes d'expression spécifiques. Toutefois, l'Article 7 prévoit une protection contre la discrimination et contre « l'incitation à la discrimination ». L'Article 29 rappelle les devoirs de chaque individu envers la communauté et reconnaît qu'il est parfois nécessaire et légitime d'imposer certaines restrictions à des droits, dont « la reconnaissance et le respect des droits et des libertés d'autrui ». On peut invoquer ces deux articles pour restreindre la portée de l'Article 19.

### Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1976, donne une force obligatoire à de nombreux droits énoncés dans la DUDH. Les 167 Etats parties au PIDCP sont tenus de respecter ses dispositions et de mettre en œuvre son cadre au niveau national.<sup>7</sup>

#### Article 19

L'Article 19 du PIDCP protège la liberté d'opinion et d'expression. Comme l'Article 19 de la DUDH, il garantit la liberté de rechercher et de recevoir des informations. L'Article 19(3) énonce un test d'évaluation de la légitimité des restrictions à la liberté d'expression.

- Premièrement, la restriction doit être prévue par la loi.
- Deuxièmement, la restriction autorisée par la loi doit protéger ou promouvoir un objectif jugé légitime (respect des droits et de la réputation d'autrui, protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé et de la moralité publiques).
- Troisièmement, la restriction doit être nécessaire à la protection et la promotion d'un objectif légitime.

---

<sup>6</sup> *Filartiga c. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980) (US Circuit Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> circuit).

<sup>7</sup> Article 2 du PIDCP, Résolution 2200A (XXI) de l'Assemblée générale, 21 UN GAOR Supp. (No. 16) 0 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967).

Les critères permettant de déterminer quand une restriction répond à ces impératifs sont articulés en « triple test ». Ainsi, toute restriction doit être fixée par la loi,<sup>8</sup> poursuivre un objectif légitime<sup>9</sup>, et être conforme aux tests stricts de la nécessité et de la proportionnalité.<sup>10</sup>

### **Article 20(2)**

L'Article 20(2) du PIDCP fixe des restrictions au droit à la liberté d'expression et contraint les Etats à « interdire » certaines formes d'expression visant à semer la haine, en d'autres termes « *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* ».

L'Article 20(2) ne contraint pas les Etats à interdire toutes les déclarations négatives à l'encontre de groupes nationaux, de races ou de religions. Toutefois, les Etats sont tenus d'interdire toute expression constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Un compromis a été atteint dans la formulation d'une obligation positive, exigeant « une interdiction formulée par la loi » plutôt qu'une « pénalisation ».

Notons que le Comité des droits de l'Homme n'a pas estimé non plus que ces dispositions exigent l'imposition de sanctions pénales. Il a seulement édicté une obligation de « prévoir des sanctions appropriées » en cas d'infraction.<sup>11</sup>

### **Relation entre Article 20 et Article 19**

Comme l'a souligné le Comité des droits de l'Homme, il y a une très grande cohérence entre les Articles 19 et 20 du PIDCP.

---

<sup>8</sup> Pour satisfaire à cette obligation, une loi ou réglementation doit être formulée de manière précise et mise en œuvre afin de permettre à chaque individu d'adapter sa conduite en conséquence. Voir *Leonardus J.M. de Groot c. Pays-Bas*, No. 578/1994 (1995).

<sup>9</sup> Une liste exhaustive d'objectifs légitimes est fournie à l'Article 19(3)(a) et (b) du PIDCP. La protection de « l'ordre public » ou « des droits d'autrui » sont fréquemment cités comme des objectifs légitimes justifiant la restriction du « discours de haine » ou pour protéger le droit à la vie et le droit à l'égalité ou à la non-discrimination. De ce point de vue, le terme « autrui » employé par le Comité des droits de l'Homme se réfère à des individus ou des membres d'une communauté (*Ross c. Canada*, CCPR/C/70/D/736/1997, 26 octobre 2000).

<sup>10</sup> L'Etat doit démontrer de manière spécifique la nature précise de la menace, et doit apporter la preuve de la nécessité et la proportionnalité de la mesure en question, notamment en établissant un lien direct et immédiat entre l'expression et la menace (*Shin c. République de Corée*, n° 926/2000). La « nécessité » exige qu'il y ait un besoin social pressant justifiant l'imposition de la restriction. La « proportionnalité » exige que la restriction de l'expression ne soit pas excessive et qu'elle soit appropriée à la réalisation de sa fonction protectrice. Il faut également tenir compte de la forme de l'expression et des moyens de sa diffusion. Par exemple, le PIDCP accorde une importance particulière à l'expression sans entrave dans des débats publics portant sur des personnalités de la vie publique et politique qui sont tenus dans une société démocratique (*Bodrozic c. Serbie et Montenegro*, No. 1180/2003).

<sup>11</sup> « Pour que l'Article 20 produise tous ses effets, il faudrait qu'une loi indique clairement que la propagande et l'appel qui y sont décrits sont contraires à l'ordre public, et prescrive une sanction appropriée en cas de violation. Le Comité estime donc que les Etats parties qui ne l'ont pas encore fait devraient prendre des mesures pour s'acquitter des obligations énoncées à l'Article 20, et qu'ils devraient eux-mêmes s'abstenir de toute propagande ou de tout appel de ce genre. » Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 11, Interdiction de toute propagande en faveur de la guerre et de tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse (Art. 20), 29 juillet 1983, par. 2.

Toute loi visant à mettre en œuvre les dispositions de l'Article 20(2) du PIDCP ne doit pas outrepasser les limites aux restrictions à la liberté d'expression fixées à l'Article 19(3).<sup>12</sup> Le Comité des droits de l'Homme l'a réaffirmé dans son Observation générale n° 34 (2011) sur l'Article 19 du PIDCP, en déclarant que les Articles 19 et 20 du PIDCP:

...sont compatibles l'un avec l'autre et se complètent. Les actes visés à l'article 20 tombent tous sous le coup des restrictions énoncées au paragraphe 3 de l'article 19. De ce fait, une limite qui est justifiée par l'invocation de l'article 20 doit également être conforme au paragraphe 3 de l'article 19. (Voir Communication n° 736/1997, *Ross c. Canada*, constatations adoptées le 18 octobre 2000).

Ce qui distingue les actes visés à l'article 20 d'autres actes qui peuvent également être soumis à une restriction conformément au paragraphe 3 de l'article 19, c'est que pour les premiers le Pacte indique la réponse précise attendue de l'État: leur interdiction par la loi. Ce n'est que dans cette mesure que l'article 20 peut être considéré comme une *lex specialis* à l'égard de l'article 19. (par. 51-52)

A cet égard, l'Article 20(2) du PIDCP constitue la *lex specialis*, c'est-à-dire qu'il crée pour les Etats une obligation additionnelle plutôt que substitutive en prescrivant une réponse spécifique à certaines formes d'expression.

Les membres du Comité des droits de l'Homme déclarent plus loin:

Il peut toutefois y avoir des circonstances dans lesquelles le droit d'un individu d'être protégé contre l'incitation à la discrimination au motif de la race, de la religion ou de l'origine nationale ne peut pas être pleinement garanti par une loi étroite, explicite, relative à l'incitation qui entre précisément dans les limites énoncées au paragraphe 2 de l'Article 20. Tel est le cas où (...) il peut être prouvé que certaines déclarations qui ne répondent pas à la stricte définition légale de l'incitation s'inscrivent dans le cadre d'un système de provocation à l'encontre d'un groupe racial, religieux ou national déterminé ; tel est le cas aussi où les personnes qui ont intérêt à répandre l'hostilité et la haine adoptent des formes d'expression subtiles qui ne sont pas punissables en vertu de la loi contre l'incitation raciale même si leurs effets peuvent être aussi, sinon plus, pernicieux qu'une incitation ouverte.<sup>13</sup>

Le Comité des droits de l'Homme a eu peu d'occasions d'interpréter l'Article 20(2) du PIDCP. Les trois décisions prises portent sur deux plaintes déposées contre le Canada et une contre la France, chacune d'entre elles concernant l'interdiction du discours à caractère antisémite.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> « (...)les restrictions à la liberté d'expression qui peuvent relever des dispositions de l'Article 20 doivent également être autorisées en vertu du paragraphe 3 de l'Article 19 qui fixe les conditions dans lesquelles elles sont autorisées. » *Ross c. Canada*, par. 10.6.; *op. cit.*

<sup>13</sup> Voir les opinions individuelles d'Elisabeth Evatt, David Kretzmer et Eckart Klein, dans *Faurisson c. France*, Communication n° 550/1993, 8 novembre 1996, CCPR/C/58/D/550/1993.

<sup>14</sup> La décision du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire *Ross c. Canada* (*op.cit.*) donne indirectement un aperçu des interprétations possibles de la nature des obligations découlant de l'Article 20(2) du PIDCP. Malcolm Ross a été démis de ses fonctions d'enseignant en réponse à plusieurs de ses déclarations publiques exprimant des opinions antisémites, dont la publication de plusieurs ouvrages et interviews télévisées. Son renvoi constituait une sanction administrative et non pénale. Ross a estimé que ses droits au titre de l'Article 19 du PIDCP avaient été violés. L'Etat partie a considéré le cas irrecevable au motif que l'expression tombait sous le coup de l'Article 20 (2). Le Comité des droits de l'Homme n'a constaté aucune violation de l'Article 19. Il a pris en considération les éléments suivants:

Dans chacune de ces affaires, le Comité a choisi une approche différente de l'Article 20(2), et s'est appuyé différemment sur l'Article 19(3) du PIDCP.

Toutefois, dans l'affaire *Ross c. Canada*, le Comité des droits de l'Homme a reconnu le caractère complémentaire des Articles 19 et 20 en affirmant que :

(...)les restrictions à la liberté d'expression qui peuvent relever des dispositions de l'Article 20 doivent également être autorisées en vertu du paragraphe 3 de l'Article 19 qui fixe les conditions dans lesquelles elles sont autorisées.<sup>15</sup>

### Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) énonce un ensemble d'obligations destinées à interdire certains types d'expression.<sup>16</sup> Elle appelle les Etats parties à adopter des mesures positives beaucoup plus larges que celles énoncées à l'Article 20(2) du PIDCP.

L'Article 4(a) de la CERD appelle les Etats parties à condamner « toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales ; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente convention » (CERD).

- 
- Contexte de l'expression: le Comité des droits de l'Homme a précisé que le contenu de l'expression ne pouvait être considéré isolément et qu'il était un élément essentiel permettant d'établir un lien de cause à effet entre l'expression incriminée et un résultat que l'Etat a légitimement intérêt à éliminer.
  - Intention: Le Comité des droits de l'Homme a établi une distinction entre la contestation de la validité des convictions juives et le fait d'enseigner et de promouvoir l'idée que des individus doivent « afficher leur mépris à l'égard des personnes de religion et d'ascendance juive ». La distinction entre un débat critique et une incitation au mépris à l'encontre d'une communauté s'est révélée primordiale pour conclure à une non-violation de la loi.
  - Position de l'auteur de l'expression: le Comité des droits de l'Homme a souligné, concernant les professeurs, que « les devoirs spéciaux et les responsabilités spéciales » rattachés à l'exercice du droit à la liberté d'expression ont une « importance particulière ». Il a été souligné que « l'influence qu'exercent les enseignants peut justifier l'imposition de restrictions afin de veiller à ce que le système scolaire n'accorde pas de légitimité à l'expression d'opinions qui sont discriminatoires ».
  - Importance du lien de cause à effet: Le Comité des droits de l'Homme a estimé qu'il était « raisonnable de supposer l'existence d'un lien de cause à effet entre les expressions de l'auteur et 'l'atmosphère scolaire envenimée' que connaissaient les enfants juifs dans le district scolaire. A cet égard, la décision de démettre l'auteur de ses fonctions d'enseignant peut être considérée comme une restriction nécessaire à la protection du droit et de la liberté des enfants juifs de bénéficier d'un système scolaire à l'abri des partis pris, des préjugés et de l'intolérance ». On ignore sur quelle base le Comité des droits de l'Homme a tiré cette conclusion sachant qu'il n'a pas analysé les faits en la matière. Il semblait apparemment suffisant que l'existence d'un lien de cause à effet soit raisonnablement supposé. Une lacune similaire a été constatée dans l'avis sur *J.R.T. et le W.G. Party c. Canada*, où il a été conclu que les déclarations contestées constituaient une incitation à la haine sans fournir le raisonnement qui a mené à cette conclusion (6 avril 1983, Communication No. 104/1981, par. 8(b).

<sup>15</sup> Communication No 736/1997.

<sup>16</sup> Voir traités des Nations Unies, <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>.

L'Article 4(a) de la CERD appelle les Etats à « déclarer délits punissables par la loi » quatre types d'expression :

- Toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale;
- Toute incitation à la discrimination raciale;
- Tous actes de violence ou provocation à de tels actes dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique ;
- Toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement.

Selon l'interprétation de l'Article 4 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, les Etats sont tenus de « pénaliser » ces formes de comportements, à savoir les interdire en recourant à des sanctions pénales.<sup>17</sup>

Par ailleurs, l'Article 5(viii) de la CERD exhorte les Etats parties à protéger le droit à la liberté d'opinion et d'expression sous toutes les formes décrites ci-dessus – à l'exception de l'incitation à des actes de violence fondés sur la race où le droit à la liberté d'expression n'est pas reconnu comme applicable.

ARTICLE 19 note qu'il n'y a pas de consensus international sur les obligations énoncées à l'Article 4 ; l'inclusion d'une clause « tenant dûment compte de » laisse la place à un débat sur l'équilibre à ménager entre le droit à la liberté d'expression et le droit d'être protégé de la discrimination. De plus, un grand nombre d'Etats parties ont émis des réserves sur l'Article 4, ce qui signifie que la mise en œuvre nationale de ses obligations est soumise aux normes adoptées par chaque Etat sur l'équilibre à ménager entre la liberté d'expression et l'interdiction de la discrimination.<sup>18</sup>

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a interprété l'Article 4 comme obligeant les Etats à « pénaliser » ces comportements, à savoir à les interdire en recourant à des sanctions pénales.<sup>19</sup> L'Article 4 stipule que des « mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination ou tous actes de discrimination » doivent être adoptées, « tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'Article 5 de la présente Convention ».

---

<sup>17</sup> Observation générale n° 15: Violences organisées fondées sur l'origine ethnique, (Art. 4); adoptée le 23 mars 1993, à consulter sur <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/e51277010496eb2cc12563ee004b9768?Opendocument>.

<sup>18</sup> Il convient de noter que dans son Observation générale n° 24, le Comité des droits de l'Homme a conclu que certaines dispositions du PIDCP représentaient des règles de droit international coutumier et que les Etats parties ne pouvaient pas formuler des réserves sur ces obligations lors de la ratification. Parmi ces obligations figure l'obligation d'interdire l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse. Selon le Comité des droits de l'Homme, les règles du droit international coutumier lient tous les Etats dans la majorité des cas, et ce quel que soit leur consentement, et l'interdiction de la discrimination raciale et de l'appel à la haine relèvent du droit international coutumier. Voir Observation générale n° 24, sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'Article 41 du Pacte, 52<sup>e</sup> session, 11 novembre 1994.

<sup>19</sup> Observation générale n° 15: Violences organisées fondées sur l'origine ethnique (Art. 4) ; adoptée le 23 mars 1993, à consulter sur <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/e51277010496eb2cc12563ee004b9768?Opendocument>.

## Instruments régionaux relatifs aux droits humains

### Convention européenne des droits de l'Homme

La Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)<sup>20</sup> garantit le droit à la liberté d'expression dans l'Article 10(1), avec certaines restrictions énoncées dans le paragraphe (2). La CEDH n'impose pas aux Etats parties l'obligation positive d'interdire l'expression dans les mêmes termes que l'Article 20(2) du PIDCP. Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que certaines formes d'expression offensante doivent être nécessairement restreintes pour respecter les objectifs du Pacte dans son intégralité :

« en principe on peut juger nécessaire, *dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse)*, si l'on veille à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi »<sup>21</sup> **[c'est nous qui soulignons]**.

Dans son approche au cas par cas, la Cour européenne des droits de l'Homme a utilisé des méthodologies alternées pour déterminer si des restrictions au « discours de haine » sont compatibles avec la CEDH :

- *Application de l'Article 17*<sup>22</sup> de la CEDH pour éviter de se prévaloir des dispositions de l'Article 10 de la CEDH : Cette méthodologie a été utilisée dans des affaires concernant des formes d'expression de nature raciste et xénophobe,<sup>23</sup> ou dans des cas de négation de l'Holocauste équivalant à de l'antisémitisme.<sup>24</sup> Dans plusieurs de ces cas, l'Article 17 a été invoqué au stade de la recevabilité, et de ce fait les jugements ne procèdent pas à une analyse des mérites.<sup>25</sup> Bien que le « discours de haine » n'ait pas été concrètement défini, ce terme a été employé de manière décisive s'agissant de l'application de l'Article 17. Ainsi, dans l'affaire *Lehideux et Isorni c. France*, il a été suggéré que « pour que l'Article 17 puisse être applicable, il faut que les actes offensants visent à propager la violence ou la haine, utilisent des moyens non légaux

<sup>20</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 septembre 1950.

<sup>21</sup> *Erbakan c. Turquie*, No. 59405/00, 6 juin 2006, par. 56.

<sup>22</sup> L'Article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme stipule qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

<sup>23</sup> *Norwood c. Royaume-Uni*, No. 23131/03 (2004); également *Jersild c. Danemark*, No. 15890/89, 23 septembre 1994, [les références à l'Article 17 concernaient l'expression des personnes à l'origine de l'expression en question, et ces individus n'étaient pas partie prenante dans la plainte]; *Glimmerveen et Hagenback c. Pays-Bas*, Nos. 8348/78 and 8406/78, (1979).

<sup>24</sup> *Garaudy c. France*, No. 65831/01 (2003); *Honsik c. Autriche*, No. 25062/94 (1995); *Marais c. France*, No. 31159/96 (1996).

<sup>25</sup> *Garaudy, ibid.*; *Glimmerveen et Hagenbeek, op. cit.*; *Norwood, op. cit.*



ou non démocratiques, encouragent le recours à la violence, sapent le système politique démocratique et pluraliste ou poursuivent des objectifs racistes ou propres à détruire les droits et libertés d'autrui ».<sup>26</sup>

- *Application du triple test*, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé à maintes reprises que « la liberté d'expression... est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante »<sup>27</sup>, et que l'expression qui « heurte, choque ou inquiète » est protégée.<sup>28</sup>
- *Application de l'Article 10(2)*: Dans une série d'affaires parallèles, la Cour européenne des droits de l'Homme a accepté qu'un grand nombre d'expressions soient protégées en vertu de l'Article 10(1) tout en étant soumises aux conditions de recevabilité énoncées à l'Article 10(2). Dans les jurisprudences respectives, la Cour européenne a choisi une approche au cas par cas pour évaluer le besoin de restriction d'une expression « à la lumière de l'ensemble de l'affaire ». L'analyse de la jurisprudence montre que l'intention du requérant est essentielle.<sup>29</sup> L'intention est évaluée en fonction du contenu<sup>30</sup> et du contexte<sup>31</sup> de l'expression dans lesquels elle est prononcée.

<sup>26</sup> *Lehideux et Isorni c. France*, Requête No. 24662/94, 23 septembre 1998, opinion concordante du juge Jambrek, par. 2. L'Article 17 n'a pu être invoqué dans cette affaire et une violation de l'Article 10 a été constatée.

<sup>27</sup> *Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, Requête No. 13778/88, par. 63.

<sup>28</sup> *Handyside c. Royaume-Uni*, Requête No 5493/72, jugement du 7 décembre 1976, Series A no 24, 1 EHRR 737.

<sup>29</sup> Il est essentiel de déterminer si l'intention de l'individu est de diffuser un « discours de haine » ou de contribuer à un débat d'intérêt public. En l'absence de preuve, cela peut être déterminé en fonction du contenu et du contexte de l'expression.

<sup>30</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme attache une importance particulière au discours politique et aux questions d'intérêt public et montre des réticences à imposer des restrictions dans ces cas (*Erbakan, op. cit.*, par. 55). Dans le contexte des opinions et croyances religieuses, la Cour européenne des droits de l'Homme est susceptible d'accorder à l'Etat une grande marge d'appréciation pour déterminer la légitimité des restrictions à des expressions « gratuitement offensantes pour autrui » en raison de ses croyances religieuses (*Gündüz, op. cit.*, par. 37). La Cour européenne distingue également les jugements factuels des jugements de valeur, « l'exigence voulant que soit établie la vérité de jugements de valeurs est irréalisable » (*Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, No. 49017/99, 19 juin 2006, par. 76).

Dans l'analyse du contexte, la Cour a souligné la pertinence des éléments suivants :

- Le statut/rôle de l'auteur de l'expression dans la société: les personnalités politiques ne bénéficient pas d'un droit à la liberté d'expression absolu, car « il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance » (voir *Erbakan, op. cit.*, par. 64). Les discours publics des journalistes sont également susceptibles d'avoir un impact plus large eu égard à l'ampleur de leur public ; cependant, la Cour opère une distinction entre un journaliste qui publie lui-même des propos contestables et celui qui contribue à leur diffusion dans le cadre d'une émission portant sur des questions d'intérêt public » (voir *Jersild, op. cit.*, par. 31; voir aussi *Sürek c. Turkey*, No. 26682/95, 8 juillet 1999, par. 63). La Cour accorde aussi une marge d'appréciation beaucoup plus grande pour déterminer des restrictions à la liberté d'expression de certains représentants publics, notamment un enseignant, « en tant que symbole d'autorité pour ses élèves dans le domaine de l'éducation » (voir *Seurot c. France*, No. 57383/00, 18 mai 2004).
- Le statut des individus visés par les propos en question ; et
- La diffusion et l'impact potentiel: S'agissant des médias audiovisuels, la Cour examinera le type de programme au cours duquel les propos ont été diffusés, son impact potentiel sur le public et la manière dont les propos ont été formulés dans le cadre d'une émission d'intérêt général (voir *Jersild, op. cit.*, par. 31 et 34). La Cour cherche également à savoir si l'expression en question a été contrebalancée par

Il convient également de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme exerce un contrôle particulièrement strict dans des affaires où des sanctions pénales ont été imposées par l'Etat. A de nombreuses reprises, elle a estimé que l'imposition d'une sanction pénale, quelle que soit la nature ou la sévérité de la peine, suffisait à enfreindre le principe de proportionnalité.<sup>32</sup> Quand des sanctions administratives ont été imposées, la Cour a soutenu que l'exclusion de la fonction publique et l'interdiction d'exercer certaines activités politiques ont été jugées disproportionnées.<sup>33</sup> La Cour a également insisté sur la disponibilité de sanctions alternatives lors de l'examen de questions de proportionnalité, par exemple, la possibilité de mettre en place des moyens d'intervention et de réfutation différents, notamment des recours civils.<sup>34</sup> Ainsi, le recours au droit pénal ne doit pas être considéré comme la réponse par défaut à des expressions offensantes quand des sanctions moins sévères peuvent aboutir au même effet.

### Convention américaine relative aux droits de l'Homme

La Convention américaine relative aux droits de l'homme (ACHR)<sup>35</sup> protège le droit à la liberté d'expression à l'Article 13. Le paragraphe 5 de l'Article 13 énonce une obligation positive d'interdire par la loi « toute propagande en faveur de la guerre, tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constituent des incitations à la violence ainsi que toute autre action illégale analogue contre toute personne ou tout groupe de personnes déterminées, fondée sur des considérations de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale ou sur tous autres motifs ».

La Cour interaméricaine des droits de l'Homme n'a pu avoir l'occasion d'interpréter l'Article 13(5). Cependant, on note des différences fondamentales entre cet article et l'Article 20(2) du PIDCP ainsi que l'Article 4(a) de la CERD.

- L'obligation d'interdire par la loi est limitée aux incitations à la « violence illégale » ainsi qu'à « toute autre action illégale analogue ». Cela sous-entend un seuil de gravité beaucoup plus élevé que celui impliqué par les termes « hostilité » ou « discrimination » à l'Article 20(2) du PIDCP. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme n'ayant pas eu l'occasion d'interpréter cette disposition, il est difficile de définir ce que recouvrent les termes « toute autre action illégale analogue » dans ce cadre.
- Les fondements protégés à l'Article 13(5) de la Convention interaméricaine relative aux

---

l'intervention d'autres participants et si les propos ont été diffusés dans une émission en direct ou non (voir *Gündüz, op. cit.*, par. 49). Quant à l'expression artistique, la popularité du média concerné a été également considérée comme un facteur important (voir *Karatas c. Turquie*, No. 23168/94, 8 juillet 1999, par. 29). De même, la satire, qui, par l'exagération et la déformation de la réalité, vise naturellement à provoquer et à agiter, doit être examinée avec une attention particulière (*Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, no. 68354/01, 25 janvier 2007, par. 33).

<sup>32</sup> *Jersild, op. cit.*, par. 35.

<sup>33</sup> *Incal c. Turquie*, No. 22678/93, 9 juin 1998.

<sup>34</sup> *Lehideux et Isorni, op. cit.*, par. 57.

<sup>35</sup> Convention américaine relative aux droits de l'Homme, Pacte de San José, Costa Rica (B-32), adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978; à consulter sur [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf).



droits de l'Homme sont étendus et portent sur « des considération de race, de couleur, de religion, de langue ou d'origine nationale ». Cette disposition est formulée dans des termes indiquant que la liste des fondements n'est pas exhaustive.

- Cette disposition exige la création d'infractions punissables par la loi, indiquant le recours au droit pénal pour interdire l'incitation.

### **Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples**

La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>36</sup> (Charte africaine) garantit le droit à la liberté d'expression et d'information à l'Article 9. La Charte africaine ne traite pas directement la question de l'interdiction de l'incitation et ne contient aucune disposition sur l'incitation analogue à celles énoncées à l'Article 20(2) du PIDCP. Toutefois, la Charte africaine prévoit aussi des clauses relatives à la non-discrimination dans la jouissance de droits fondamentaux, respectivement dans ses Articles 2 et 19.

La Commission africaine n'est pas directement chargée d'évaluer quelles expressions constituent des « incitations ». A ce jour, elle n'a jugé qu'une seule affaire d'incitation à la haine, à la discrimination et à la violence et n'a pas détaillé les critères d'évaluation d'une expression constituant une incitation à la haine;<sup>37</sup> par conséquent il n'est pas possible de conclure que ces facteurs orienteront les prises de décision dans d'autres affaires.

---

<sup>36</sup> Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (charte de Banjul), adoptée le 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986; disponible sur [http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul\\_charter.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf).

<sup>37</sup> Communication No. 249/02, Institut des droits de l'homme et du développement en Afrique (IHRDA) (concernant des expulsions collectives de réfugiés sierra-leonais de Guinée) c. Guinée (2004) AHRLR 57 (ACHPR 2004). La Commission africaine a jugé la Guinée responsable d'une violation de l'Article 2 (entre autres) pour des « violations massives des droits des réfugiés » suite à un discours du président guinéen Lansana Conte, incitant les soldats et des civils à attaquer les réfugiés sierra-leonais. Le 9 septembre 2000, le président a déclaré sur les ondes de la radio nationale que ces réfugiés devaient être arrêtés, fouillés et confinés dans des camps de réfugiés. L'analyse de la décision montre que la Commission a pris en considération les facteurs suivants :

- L'auteur: Le discours a été prononcé par le Président;
- La sévérité des agissements invoqués : dans son discours, le président Conte a appelé à des attaques discriminatoires à grande échelle contre les réfugiés ;
- Il était possible d'établir une connexion entre le discours et les attaques : ces dernières, consécutives à ce discours, étaient directement liées à l'intervention du président.

# Recommandations pour l'interprétation et la mise en œuvre de l'Article 20(2) du PIDCP à la lumière des normes internationales

---

## Recommandations pour l'interprétation de l'Article 20(2)

### Recommandation 1: Définition des termes clés

ARTICLE 19 recommande les définitions suivantes des termes clés de l'Article 20(2) du PIDCP – et de l'Article 4(a) de la CERD<sup>38</sup>.

- Par “haine”, il faut entendre un état d'esprit caractérisé par « des manifestations intenses et irrationnelles d'opprobre, d'hostilité et de détestation envers le groupe visé ».<sup>39</sup>
- Le terme “discrimination” vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, le sexe, l'ethnie, la religion ou la croyance, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, le langage politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la nationalité, la fortune, la naissance ou toute autre situation, la couleur ayant pour objectif ou effet d'invalider ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits humains et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.<sup>40</sup>
- Le terme “violence” désigne l'usage volontaire de la force physique ou d'un pouvoir contre un individu, un groupe ou une communauté qui entraîne ou risque fortement d'entraîner des blessures, la mort, des dommages psychologiques, des problèmes de développement ou des privations.<sup>41</sup>
- Par “hostilité”, il faut entendre la manifestation d'un état d'esprit extrême. Ainsi, l'hostilité peut être définie comme une manifestation de haine – à savoir une manifestation intense et irrationnelle d'opprobre, d'hostilité et de détestation envers le groupe visé.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Pour l'interprétation des termes « dissémination d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale » et « toute assistance apportées à des activités racistes, y compris leur financement », voir ci-dessous le chapitre sur l'interprétation de l'Article 4(a).

<sup>39</sup> *Principes de Camden, op. cit.*, Principe 12.1.

<sup>40</sup> Cette définition s'appuie sur les définitions fournies par la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*.

<sup>41</sup> La définition de la violence s'appuie sur celle de l'Organisation mondiale de la santé dans son *Rapport mondial sur la violence et la santé*, 2002; disponible sur [http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9241545623\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9241545623_eng.pdf).

<sup>42</sup> *Principes de Camden, op. cit.*, Principe 12.1

Une définition claire et uniforme de ces termes fournirait la certitude nécessaire sur les conduites spécifiques à interdire et permettrait aussi une mise en œuvre cohérente par la jurisprudence.

## **Recommandation 2: liste non exhaustive de motifs d'incitation interdits**

Les Articles 2(1) et 26 du PIDCP garantissent une jouissance égale des droits protégés par le PIDCP et une égale protection de la loi contre toute discrimination, sans considération de « race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

Toutefois, l'Article 20(2) du PIDCP poursuit en énumérant trois caractéristiques protégées par la loi – la nationalité, la race et la religion – en cas d'incitation. Le Comité des droits de l'Homme n'a pas encore répondu à la question de savoir si cela devait être interprété de façon très large en vue d'inclure d'autres caractéristiques reconnues.<sup>43</sup>

La sélectivité des motifs d'interdiction énumérés à l'Article 20(2) du PIDCP pourrait être une conséquence du cadre politique dans lequel se sont déroulées les négociations en vue de l'adoption du PIDCP et des événements historiques auxquels il répondait. Entré en vigueur en 1977, le PIDCP a été adopté avant que les mouvements pour l'égalité dans le monde aient enregistré des progrès significatifs dans la promotion et la protection des droits humains pour tous. Depuis, le PIDCP a été interprété et compris comme un traité soutenant le principe d'égalité à une échelle plus grande, et s'appliquant à d'autres motifs non énoncés, notamment l'orientation et l'identité sexuels et le handicap.

Généralement, on considère que l'objet et le but de la législation internationale relative aux droits humains sont la protection des droits fondamentaux individuels et collectifs, le maintien et la défense des idéaux et des valeurs d'une société démocratique. Cette orientation a favorisé une interprétation évolutive des dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits humains dans le but de refléter les développements dans la société au fil du temps. A cet égard, le PIDCP et d'autres traités internationaux et régionaux des droits humains ont été qualifiés d' « instruments vivants » à interpréter « à la lumière des conditions actuelles », et ne devant pas être perçus comme des contrats avec des dispositions concrètes définies par les normes en vigueur au moment de leur élaboration ou de leur ratification.<sup>44</sup> Si la vision de l'égalité a évolué pour prendre en considération des fondements

---

<sup>43</sup> De plus, l'Article 4 de la CERD se réfère uniquement à la race, la couleur et l'origine ethnique pour les motifs d'interdiction, qui sont plus étroits que ceux couverts par la CERD en général, à savoir la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. Dans l'interprétation de la CERD, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale n'a pas défendu cette liste étroite de motifs. Par exemple, dans l'Observation générale n° 30 de 2004 sur la « Discrimination contre les non-ressortissants », le Comité a recommandé aux Etats parties de prendre des mesures contre les attitudes et comportements xénophobes à l'encontre des non-ressortissants, en particulier le discours de haine et la violence raciale, et qu'ils agissent contre toute tendance à viser, stigmatiser, sur la base de la race, de la couleur, la descendance et l'origine nationale ou ethnique, des membres de groupes de population non ressortissants ». Observation générale n° 30, Discrimination contre les non-ressortissants (Commentaires généraux), adoptée le 1<sup>er</sup> octobre 2004, disponible sur <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/e3980a673769e229c1256f8d0057cd3d?Opendocument>.

<sup>44</sup> Voir, par exemple, *Tyrer c. Royaume-Uni*, A 26 (1978).

tels que le handicap ou l'orientation et l'identité sexuels, la compréhension de l' « objet et du but » du droit international relatif aux droits humains a aussi connue une évolution.

Par ailleurs, selon un principe général, les instruments juridiques donnant effet aux droits et libertés fondamentaux doivent être interprétés « généreusement » afin de permettre leur pleine réalisation. L'exercice des droits et libertés ne doit pas être entravé par un engagement trop formaliste envers les termes originaux de l'instrument, ou même envers l'intention de ses rédacteurs si cette interprétation doit compromettre inutilement l'exercice de ces droits et libertés.

La législation internationale relative aux droits humains confirme ces principes interprétatifs en reconnaissant que les droits existants créent un espace permissif dans lequel de nouvelles compréhensions des droits de l'homme peuvent voir le jour. Il convient de signaler à cet égard que la Déclaration relative aux défenseurs des droits de l'homme stipule à l'Article 7 :

Chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, d'élaborer de nouveaux principes et idées dans le domaine des droits de l'homme, d'en discuter et d'en promouvoir la reconnaissance.<sup>45</sup>

ARTICLE 19 estime qu'une lecture étroite des obligations positives requises au titre de l'Article 20(2) du PIDCP serait incompatible avec les clauses relatives à la non-discrimination prévues dans les Articles 2(1) and 26 du PIDCP. Ceux-ci garantissent à chaque individu une égale jouissance des droits stipulés dans le PIDCP et une égale protection de la loi, sans considération de la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres opinions, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Il semblerait incohérent d'interpréter de façon très large les protections contre la discrimination puis de restreindre arbitrairement la fonction protectrice de l'Article 20(2) du PIDCP uniquement à ces trois motifs reconnus. Par ailleurs, les interprétations nationales de l'obligation de protéger contre l'incitation ont retenu d'autres motifs que les trois éléments énoncés à l'Article 20.<sup>46</sup> ARTICLE 19 estime que l'instrument vivant que constitue le PIDCP doit être interprété à la lumière de ces évolutions.

Pour toutes ces raisons, ARTICLE 19 soutient fermement une interprétation de l'Article 20 qui fournit un cadre à l'interdiction de l'incitation reposant sur tous les motifs protégés reconnus par le droit international. Les dispositions de l'Article 20(2) du PIDCP et les

---

<sup>45</sup> Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus, A/RES/53/144, 8 mars 1999, [comme affirmé] dans la Résolution 64/163 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 mars 2010.

<sup>46</sup> Par exemple, dans un arrêt du 24 juin 1997, la chambre criminelle de la Cour de cassation française a fait une interprétation expansive de la notion de « groupe de personnes » figurant à l'article 24 de la Loi de 1881 sur la liberté de la presse, en précisant que « les étrangers résidant en France, lorsqu'ils sont visés en raison de leur non-appartenance à la nation française constituent un groupe de personnes au sens dudit article 24, alinéa 6 » qui pénalise l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence. Cité dans Louis-Léon Christians, Etude pour l'atelier sur l'Europe (9-10 février 2011, Vienne).

règlements respectifs des lois nationales doivent être considérés comme non exhaustifs ou doivent être interprétés de façon à inclure d'autres motifs (par exemple le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle, la tribu, la caste et autres). Même sans une interprétation large de l'Article 20(2) du PIDCP, les restrictions au « discours de haine » visant des individus et fondées sur d'autres motifs devraient être jugées légitimes dans la mesure où elles sont conformes à l'Article 19(3) du PIDCP.

### **Recommandation 3: l'incitation exige l'existence d'une intention**

Pour ARTICLE 19, l'intention d'inciter à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence constitue un élément fondamental et distinctif de l'incitation interdite à l'Article 20(2) du PIDCP et à l'Article 4(a) de la CERD. Si de nombreuses formes d'expression peuvent être offensantes et choquantes, les facteurs décisifs résident dans le fait que l'auteur des propos incitant autrui à la discrimination, à l'hostilité ou la violence a manifesté l'intention, non seulement de partager ses opinions avec d'autres personnes, mais aussi d'appeler ces dernières à commettre des actes fondés sur ces croyances, opinions ou positions.

Bien que la notion d'intention ne figure pas explicitement dans l'Article 20(2) et l'Article 4(a), ARTICLE 19 estime que le concept de « propagande » ou d'« appel » implique nécessairement une intention. ARTICLE 19 recommande que les législations nationales considèrent explicitement le délit d'incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence comme un crime intentionnel.<sup>47</sup> La culpabilité pénale, qui est moindre que l'intention (comme « l'imprudence » ou « la négligence »), ne serait pas, de ce fait, conforme au seuil prévu à l'Article 20(2).<sup>48</sup>

Les mécanismes internationaux et régionaux n'ont pas élaboré une définition complète de l'« intention » d'inciter à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Il n'existe pas non plus de définition uniforme de l'intention dans la législation et la jurisprudence internationales. Toutefois, l'examen des diverses définitions des délits criminels intentionnels dans les traités internationaux<sup>49</sup> et les législations nationales<sup>50</sup> démontre l'existence d'une

---

<sup>47</sup> Dans certaines juridictions, il est également question d'agir « volontairement » ou « délibérément ».

<sup>48</sup> ARTICLE 19 observe que de nombreuses législations nationales reconnaissent déjà l'intention comme un élément constitutif de l'incitation. C'est le cas notamment au Royaume-Uni, en Irlande, au Canada, à Chypre, Malte et au Portugal.

<sup>49</sup> Par exemple, le paragraphe 2 de l'Article 30 du Statut de Rome définit les éléments de l'intention comme suit : a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ; b) relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements. Voir le Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté par la Conférence des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale, 17 juillet 1998, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2002, disponible sur <http://www2.ohchr.org/english/law/criminalcourt.htm>.

Le code pénal modèle (Model Penal Code ou MPC) élaboré par l'American Law Institute en 1962 distingue les éléments suivants de l'intention au regard de l'aspect matériel d'une infraction (dans le MPC, les termes « délibérément », « intentionnellement » ou « avec l'intention de » ont la même signification) : a) si l'élément concerne la nature du comportement d'un individu ou la conséquence de ce comportement, l'objectif conscient de cet individu est d'avoir un comportement de cette nature ou de viser cette conséquence ; et b) si l'élément concerne les circonstances concomitantes, l'individu est conscient de l'existence de telles circonstances ou croit ou espère qu'elles existent. Voir dispositions du code pénal modèle, disponibles sur [http://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC\\_Provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules.htm](http://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_default_rules.htm).

approche commune consistant à considérer comme responsable toute personne qui a incité en connaissance de cause et dans l'intention de provoquer les éléments objectifs d'un crime.

ARTICLE 19 ne propose pas une définition uniforme de l'intention d'inciter. Toutefois, nous préconisons que les législations nationales définissent l'« l'intention d'inciter à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence » en fonction des éléments suivants:

- Volonté (effort délibéré) de s'engager dans la promotion de la haine ;
- Volonté (effort délibéré) de viser un groupe protégé sur la base de motifs illicites;
- Avoir connaissance des conséquences de ses actions et savoir que ces conséquences se produiront ou pourraient se produire dans le cours ordinaire des événements.

#### **Recommandation 4: L'interdiction de l'incitation engendre un éventail de mesures en complément des sanctions pénales**

ARTICLE 19 observe que l'Article 20(2) du PIDCP contraint les Etats à *interdire* l'incitation. Toutefois, cet article ne stipule pas explicitement que cette interdiction doit être prévue par le droit pénal. Cependant, l'Article 4(a) de la CERD appelle spécifiquement à pénaliser certains agissements.

ARTICLE 19 est d'avis que les Etats doivent recourir à divers moyens juridiques, y compris des mesures civiles, administratives et autres, pour interdire l'incitation. Les sanctions pénales doivent être réservées aux formes les plus graves d'incitation. Dans la plupart des cas actuels, il n'en est pas ainsi. Les Etats pénalisent un large éventail d'expressions de façon incohérente et inégale.<sup>51</sup>

ARTICLE 19 recommande aux Etats d'intégrer leur obligation d'interdire l'incitation au moyen d'une combinaison de mesures :

- ARTICLE 19 est convaincu que les efforts déployés pour remédier aux conséquences négatives de l'incitation (ainsi qu'à des formes moins poussées et moins sérieuses de « discours de haine ») doivent s'inscrire dans une politique globale visant à promouvoir à la fois le droit à la liberté d'expression et le droit d'être protégé contre la discrimination. Les Etats doivent par conséquent adopter un éventail de mesures politiques positives pour faire face aux formes de préjugés et intolérance dont le comportement illicite est symptomatique. Dans tous les cas, il convient de veiller plus

<sup>50</sup> Par exemple, le chapitre 8 de la loi sur la justice pénale de 1967 de Grande-Bretagne (UK Criminal Justice Act) définit la « preuve d'une intention criminelle » (Proof of criminal intent) comme suit: "Pour déterminer si un individu a commis une infraction, un tribunal ou un jury :—(a) ne doit pas être contraint par la loi d'en déduire que cette individu a eu l'intention ou a prévu les conséquences de ses actes uniquement parce que ces dernières découlent naturellement ou probablement de ces agissements ; mais (b) décidera s'il a véritablement eu l'intention ou a véritablement prévu ce résultat par référence à toutes les preuves, en tirant ces conclusions à partir des preuves comme approprié dans ces circonstances. Disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/80>.

Dans l'affaire *R. c. Keegstra*, la Cour suprême du Canada a affirmé que l'élément moral [intention] peut être confirmé uniquement lorsque l'accusé désire subjectivement la promotion de la haine ou prévoit que cette conséquence découlera ou risque certainement de découler d'un acte commis dans le but d'atteindre toute autre fin. *R. c. Keegstra*, 3 SCR 697 (1990), par. 111

particulièrement à encourager le dialogue et l'engagement plutôt qu'à éliminer des points de vue controversés.

- Lorsqu'elles ont été prouvées nécessaires et proportionnées, ces mesures politiques positives doivent être complétées par tout recours à des mécanismes juridiques restrictifs pour limiter le droit à la liberté d'expression. Toutefois, toute restriction de ce type doit satisfaire aux critères du triple test énoncé à l'Article 19(3) du PIDCP ; à savoir, elle doit être prévue par la loi, poursuivre un objectif légitime, et être nécessaire et proportionnée à l'objectif visé. Les Etats doivent envisager des restrictions limitant au minimum le droit à la liberté d'expression, comme celles prévues par le droit civil et administratif. Les Etats doivent fournir un éventail de réparations aux victimes - procédures en responsabilité civile, droit de correction ou droit de réponse.
- Seul « l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti »<sup>52</sup> doit être sanctionné par le code pénal. Les sanctions pénales doivent être considérées comme « des mesures en dernier ressort devant être appliquées dans des situations strictement justifiées et quand aucun autre moyen paraît capable d'exercer la protection désirée des droits individuels dans l'intérêt du public ». <sup>53</sup> Toutes ces mesures doivent faire explicitement référence à l'Article 20 du PIDCP et être fondées sur les interdictions de la propagande de haine qui constitue une incitation à l'hostilité, à la discrimination et à la violence. De plus, toutes les affaires faisant l'objet de poursuites au titre de ces mesures doivent être examinées à l'aune du test en six volets énoncé ci-dessous par ARTICLE 19.
- Le recours au droit pénal ne peut être une réponse par défaut lorsque des sanctions moins sévères peuvent aboutir au même effet. Par ailleurs, l'expérience de nombreuses juridictions montre que les sanctions civiles et administratives sont plus adaptées à l'« incitation ». <sup>54</sup> Ces sanctions sont aussi importantes parce qu'elles présupposent l'implication et la participation des victimes et prévoient des réparations pour elles.

Dans le même temps, ces sanctions doivent être mesurées afin d'éviter que des restrictions destinées à protéger des minorités contre des abus, l'extrémisme et le racisme, aient pour effet pervers de museler l'opposition et des voix dissidentes, faire taire les minorités, et renforcer l'idéologie et le discours politique, social et moral dominant. <sup>55</sup>

### Incitation à la discrimination

---

<sup>52</sup> *R c. Keegstra*, Cour suprême du Canada, [1990] 3 S.C.R. 697, 13/12/90, at 697 (Can.), para. 1

<sup>53</sup> Commission de Venise, *Rapport sur les relations entre liberté d'expression et liberté de religion*, 17-18 octobre 2008; disponible sur [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD\(2008\)026-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-AD(2008)026-e.pdf).

<sup>54</sup> Par exemple, il a été observé qu'au Brésil, le code pénal n'a pas été efficace en raison de la partialité institutionnelle des organismes chargés de l'application de la loi, alors que des sanctions ont été imposées dans des affaires civiles. Voir, Tanya Hernandez, *Hate Speech and the Language of Racism in Latin America*, 32 U. Pa. J. Int'l L. 805 2010-2011.

<sup>55</sup> *Ibid.*



L'incitation à la discrimination pose des problèmes spécifiques. ARTICLE 19 constate que les Etats ont une approche différente de l'interdiction de l'incitation à la discrimination et de la discrimination en tant que telle.

Dans de nombreux pays, la discrimination est sanctionnée par le code pénal. Dans d'autres, toutefois, elle ne constitue qu'une infraction administrative ou un comportement déclaré illicite par le droit civil. Dans les pays où les actes de discrimination ne font pas l'objet de sanctions pénales, il semble illogique que l'incitation à la discrimination doive être pénalisée par le code pénal.

### **Recommandation 5: L'Article 4(a) de la CERD doit être interprété à l'aune de l'Article 20(2) du PIDCP**

ARTICLE 19 note que les traités doivent être interprétés à l'aune des dispositions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.<sup>56</sup> La Convention de Vienne stipule qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »<sup>57</sup> et suivant toute pratique ou accord ultérieurs. Lorsque l'interprétation « laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable », des moyens complémentaires d'interprétation peuvent être utilisés.

ARTICLE 19 soutient que, conformément à la Convention de Vienne, l'Article 4(a) de la CERD doit être interprété « dans le respect » du droit à la liberté d'expression (tel qu'il est garanti par l'Article 5 de la CERD et l'Article 19 du PIDCP) et plus généralement dans le respect de tout accord ultérieur à l'adoption de la CERD, y compris le PIDCP.

ARTICLE 19 propose également que les dispositions relatives à la « dissémination d'idées fondées sur la supériorité raciale et la haine » et « toute assistance apportée à des activités racistes » soient interprétées étroitement, conformément au degré de gravité et au seuil définis à l'Article 20(2) du PIDCP. Seuls la dissémination d'idées ou le financement d'activités à très grande et grave échelle doivent être sanctionnés. Par ailleurs, les Etats doivent veiller à ce que toutes les interdictions imposées par la loi pour interpréter l'Article 4 de la CERD soient nécessaires et proportionnées à un but légitime et qu'elles incluent un élément d'intention pour entraîner une interdiction.

### **Recommandations pour la mise en œuvre de l'Article 20(2)**

L'examen des législations nationales à travers le monde<sup>58</sup> montre que les Etats ont une approche et une interprétation très différentes de l'obligation définie à l'Article 20(2) du PIDCP et – dans les affaires sans déclarations ni réserves – à l'Article 4(a) de la CERD. La

---

<sup>56</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1969, Articles 31 et 32; disponible sur [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf).

<sup>57</sup> *Ibid.*, Article 31 par. 1.

<sup>58</sup> Ces conclusions ont été tirées dans les études régionales commandées par l'OHCHR disponibles sur <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/ExpertsPapers.aspx>.



formulation prescrite est rarement, voire jamais, inscrite dans la législation nationale. En conséquence, l'interprétation de ces dispositions et le raisonnement juridique adopté par les autorités dans plusieurs pays semblent *ad hoc*, manquent de discipline ou de rigueur conceptuelle et vont au-delà de ce qui est proscrit à l'Article 20(2) du PIDCP et l'Article 4(a) de la CERD. De plus, cette législation excessivement large peut donner lieu à des interprétations très variées et souvent abusives.<sup>59</sup>

Pour remédier à ces incohérences, ARTICLE 19 propose que les Etats suivent les recommandations ci-dessous énoncées pour mettre en œuvre leurs obligations internationales au titre de l'Article 20.

### **Recommandation 6: Les législations nationales doivent prévoir une interdiction spécifique de « l'incitation » comme stipulé à l'Article 20(2) du PIDCP**

Les législations nationales doivent faire clairement référence à « l'incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence » (au lieu de mentionner un grand éventail d'interdictions vagues et multiples). L'usage de termes plus larges, ou la simple interdiction de « l'incitation à la haine » doivent être évités ou, à défaut, la législation doit spécifier qu'ils doivent être interprétés au sens de l'Article 20(2) du PIDCP. Dans l'absolu, le texte de loi devrait reconnaître explicitement qu'il vise à mettre en œuvre l'Article 20 du PIDCP.

Le droit à la liberté d'expression doit être explicitement protégé, conformément à l'Article 19 du PIDCP.

### **Recommandation 7: L'interdiction de l'incitation doit être conforme au triple test de la légalité, de la proportionnalité et de la nécessité**

Dans la mesure où elle limite la liberté d'expression, toute restriction liée à l'incitation doit être conforme au triple test énoncé à l'Article 19(3) du PIDCP. En tant que *lex specialis*, l'Article 20(2) impose aux Etats une obligation additionnelle et non substitutive. Cela implique qu'une telle restriction est légitime à condition de satisfaire aux critères des trois parties du test :

- L'ingérence doit être prévue par la loi. Cette obligation est satisfaite lorsque la loi est suffisamment accessible et « énoncée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »<sup>60</sup>.
- L'ingérence doit poursuivre un but légitime. La liste des objectifs énoncés dans les nombreux traités internationaux est exclusive au sens où aucune autre fin n'est considérée comme légitime et ne peut être un fondement pour restreindre la liberté d'expression.
- La restriction doit être nécessaire dans une société démocratique ou répondre à un besoin social pressant<sup>61</sup>, le terme "nécessaire" signifiant qu'il doit exister « un besoin

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Le Sunday Times c. Royaume Uni*, 26 avril 1979, Requête No. 6538/74, par. 49 (Cour européenne des droits de l'homme).

social pressant » d'imposer cette restriction. Les motifs d'interdiction donnés par l'Etat doivent être « pertinents et suffisants » et la restriction doit être proportionnée au but visé.<sup>62</sup>

ARTICLE 19 estime que le rôle du triple test est essentiel dans la construction d'un cadre juridique plus cohérent, dans lequel la liberté d'expression est respectée, protégée et soutenue tout en veillant à ce que des restrictions légitimes nécessaires limitent l'incitation à la haine.

### **Recommandation 8: Toutes les affaires d'incitation à la haine doivent être strictement évaluées à l'aune d'un test en six volets**

En vue de promouvoir une jurisprudence internationale, régionale et nationale cohérente sur l'interdiction d'incitation, ARTICLE 19 propose que toutes les affaires d'incitation soient évaluées au moyen d'un test d'incitation solide et uniforme. Ce test doit comprendre l'examen de tous les aspects suivants :

1. **Contexte** de l'expression;
2. **Auteur(e)** de l'expression;
3. **Intention** de l'auteur(e) de l'expression d'inciter à la discrimination, à l'hostilité et à la haine ;
4. **Contenu** de l'expression;
5. **Etendue et intensité** de l'expression (y compris son caractère public, son auditoire et les moyens de diffusion) ;
6. **Possibilité** que l'action promue se produise, y compris son **imminence**.

ARTICLE 19 juge que ces éléments sont essentiels dans la définition de l'incitation énoncée à l'Article 20(2) du PIDCP et, dans une grande mesure, à l'Article 4(a) de la CERD. Un examen au moyen de ce test garantirait que l'incitation à la haine est une infraction étroitement circonscrite, à laquelle les Etats ne recourent pas trop fréquemment. Cela démontrerait également la nécessité de mettre en place d'autres mesures et sanctions moins intrusives pour protéger la liberté d'expression.

Dans les chapitres suivants, ARTICLE 19 propose des mesures spécifiques pour chaque aspect du test, et d'autres mesures nécessaires à son application complète et cohérente par les autorités.

---

<sup>61</sup> *Zana c. Turquie*, jugement de la Grande Chambre du 25 novembre 1997, Requête No 18954/91 par. 51; *Lingens c. Austria*, jugement du 8 juillet 1986, Requête No 9815/82, par. 39-40.

<sup>62</sup> *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, Requête No. 9815/82, par. 39-40 (Cour européenne des droits de l'homme).

## Atteindre le seuil de gravité : le test d'incitation

---

En premier lieu, ARTICLE 19 reconnaît que toutes les affaires d'incitation doivent être examinées cas par cas. Le test est également destiné à fournir aux autorités judiciaires et aux acteurs principaux dans ce domaine un cadre général permettant de circonscrire les formes d'expression tolérées dans une société démocratique et les discours justifiant des sanctions prévues à l'Article 20 du PIDCP.

### Test UN: Le contexte

L'évaluation approfondie du contexte doit être la première étape d'un examen visant à déterminer si l'expression incriminée a atteint le seuil de gravité énoncé à l'Article 20(2) et à l'Article 4(a) de la CERD. Le contexte de l'expression peut avoir une incidence directe sur l'intention de l'auteur(e) et/ou sur la possibilité qu'un agissement illicite (discrimination, hostilité ou violence) se produise.

Dans l'absolu, toute analyse du contexte doit replacer les problèmes et éléments clés de l'expression dans le contexte socio-politique du moment où l'expression a été prononcée et diffusée.<sup>63</sup>

A une extrémité de l'échelle des possibilités, le contexte peut se caractériser par des actes de violence fréquents à l'encontre d'individus ou de groupes, fondés sur des motifs interdits ; la diffusion régulière d'articles de presse ou de programmes essentiellement négatifs sur/contre des groupes particuliers ; des conflits violents opposant divers groupes ou opposant des groupes et les forces de l'ordre ; des informations qui accroissent les niveaux d'insécurité ou de troubles au sein de la population.

A l'autre extrémité de l'échelle des possibilités, le contexte peut se caractériser par une situation relativement pacifique et prospère, avec peu ou aucun signe de conflit et peu ou aucune probabilité que se produisent des actes de discrimination, hostilité ou violence. A cet égard, l'un des aspects importants du contexte serait la mesure dans laquelle des idées opposées et alternatives sont présentes et disponibles.

De façon générale, l'analyse du contexte doit comprendre une réflexion sur les éléments suivants :<sup>64</sup>

- **Existence de conflits** au sein de la société. Les points à examiner sont l'existence de conflits antérieurs entre des groupes donnés ; des explosions de violence consécutives à

---

<sup>63</sup> Comme le souligne Toby Mendel, il est extrêmement difficile de tirer des conclusions générales à partir de la jurisprudence disponible sur les types de contextes le plus à même de promouvoir le résultat proscrit, bien que le bon sens puisse nous fournir quelques conclusions utiles. En effet, les cours internationales semblent parfois se reposer sur un échantillon de facteurs contextuels pour étayer leurs décisions au lieu d'appliquer une forme de raisonnement objectif pour déduire leurs décisions du contexte. Il se peut que l'éventail de facteurs incroyablement large qui constitue le contexte rende cela inévitable. Toby Mendel, *Etude des normes internationales relatives au génocide ou à la haine raciale (2006)*.

<sup>64</sup> Voir également, Susan Benesh, *Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide*, Virginia Journal of International Law, Vol. 48, No.3, 2008.

d'autres cas d'incitations ; la présence d'autres facteurs de risque de violence de masse, comme des structures démocratiques ou un Etat de droit faibles.

- **Existence et histoire de la discrimination institutionnalisée:** existe-t-il des inégalités structurelles et des discriminations à l'encontre d'un ou plusieurs groupes ? Quelle est la réaction à des discours de haine visant ce ou ces groupes ? Y a-t-il une large condamnation sociale de ces expressions ?
- **Histoire des confrontations et des conflits** portant sur des ressources entre le public ciblé par l'expression et les groupes visés : le public souffrait-il des conséquences de l'insécurité économique, par exemple d'une pénurie alimentaire, d'une pénurie de logement, du manque d'emplois, notamment en comparaison avec son passé récent ? Il importe également de déterminer si le public craignait des confrontations supplémentaires. La peur peut être objectivement raisonnable ou non ; son impact peut être également important et également exploité par un orateur convaincant.
- **Le cadre juridique**, en particulier celui qui s'applique à la non-discrimination et à la liberté d'expression, mais aussi qui régit l'accès à la justice.
- **Le paysage médiatique**, notamment la diversité et le pluralisme des médias dans le pays. Les questions à examiner sont la censure ; l'existence de freins à la création d'organes de presse ; les restrictions limitant l'indépendance des médias et des journalistes ; les restrictions larges et floues au contenu des informations ou des programmes diffusés ; les preuves de partialité dans l'application de ces restrictions. Il importe également de déterminer s'il y a une absence de critique à l'encontre du gouvernement ou de grand débats politiques dans les médias et autres moyens de communication ; et si le public peut facilement accéder à un éventail d'opinions et d'interventions alternatives.

### Test deux: L'auteur(e) des propos

Il convient également d'analyser l'identité de l'auteur(e) ou de la personne à l'origine des propos, en particulier sa position ou son statut et son influence dans la société. Les questions à examiner sont les suivantes :

- **Position officielle de l'auteur(e)/l'orateur ou oratrice** – Occupe-t-il(elle) un poste d'autorité vis-à-vis du public ;
- **Degré d'autorité ou d'influence de l'orateur/oratrice sur le public** et son charisme ;
- L'expression a-t-elle été prononcée individuellement dans le cadre de **fonctions officielles**, notamment si l'auteur(e) des propos occupe des fonctions particulières.

ARTICLE 19 estime qu'il convient de porter une attention particulière aux catégories d'orateurs / oratrices suivantes :

- **Personnes politiques/membres éminents de partis politiques:** il est fréquemment rappelé que les représentant(e)s politiques doivent s'abstenir de tenir des discours en

public susceptibles de provoquer des actes d'intolérance.<sup>65</sup> La jurisprudence internationale a reconnu que les partis politiques ont le droit de défendre leurs opinions en public, « même si certaines d'entre elles heurtent, choquent ou inquiètent une partie de la population », cependant, ils doivent éviter de le faire en recourant à « des mots ou des attitudes vexatoires ou humiliantes, car un tel comportement risque de susciter chez le public des réactions incompatibles avec un climat social serein et pourrait saper la confiance dans les institutions démocratiques ».<sup>66</sup>

- **Représentant(e)s publics ou ayant un statut assimilé:** Quand l'auteur(e) des propos est un/une représentant(e) public ou une personne dotée d'un statut particulier dans la société – par exemple une professeure ou un chef religieux -, il/elle peut déclencher des réactions plus virulentes dans la mesure où il/elle exerce une influence sur les autres.<sup>67</sup>

Comme l'ont souligné des experts, un examen de l'auteur(e) des propos exige nécessairement de porter une attention particulière au public, d'analyser des questions telles que le degré de vulnérabilité et les craintes des diverses communautés, dont celles ciblées par l'auteur(e) des propos, et la mesure dans laquelle le public se caractérise par un respect excessif de l'autorité, sachant que des facteurs de ce type peuvent rendre un public plus vulnérable à l'incitation<sup>68</sup>.

### Test trois: Intention

Comme souligné ci-dessus, ARTICLE 19 est fortement convaincu que l'incitation prévue à l'Article 20(2) du PIDCP ou l'Article 4(a) de la CERD requiert une intention de l'auteur(e) des propos, par opposition à une imprudence ou une négligence. Comme noté plus haut, ARTICLE 19 définit l'intention comme suit :

- Volonté (effort délibéré) de s'engager dans la promotion de la haine ;
- Volonté (effort délibéré) de viser un groupe protégé sur la base de motifs illicites;

---

<sup>65</sup> Commission de Venise, *op. cit.*; Principes de Camden, *op. cit.*.

<sup>66</sup> *Féret c. Belgium*, Requête No. 15615/07, arrêt du 16 juillet 2009, par. 77.

<sup>67</sup> Par exemple, dans l'affaire *Malcolm Ross c. Canada* – concernant des déclarations à l'encontre de personnes de confession juive – le Comité des droits de l'Homme a retenu le fait que l'auteur des propos incriminés était un enseignant. Le Comité a insisté sur le fait que l'exercice du droit à la liberté d'expression comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales découlant de l'exercice du droit à la liberté d'expression qui « ont une importance particulière dans le cadre du système scolaire, notamment lorsqu'il s'agit de l'enseignement destiné à de jeunes élèves » ;... l'influence qu'exercent les enseignants peut justifier l'imposition de restrictions afin de veiller à ce que le système scolaire n'accorde pas de légitimité à l'expression d'opinions qui sont discriminatoires » ; *Malcolm Ross c. Canada*, Communication No. 736/1997, 18 octobre 2000, para 11.6.

De même, dans l'affaire *Seurot c. France*, la Cour européenne des droits de l'Homme a insisté sur le fait que l'auteur des propos était un enseignant – « et en fait un professeur d'histoire » - dans une affaire où le requérant était l'auteur d'un article diffamatoire contre les populations nord-africaines, qui a été publié dans le bulletin d'information de son école. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé les « devoirs spéciaux et les responsabilités spéciales » incombant aux enseignants, qui sont des « symboles d'autorité pour leurs élèves dans le domaine de l'éducation ».

<sup>68</sup> Voir Susan Benesh, *Dangerous Speech: A Proposal To Tackle Violence*, 2011.

- Avoir connaissance des conséquences de ses actions et savoir que ces conséquences se produiront ou peuvent se produire dans le cours ordinaire des événements.

La preuve de l'intention constitue un problème complexe. A moins de confesser ou d'avouer ses débats psychologiques intérieurs, il sera toujours difficile de prouver un état d'esprit. En l'absence de reconnaissance de culpabilité ou de toute autre preuve flagrante, les autorités judiciaires doivent être flexibles et apprécier par elles-mêmes si les comportements attestent incontestablement de l'intention d'inciter à la haine chez l'auteur(e) des propos.

L'analyse de la jurisprudence internationale et comparative démontre que les tribunaux décident de l'existence ou non d'une intention après appréciation du cas et des circonstances considérés dans leur ensemble. Comme l'a observé la Cour européenne des droits de l'Homme,

[L]a Cour devra apprécier l'importante question de savoir si le sujet en cause, considéré dans son ensemble, paraissait d'un point de vue objectif avoir pour but la propagation d'idées et opinions racistes.<sup>69</sup>

Les éléments individuels examinés par la cour peuvent inclure les aspects suivants :

- **Langage utilisé par l'auteur(e) des propos:** Dans un certain nombre d'affaires, les autorités judiciaires peuvent juger de l'intention de l'auteur(e) des propos en s'appuyant sur la formulation de l'expression. Ils peuvent déterminer si le langage a été explicite ou s'il a été direct sans être explicite. Ils peuvent et doivent prendre en compte le ton du discours et les circonstances dans lesquelles il a été diffusé.<sup>70</sup> Ils peuvent considérer le

<sup>69</sup> *Jersild, op. cit.*, par. 31.

<sup>70</sup> Les affaires suivantes mettent en relief les débats sur la question de savoir si le comportement a été guidé par l'intention requise.

*Mugesera c. Canada*, une affaire portant sur l'ordre de déportation de Léon Mugesera, un dirigeant politique rwandais, pour incitation à la haine et suspicion de crime contre l'humanité en raison du rôle qu'il aurait joué dans le génocide rwandais. La Cour suprême du Canada a confirmé que « désir » du « message [de] raviver la haine » sera généralement déduit des propos tenus, et leur contenu doit être « plus qu'un simple 'encouragement' ou 'avancement' ». Voir *Mugesera c. Canada* (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [2005] 2 S.C.R. 91, 2005 SCC 39.

Dans l'affaire *Incal c. Turquie*, la Cour européenne a souligné la nécessité d'apprécier les preuves à leur juste valeur pour établir la véritable intention des demandeurs et l'intention ne peut être déterminée uniquement à partir du seul énoncé des propos. Elle a observé que l'"on ne saurait exclure que pareil texte cache des objectifs et intentions différents de ceux qu'il affiche publiquement. Toutefois, en l'absence de preuve d'une action concrète propre à démentir la sincérité du but affiché par les auteurs du tract, la Cour ne voit pas de raison de douter de celle-ci » See *Incal, op. cit.*, par. 51.

Même les déclarations apparemment explicites peuvent être interprétées. Par exemple, en février 2007, la Cour suprême de Pologne a décidé que le fait de tenir une pancarte avec la phrase « nous libérerons la Pologne des juifs » [entre autres] n'équivalait pas à une incitation à la haine. Se référant à la protection de la liberté d'expression, la Cour a décidé que la signification ordinaire du mot « libérer » et le recours au mode indicatif, par opposition au mode impératif, ne démontrait pas une intention d'inciter à la haine nationale. Voir *ECRI Report on Poland*, 2010, disponible sur [www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/countrybycountry/poland/POL-CbC-IV-2010-018-ENG.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/countrybycountry/poland/POL-CbC-IV-2010-018-ENG.pdf)

De même, dans l'affaire *Virginia c. Black et autres*, la Cour suprême des Etats-Unis a refusé de déduire la preuve de l'intention d'intimider à partir de la signification présumée de l'expression. Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné une loi pénalisant « tout individu... ayant pour intention d'intimider une personne ou un groupe... de brûler ... une croix dans le domaine d'autrui, sur une autoroute ou tout autre lieu public ». Cette loi spécifiait

contexte pour déterminer si l'intention était claire et dénuée d'ambiguïté pour son public. Pouvait-il avoir d'autres intentions que celle d'inciter à la haine ? Pouvait-il raisonnablement prévoir l'impact probable de ses propos ?

- **Objectifs visés par l'auteur(e) des propos:** Pour identifier l'intention, les tribunaux doivent également examiner l'objectif de l'auteur des propos et les motifs l'ayant poussé à s'exprimer ainsi. Si les tribunaux trouvent une raison autre que l'incitation à la haine, cette dernière peut ne pas être retenue ; par ailleurs, il convient également de ne pas retenir les accusations d'incitation quand une personne cherche à informer le public sur une question d'intérêt général pour d'autres raisons.<sup>71</sup> Ces dernières comprennent la

---

également que « tout acte consistant à mettre le feu doit constituer une preuve prima facie de l'intention d'intimider un individu ou un groupe ». Ces pratiques sont historiquement liées au Ku Klux Klan, qui a souvent brûlé des croix afin d'intimider des minorités et de les menacer de violences imminentes. Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a jugé la loi (et la condamnation de Black dans cette affaire) inconstitutionnelle du fait qu'elle ne permettait pas d'examiner les faits particuliers de chaque affaire. Elle a observé qu'une croix brûlée ne constituait pas toujours une tentative délibérée d'intimidation mais qu'elle pouvait être exploitée à d'autres fins comme un discours politique, ou l'expression d'une idéologie ou pour l'identité ou la solidarité de groupe

<sup>71</sup> Les affaires suivantes mettent en relief l'analyse des objectifs de l'auteur(e) des propos. Dans l'affaire dite *Tiririca* au Brésil, des poursuites pénales ont été intentées contre Francisco Everado Oliveira Silva (connu sous le nom de scène Tiririca), un comédien chanteur télévisé brésilien qui avait sorti un disque chez Sony Music intitulé « *Veja os Cabelos Dela* » (Regarde ses cheveux) en 1996. Cette chanson était une longue tirade contre l'odeur « puante » des femmes noires et la nature de leurs cheveux. Les accusations ont été levées par la Cour qui a considéré que cette chanson visait à divertir le public et qu'il n'y avait pas de réelle intention d'inciter à la discrimination contre les femmes noires. Voir Hernandez, *op. cit.*

Dans l'affaire *Jersild c. Danemark* impliquant un journaliste inculpé de complicité suite à la diffusion de propos racistes et extrémistes au cours d'une émission télévisée, la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu que le demandeur cherchait « à exposer ... des aspects spécifiques d'une question qui préoccupait déjà alors vivement le public ». La Cour européenne a soutenu que sa condamnation n'était pas un moyen proportionné de protéger les droits d'autrui, les propos ayant été tenus dans le cadre d'un programme d'information factuel portant sur les convictions racistes, bien que le demandeur ait sollicité ces mêmes contributions racistes et les ait éditées dans le but de privilégier les plus offensantes d'entre elles. *Op. cit.*

De même, dans l'affaire *Lehideux et Isorni c. France* concernant deux requérants impliqués dans l'Association pour défendre la mémoire du maréchal Pétain, la Cour a conclu qu'« il n'apparaît pas que les requérants aient voulu nier ou réviser ce qu'ils ont eux-mêmes appelé, dans leur publication, les 'atrocités' et les 'persécutions nazies', ou encore 'la toute-puissance allemande et sa barbarie'. En qualifiant de 'suprêmement habile' la politique de Philippe Pétain, les auteurs du texte ont plutôt soutenu l'une des thèses en présence dans le débat sur le rôle du chef du gouvernement de Vichy, la thèse dite du 'double jeu'. » La Cour européenne a jugé qu'en publiant ce texte litigieux, leur intention était de « créer un mouvement d'opinion qui, dans leur esprit, devait favoriser la décision de l'ouverture du procès en révision ». *Op. cit.*

Dans l'affaire *Aksu c. Turquie*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a souligné la nécessité d'examiner attentivement des restrictions à la liberté pour les universitaires de mener des recherches et de publier leurs conclusions. Dans cette affaire, la Cour européenne a examiné une plainte déposée par un citoyen turc d'origine rom contre trois publications financées par l'Etat (un livre et deux dictionnaires) comprenant des remarques et expressions traduisant un sentiment d'hostilité manifeste envers les Roms. Le requérant affirmait que les trois ouvrages contenaient des passages « humiliants et dévalorisants pour les Tsiganes », présentés comme des auteurs d'agissements illicites, tirant leurs revenus de « vols à la tire, de cambriolages et de trafic de stupéfiants ». Le dictionnaire donnait plusieurs significations du mot « Tsigane », dont, entre autres, « radin », et fournissait d'autres définitions d'autres expressions se rapportant aux Tsiganes comme « monnaie de tsigane » et « rose tsigane ». La Cour européenne a observé que dans plusieurs chapitres du livre en question, « l'auteur explique clairement que son intention est de permettre de mieux comprendre le monde inconnu de la communauté rom en Turquie, victime d'ostracisme et visée par des remarques dévalorisantes fondées principalement sur des préjugés ». <sup>71</sup> La Cour européenne a conclu qu'« en l'absence de tout élément de nature à démontrer que les



diffusion d'actualités, de recherches historiques ou les tentatives d'exposer des actes répréhensibles du gouvernement aux fins de redevabilité publique.

- **L'étendue et la répétition des propos:** L'intention peut également être déterminée en fonction de ce critère. Par exemple, si l'auteur(e) des propos les a répétés à plusieurs reprises ou dans la durée, il est plus probable qu'il y ait eu intention d'inciter à commettre certains agissements.

## Test quatre: Contenu

Le contenu de l'expression – ce qui a véritablement été dit ou fait – doit être la priorité suivante des délibérations de la cour. Pour tirer une conclusion, il est essentiel que les propos dépassent le seuil de gravité interdit par l'Article 20(2) du PIDCP ou l'Article 4(a) de la CERD.

L'analyse du contenu peut porter en priorité sur le contenu des propos, leur forme, leur style, les appels directs à la discrimination ou à la violence, la nature des arguments déployés ou l'équilibre entre ces derniers.

L'analyse des propos peut porter sur les aspects suivants :

- **Ce qui a été dit:** Il est particulièrement important de définir la mesure dans laquelle les propos impliquaient une quelconque incitation. Il y a incitation quand il y a appel direct à agir d'une certaine façon. Le tribunal doit définir si les propos appellent spécifiquement à la violence, à l'hostilité et à la discrimination. Quand ce genre d'appel à agir ne présente pas d'ambiguïté pour le public ciblé et qu'il ne peut être interprété autrement, il y a une présomption d'incitation au titre de l'Article 20.
- **Qui était visé/incité (le public):** Il importe de s'intéresser en priorité au public qui est véritablement visé par le discours – ceux que l'expression entend inciter à commettre des actes donnés. Il convient notamment d'analyser les références culturelles et linguistiques des groupes qui sont incités. L'analyse doit évaluer si « le discours atteste que le public était sérieusement menacé par le groupe des victimes ». <sup>72</sup>
- **Qui était visé (les victimes potentielles de la discrimination, de la violence et de l'hostilité):** Qui sont les groupes/communautés qui sont objets de haine dans l'expression ? Sont-ils directement ou indirectement nommés ? Il convient également de déterminer si le discours décrit les victimes potentielles comme des êtres autres qu'humains, en les comparant par exemple à de la vermine, des parasites, insectes ou

---

déclarations de l'auteur manquaient de sincérité », elle estimait que « l'intéressé s'était donné de la peine et qu'il n'était pas mû par des intentions racistes ». Comme mentionné précédemment, la Cour a également insisté sur le fait que l'expression incriminée était faite dans le cadre d'un travail universitaire. Voir *Aksu c. Turquie*, Requêtes nos. 4149/04 and 41029/04, arrêt de la Grande Chambre du 15 mai 2012.

<sup>72</sup> Autre caractéristique de l'incitation, la technique est connue sous le nom d'« accusation en miroir ». Tout comme l'autodéfense est une défense solide contre le meurtre, l'autodéfense collective donne une justification psychologique à la violence de groupe, même si l'allégation de l'autodéfense est fausse.



animaux ? C'est une caractéristique rhétorique<sup>73</sup> de l'incitation au génocide, et à la violence, dans la mesure où elle déshumanise la victime réelle ou potentielle.<sup>74</sup>

- **Comment cela a été dit (le ton):** Le test doit également tenir compte de la mesure dans laquelle le discours était provocateur et direct – sans inclure d'éléments atténuants et sans opérer une distinction entre l'opinion exprimée et le passage à l'acte fondé sur cette opinion. Les tribunaux doivent déterminer si l'expression contient un élément susceptible de stimuler positivement cette réaction chez autrui<sup>75</sup> et si elle peut pousser à commettre un acte illicite. La mesure dans laquelle le discours était provocateur et direct peut être également pertinente dans ce test.<sup>76</sup> Les tribunaux devraient également déterminer si le discours contient des phrases, des mots ou un langage codé revêtant des significations particulièrement chargées dans la compréhension de l'auteur des propos et du public.<sup>77</sup>
- **La forme de l'expression:** Lors de l'évaluation du contenu d'un discours, les autorités judiciaires doivent admettre que certaines formes d'expression ne laissent guère de place à des restrictions à la liberté d'expression.<sup>78</sup> Celles-ci doivent comprendre :
  - **Expression artistique:** La liberté d'expression artistique revêt une importance fondamentale dans une société démocratique. Un grand nombre d'œuvres artistiques peuvent expressément viser à provoquer des réactions très vives sans communiquer de message incitant à des agissements illicites. Elles peuvent constituer un sujet d'intérêt général et une forme de discours politique. Fondamentalement, il importe « d'examiner avec une attention particulière tout ingérence dans le droit d'un artiste à s'exprimer par ce biais ».<sup>79</sup>

<sup>73</sup> Ces caractéristiques sont examinées plus en détail dans *Vile Crime or Inalienable Right*, *op. cit.*

<sup>74</sup> Susan Benesh, 2011, *op. cit.*

<sup>75</sup> Cf. *Tung Lai Lam c. Oriental Press Group Ltd*, District Court (Hong Kong), [2011] HKEC, 27 janvier 2011.

<sup>76</sup> Par exemple, dans l'affaire *Ergin c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'Homme a observé que « si les propos contenus dans l'article litigieux donnent au récit une connotation hostile au service militaire, ils n'exhortaient pas pour autant à l'usage de la violence, à la résistance armée ou au soulèvement, et qu'il ne s'agit pas d'un discours de haine ». De même, dans l'affaire *Jersild*, la Cour européenne a tablé sur le fait que le requérant avait tenté de se démarquer de ces propos sans toutefois essayer de contrebalancer les idées extrémistes exprimées. Par exemple, il a introduit son émission en se référant aux récents débats publics sur le racisme au Danemark, décrivant les personnes interviewées comme membres d'un « groupe de jeunes extrémistes » et réfutant même certains de leurs propos ; *Jersild*, *op. cit.*, par. 33-34.

<sup>77</sup> « Ce type de langage codé... crée un lien encore plus étroit entre l'auteur des propos et le public. Nous en trouvons des exemples familiers dans l'expression 'se mettre au travail', un code utilisé pour désigner les meurtres durant le génocide rwandais, ou le mot 'inyenzi' (Kinyarwanda pour cafard), désignant les Tutsis voire même des non-Tutsis ayant des sympathies pour les Tutsis ». Susan Benesh

<sup>78</sup> Erdogan, *op. cit.*, par. 68.

<sup>79</sup> Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme à propos de l'affaire *Vereinigung Bildener Künstler c. Autriche*, *op. cit.*, par. 33. La Cour avait estimé qu'une injonction interdisant à une galerie d'art d'exposer un tableau litigieux, sans limite de temps et de lieu, était une entrave disproportionnée à son droit à la liberté d'expression. Le tableau représentant une caricature de différentes personnalités publiques était considéré par la Cour comme une forme importante de satire et de commentaire social visant à encourager l'ouverture d'un débat. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé de qualifier de discours de haine certaines œuvres littéraires d'auteurs turcs visant à décrire en des termes critiques la souffrance des conscrits de l'armée turque et

- **Discours d'intérêt général:** Il importe que les tribunaux établissent une distinction entre les publications exhortant à l'usage de la violence et celles offrant une critique originale sur un sujet d'intérêt général. Ce point revêt une importance particulière, notamment dans des campagnes électorales ou des débats politiques.<sup>80</sup> Il convient de différencier un discours qui exhorte à faire usage de la violence ou à commettre d'autres actes illicites et un discours qui offre une critique originale sur certains sujets.
- **L'expression religieuse:** Il importe de bien distinguer l'expression d'opinions ou la publication d'informations ou de convictions religieuses et l'incitation contre des croyants. ARTICLE 19 observe que toute insulte contre un principe, un dogme ou le représentant d'une religion ne constitue pas nécessairement une incitation à la haine contre ces croyants. De même, il est admis qu'une attaque contre un représentant de l'Eglise ne discrédite pas et ne rabaisse pas automatiquement une partie de la population en raison de sa foi, et que la critique d'une doctrine n'implique pas nécessairement des attaques contre des croyances religieuses.<sup>81</sup>
- **Recherches et discours universitaire:** Les recherches et le discours universitaire sont une autre forme d'expression dans laquelle des opinions extrémistes méritent elles aussi d'être protégées dans l'intérêt général. Cela doit inclure le débat polémique sur des événements historiques.<sup>82</sup>

---

de leur famille. Voir *Ergin c. Turquie (No 6)* arrêt du 4 mai 2006, Requête No 47533/99.

<sup>80</sup> Par exemple, dans l'affaire *Erbakan*, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que la sanction imposée au requérant pour la tenue d'un discours en public durant la campagne électorale était une violation de son droit à la liberté d'expression. La Cour a souligné qu'il fallait accorder la plus haute importance à « la liberté d'expression dans le contexte du débat politique » et a considéré qu'on « ne saurait restreindre le discours politiques sans raisons impérieuses ». *Op.cit.*

De même, dans l'affaire *Gündüz* portant sur des procédures pénales intentées contre un dirigeant de Tarikat Aczmendi (une communauté qui se qualifie de secte islamique) pour son apparition dans une émission télévisée, la Cour européenne a noté que le but de l'émission en question était de présenter la secte dont le requérant était le dirigeant. La Cour a également rappelé que ces opinions extrémistes étaient déjà connues, avaient fait l'objet de débats sur la scène publique et ont été exprimées dans le contexte d'un débat pluraliste auquel le requérant participait activement. *Op. cit.*, para 51.

<sup>81</sup> Voir *Klein c. Slovaquie*, arrêt du 31 octobre 2006, Requête No 72208/01 par. 51; *Giniewski c. France*, arrêt du 31 janvier 2006, Requête n° 64016/00, par. 51. Voir également l'arrêt *Gündüz c. Turquie, op. cit.*, dans lequel la Cour a stipulé que « le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un 'discours de haine' » dans le contexte particulier d'une émission qui avait pour but de présenter une secte religieuse. De même, dans l'affaire *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquie*, la Cour a estimé que les propos ayant « un caractère prosélytique de nature à insuffler superstition, intolérance et obscurantisme », « si choquants et offensants qu'ils puissent être », n'incitaient « nullement à la violence » et n'étaient pas « de nature à fomenter la haine contre les personnes qui ne seraient pas membres de la communauté religieuse en question ». *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. c. Turquie*, Requête No. 6587/03, arrêt du 27 novembre 2007, par. 30.

<sup>82</sup> Par exemple, dans l'affaire *Lehideux c. France*, la Cour a expliqué que les exigences de pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture dans une société démocratique sont telles qu'un débat portant sur des événements historiques doit être autorisé, bien qu'il ravive le souvenir de souffrances du passé et le rôle controversé du régime de Vichy dans l'Holocauste nazi ; voir *Lehideux c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, Requête No 24662/94, par. 55. De même, dans l'affaire *Aksu c. Turquie*, la Cour a évalué les passages incriminés d'une publication considérée offensante pour la communauté rom, non pas de manière isolée mais dans le contexte du livre dans son ensemble,

- **Déclarations de faits et jugements de valeur:** Il importe de différencier les déclarations de faits des jugements de valeurs car, s'il est possible de démontrer des faits, la véracité d'un jugement de valeur ne peut être prouvée. Comme il a été fréquemment observé dans la jurisprudence, la charge de preuve de la véracité d'un jugement de valeur est impossible à satisfaire et entrave la liberté d'opinion. Toutefois, même quand une expression équivaut à un jugement de valeur, un fondement factuel suffisant doit pouvoir l'étayer, faute de quoi elle sera jugée excessive.<sup>83</sup>

### Test cinq: Etendue et intensité de l'expression

ARTICLE 19 propose que l'examen de l'étendue et de l'intensité de l'expression soit un autre facteur important de l'appréciation du seuil d'incitation. Dans le cadre de cette évaluation, les autorités judiciaires doivent retenir, en particulier, trois éléments fondamentaux :

- Le caractère public de l'expression;
- Les moyens de diffusion de l'expression; et
- L'intensité de l'expression.

#### Caractère public de l'expression

ARTICLE 19 insiste sur le fait que la qualification d'incitation au titre de l'Article 20(2) du PIDCP et de l'Article 4(a) de la CERD exige que les propos soient adressés à un public non spécifique (le grand public) ou à un nombre d'individus dans un espace public. A tout le moins, un discours tenu dans un lieu privé doit être considéré en référence au droit à la vie privée, et son contexte dans pareils cas doit par conséquent constituer des circonstances atténuantes. Ce principe a déjà été explicitement reconnu dans plusieurs juridictions locales.<sup>84</sup>

Pour apprécier le caractère public d'une incitation, il importe de considérer les facteurs suivants:

- Si la déclaration ou la publication a été diffusée dans un environnement restreint ou si elle a été largement accessible au grand public;
- Si elle a été faite dans un lieu clos à entrée payante ou dans un espace public et libre ?

---

et a tenu compte des méthodes de recherches utilisées par l'auteur de la publication. En particulier, la Cour a observé que l'auteur avait déclaré avoir collecté des informations auprès des membres de la communauté rom, des autorités locales et de la police. L'auteur a également déclaré avoir vécu avec la communauté rom afin d'observer leur mode de vie conformément aux principes de l'observation scientifique ; *Aksu c. Turquie, op.cit.*

<sup>83</sup> Par exemple, dans l'affaire *Incal c. Turquie*, la Cour européenne n'a pas retenu la qualification d'incitation dans la mesure où le tract incriminé exposait « des événements avérés présentant un certain intérêt pour l'opinion publique », c'est-à-dire des mesures administratives et municipales prises par les autorités, notamment contre les marchands ambulants de la ville d'Izmir; *Incal, op.cit.*, par. 50. Dans l'affaire *Aksu c. Turquie*,<sup>83</sup> concernant la formulation employée dans le dictionnaire, la Cour a observé que les expressions en question faisaient partie du langage courant turc. La Cour a de ce fait conclu que quoique « humiliantes et insultantes », les expressions relevaient néanmoins du langage courant en Turquie et n'étaient pas interdites ; *Aksu, op.cit.*

<sup>84</sup> En Europe, les exceptions comprennent l'Albanie, l'Estonie, Malte, la Moldavie, le Montenegro, les Pays-Bas, la Pologne, la Serbie, la Slovaquie et l'Ukraine, ainsi que le Royaume-Uni à l'exception des lieux d'habitation privés.

- Si elle est adressée à un large public (le grand public);
- Si elle est adressée à un nombre d'individus dans un lieu public;
- Si elle est adressée à des membres du grand public.

Il est évident que dans de nombreuses circonstances, l'Internet doit être considéré comme un espace public. Néanmoins, cette question n'est pas simple, compte tenu, par exemple, du problème complexe des sites « privés »<sup>85</sup>.

De l'avis d'ARTICLE 19, le lien entre l'élément de l'étendue de l'expression et les dispositions associées au droit à la protection de la vie privée doit être maintenu de façon cohérente.

### **Moyens de dissémination de l'expression**

Les autorités doivent examiner le moyen de communication employé pour diffuser le message, par exemple, la presse écrite, les médias audiovisuels, une œuvre d'art ou un livre.

Comme l'a souligné la Commission de Venise, il est important de déterminer si l'expression a été diffusée dans un environnement restreint ou largement accessible au public, si elle est intervenue dans un lieu clos à entrée payante ou dans un endroit public et libre d'accès. Quand, par exemple, une déclaration a été diffusée dans les médias, il est particulièrement important de connaître l'impact du média en question. Il importe de noter que:

...l'on s'accorde à dire que les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite ; par les images, les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer.<sup>86</sup>

Concernant les médias utilisés, ARTICLE 19 note qu'il convient d'examiner attentivement la liberté des médias dans la société concernée. Comme l'observe la jurisprudence internationale, « si la presse ne doit pas franchir les bornes fixées en vue, notamment, de la protection des intérêts vitaux de l'Etat, (...) il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur des questions politiques, y compris sur celles qui divisent l'opinion. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. La liberté de recevoir des informations ou des idées fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants ».<sup>87</sup>

### **Etendue et intensité de l'expression**

Il importe enfin d'examiner l'intensité ou l'ampleur de l'expression, en termes de fréquence, quantité et étendue des publications, par exemple s'il s'agit d'un tract ou d'une émission diffusée dans les grands médias, d'une seule publication ou de plusieurs, etc.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Dans l'affaire *Jones c. Toben*, la Cour fédérale australienne, estimant que toute publication en ligne non protégée par un mot de passe est un « acte public », a conclu que les documents publiés sur la toile constituaient une violation directe de la Section 18C du *Racial Discrimination Act* de 1975 (loi contre la discrimination raciale) et en a demandé la suppression. Jeremy Jones et le Conseil exécutif de la communauté juive australienne ont attaqué en justice Frederick Toben, directeur de l'Adelaide Institute, suite à la diffusion sur son site de documents négationnistes.

<sup>86</sup> Commission de Venise, Op cit.

<sup>87</sup> *Halis Doğan c. Turquie*, N° 71984/01, 7 février 2006.

<sup>88</sup> Par exemple, dans l'affaire *Féret c. Belgique*, le président du parti belge *Front national* a été condamné pour

## Test Six: Probabilité d'un préjudice, y compris son imminence

ARTICLE 19 suggère que la probabilité du préjudice causé par l'auteur(e) des propos soit également établie pour mesurer le degré de gravité. L'objectif est d'évaluer le lien de cause à effet entre la publication de l'expression et sa perception par le public ainsi que son impact potentiel sur ce dernier.

Notons qu'un certain nombre de législations nationales retiennent des circonstances aggravantes lorsque l'incitation a effectivement provoqué des violences. Toutefois, ARTICLE 19 observe que l'incitation, par définition, est une infraction inchoative. L'action préconisée dans le discours d'incitation ne doit pas forcément être commise pour qu'il y ait incitation. Cependant, il faut pouvoir identifier un certain degré de risque d'un préjudice. Cela signifie que les tribunaux devront décider qu'il y a une probabilité raisonnable que le discours ait réussi à inciter le public à la discrimination, la violence ou l'hostilité envers un groupe de victimes, et reconnaître que ce lien de causalité doit être considéré comme direct.

Les critères d'appréciation de la probabilité ou du risque de discrimination, d'hostilité ou de violence devront être établis au cas par cas. Toutefois, les tribunaux peuvent prendre en considération les critères suivants :<sup>89</sup>

- Le discours a-t-il été perçu par son public comme un appel à commettre des actes de discrimination, de violence ou d'hostilité ?
- L'auteur des propos est-il apte à exercer une influence sur le public ?
- Le public a-t-il eu les moyens de recourir à l'action préconisée, et de commettre des actes de discrimination, violence et hostilité ?
- Le groupe des victimes visé a-t-il souffert ou été récemment la cible de discrimination, violence ou hostilité ?

En ce qui concerne le public, ARTICLE 19 suggère que le test porte sur la question de savoir si un spectateur ordinaire raisonnable comprend à partir de l'acte public qu'il/elle a été

---

incitation en public au racisme, à la haine et à la discrimination après avoir distribué des tracts durant une campagne électorale. Ces tracts accusaient les populations immigrées d'être animées par des intentions criminelles et de chercher à exploiter les aides sociales des Belges en vivant en Belgique. Ils avaient également pour slogans "Les Belges et les Européens d'abord!" ou "Attentats aux USA : c'est le couscous clan" et associaient toute la communauté musulmane au terrorisme. La Cour européenne a observé qu'un tel langage était susceptible d'instiller ou de nature à susciter des sentiments de rejet, d'hostilité et de haine à l'encontre de la communauté visée. *Féret, op.cit.*, par. 77.

De même, dans l'affaire *Le Pen c. France* (dans une affaire déclarée irrecevable par la Cour européenne), Le Pen, président du Front national, avait été condamné à payer une amende de 10 000 euros pour provocation à la discrimination, la haine et la violence pour avoir tenu certains propos sur les musulmans dans un entretien au quotidien *Le Monde* et pour ses commentaires sur l'amende qui lui a été infligée. Dans sa décision sur la recevabilité, la Cour européenne a jugé que ses propos étaient susceptibles de donner de la communauté musulmane dans son ensemble une image négative et inquiétante pouvant susciter un sentiment de rejet et d'hostilité. Il a été jugé que Le Pen opposait les Français en tant que groupe à une communauté dont l'appartenance religieuse était expressément mentionnée et dont la forte croissance pouvait constituer une menace, déjà présente, pour la dignité et la sécurité des Français. *Le Pen c. France* (18788/09), décision sur la recevabilité, 20 avril 2010.

<sup>89</sup> Adapté de Susan Benesh, *op.cit.*

incité(e) à commettre des actes de haine.<sup>90</sup> En conclusion, il faut trouver au moins un *niveau de probabilité certain et spécifique* que les propos publiés ou diffusés gagneront un certain crédit, et qu'ils entraîneront un résultat concomitant de discrimination, hostilité ou même violence à l'encontre du groupe protégé dans la société.<sup>91</sup>

De plus, ARTICLE 19 soutient que la possibilité d'un préjudice doit être **imminente**. L'instantanéité avec laquelle les actes préconisés par le discours (discrimination, hostilité ou violence) et appelés à être commis doit être jugée pertinente.

ARTICLE 19 ne propose pas un laps de temps précis pour cet aspect du test, l'imminence devant toujours être établie cas par cas.

Cependant, il semble important que les tribunaux garantissent que le délai écoulé entre la tenue du discours d'incitation et le moment où les actes préconisés peuvent se produire ne soit pas long au point que l'auteur des propos ne puisse être raisonnablement tenu responsable du résultat final. Un laps de temps trop long entre le message incitatif et le temps nécessaire pour commettre l'acte pourrait invalider l'imminence. Par conséquent, une incitation à commettre un acte illégal dans un futur indéfini ne pourrait donner lieu à des sanctions pénales.

---

<sup>90</sup> *Ekeruani c. Network Ten Pty Ltd*, [2008] NSWADT 334, 18 novembre 2008, 16 décembre 2008.

<sup>91</sup> La Cour européenne a jugé irrecevables plusieurs cas de propagande haineuse faute de preuve de prévisibilité/impact du discours. Si la plupart fournissaient peu d'indications pour justifier leurs allégations d'un impact, beaucoup renvoyaient à l'Article 14 ou à l'Article 17 de la Convention. La Cour européenne a conclu que du point de vue de la liberté d'expression, le lien de causalité est à cet égard très important... Si certaines expressions ne sont pas susceptibles de provoquer un résultat proscrit – qu'il s'agisse d'un génocide, d'autres formes de violence, de discrimination ou de haine –, l'imposition de sanctions ne contribuerait pas à éviter d'aboutir à ce résultat et par conséquent ne peut être jugée efficace. Si, d'autre part, un degré suffisant de causalité ou de risque de provoquer ce résultat peut être établi entre les déclarations et le résultat proscrit, des sanctions peuvent être justifiées. Toby Mendel, *Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred* (2006), p.50. Dans au moins un cas impliquant des allégations d'incitation à la haine, la Cour européenne a jugé, en fait, qu'il y avait eu violation du droit à la liberté d'expression fondée sur le fait que l'expression incriminée n'avait pas engendré un risque véritable de préjudice. Dans l'affaire *Erbakan c. Turquie*, la Cour européenne a décidé qu'il n'était pas établi qu'au moment des poursuites à l'encontre du requérant, le discours incriminé engendrait un « risque actuel » et un danger « imminent » pour la société... ou qu'il était susceptible de le faire. *Op.cit.*

## Sanctions et autres mesures

---

Quand les autorités concluent que les six critères du test d'incitation énoncé dans le chapitre précédent sont remplis, l'étape suivante consiste à déterminer les sanctions appropriées. Comme recommandé ci-dessus, ARTICLE 19 estime que les obligations d'interdire l'incitation contraignent les Etats à introduire une variété de mesures et sanctions. Le choix de ces sanctions doit être guidé par une évaluation du degré de gravité de l'infraction.

ARTICLE 19 est convaincu que les Etats doivent utiliser en priorité un éventail de sanctions civiles et administratives : nous rappelons que le test de nécessité exige d'utiliser les moyens les moins intrusifs pour restreindre une expression aux fins de protection de l'intérêt public et des intérêts privés. De telles restrictions doivent néanmoins satisfaire aux critères du triple test énoncé à l'Article 19(3) du PIDCP.

Les Etats doivent imposer des sanctions pénales uniquement dans les cas d'incitation les plus graves, où les autorités ont conclu que l'incitation avait atteint le plus haut degré de gravité. Si un tribunal estime les critères du test ne sont que partiellement satisfaits, il convient de rejeter la requête et de recourir à d'autres moyens que le droit pénal.

Le recours à des sanctions pénales ne doit pas être une réponse par défaut à des incitations si des sanctions moins lourdes peuvent aboutir au même effet. De plus, l'expérience de nombreuses juridictions montre que les sanctions civiles et administratives sont des réponses plus adaptées aux préjudices causés par le « discours de haine ».<sup>92</sup> Ces types de sanctions sont également importants parce qu'ils présupposent l'implication et la participation des victimes et prévoient des réparations spécifiques à leur attention.

### Sanctionner l'incitation par des recours au civil

ARTICLE 19 estime que les recours civils présentent l'avantage de permettre à des victimes d'incitation de chercher plusieurs formes de réparations qui ne sont pas généralement disponibles dans le droit pénal. Pour déterminer le seuil à partir duquel les recours civils représentent une réponse appropriée à l'incitation, il faut prêter la plus grande attention au triple test énoncé à l'Article 19(3) du PIDCP. De même, il convient d'accorder une importance particulière aux critères énoncés ci-dessus pour déterminer l'« incitation » en vertu du droit pénal (voir ci-dessous).

Les recours civils devraient s'intégrer dans un cadre anti-discrimination global qui devrait inclure les éléments suivants :<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Par exemple, au Brésil, il est prouvé que le droit pénal n'a pas été efficace en raison de la partialité institutionnelle des organes chargés de l'application de la loi, alors que des sanctions ont été imposées efficacement dans des procédures civiles. Voir Tanya Hernandez, *Hate Speech and the Language of Racism in Latin America*, 32 U. Pa. J. Int'l L. 805 2010-2011.

<sup>93</sup> Cette proposition s'appuie sur les obligations énoncées par la directive sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (2000/43/EC); disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>.



- Protection contre la discrimination dans l'accès à l'emploi et à la formation, à l'éducation, à la protection sociale, à l'affiliation à des organisations et dans l'accès aux biens et services;
- Définition des notions de discrimination et de harcèlement directs et indirects;
- Action positive en vue d'assurer la pleine égalité dans la pratique;
- Le droit d'engager des procédures judiciaires ou administratives, avec des sanctions appropriées contre ceux responsables de la discrimination;
- Des exceptions limitées au principe de l'égalité de traitement (lorsqu'une différence de traitement fondée sur la race ou l'origine constitue une exigence professionnelle essentielle);
- Une charge de la preuve partagée dans les procédures civiles et administratives : les victimes doivent fournir des preuves de l'allégation de discrimination et les accusés doivent prouver la non-violation du principe de l'égalité de traitement.

Les différentes formes de réparations sont les suivantes:

- **Un dédommagement** sous forme de réparation pécuniaire ou non pécuniaire.<sup>94</sup> De même, l'attribution d'indemnités doit être proportionnée, prudemment et strictement justifiée et motivée de manière à ne pas avoir un effet collatéral dissuasif sur l'exercice du droit à la liberté d'expression.
- **Droit de rectification ou de réponse:** Le droit de rectification ou de réponse est une réparation souvent adéquate dans la mesure où il constitue une immixtion minimale dans le droit à la liberté d'expression. Le droit de réponse accorde à tout individu le droit de publier une réponse dans l'organe de presse qui a diffusé ou publié une information incorrecte ou fallacieuse et qui a de ce fait enfreint un droit protégé de cette personne, et où la correction peut raisonnablement réparer le tort causé. Ce recours a également pour effet d'encourager le dialogue au lieu de le restreindre.<sup>95</sup>

L'efficacité des recours civils peut être maximisée en accordant aux ONG la capacité d'engager des actions civiles dans des cas pertinents.<sup>96</sup> De plus, la législation doit autoriser des recours collectifs dans le domaine de la législation contre la discrimination et pour la protection de l'égalité.

## Sanctionner l'incitation en recourant au droit administratif

ARTICLE 19 estime aussi qu'il faut accorder une attention particulière aux sanctions administratives, en particulier pour faire appliquer des réglementations mises en place par des conseils de la communication, de l'audiovisuel et de la presse, des autorités chargées de la protection des consommateurs ou toute autre autorité de régulation.

Concernant les représentants politiques, les agents publics et les fonctionnaires (comme les enseignants), les codes de conduite officiels et la réglementation de l'emploi doivent être

---

<sup>94</sup> Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation No. R 97 (20) sur le discours de haine, Principe 2.

<sup>95</sup> *Ibid.*, Principe 2. Egalement Principes de Camden, *op.cit.*, Principe 7.

<sup>96</sup> *Ibid.*



appuyés par un cadre de suivi pour les sanctions administratives. Ces mesures doivent soutenir le principe que des agents publics de tous niveaux doivent éviter, autant que possible, de faire des déclarations qui encouragent la discrimination ou portent atteinte à l'égalité et la compréhension entre les cultures. Elles doivent également inclure des codes d'intégrité pour les députés et les membres des partis politiques.

On peut considérer qu'une injonction de publier des excuses publiques équivaut à une réparation, sans que ces excuses ne doivent pour autant supposer automatiquement la perte de culpabilité.

Concernant les organismes de radiodiffusion du service public, un cadre de suivi des sanctions administratives peut appuyer l'obligation d'éviter de diffuser des stéréotypes négatifs d'individus ou de groupes. Les sanctions administratives peuvent comprendre l'obligation de publier des excuses ou une rectification ou de fournir un droit de réponse ; l'obligation d'allouer des temps d'antenne pour communiquer les résultats d'une décision administrative; ou l'imposition d'amendes.

## **Autres recours**

Outre les recours civils et administratifs, ARTICLE 19 recommande aux Etats de prendre en considération un éventail plus large de réparations possibles dans les affaires de violence ou de discrimination visant des minorités ou des communautés marginalisées.

D'autres formes de réparation telles que la médiation et d'autres formes de résolution de conflit garantissant la pleine participation des victimes ou des personnes touchées peuvent également corriger certaines lacunes des systèmes civil et administratif. Bien que la participation des victimes soit attendue dans des recours au civil (par exemple dans des affaires civiles, c'est la victime qui doit engager une procédure pour discrimination ou une action en justice individuelle), dans de nombreux cas, les possibilités de réparation sont limitées en raison du coût élevé des frais de justice et du manque d'accès à des aides juridiques.

A cet égard, ARTICLE 19 suggère que les Etats prennent également en considération l'expérience des mécanismes de vérité et réconciliation qui ont gagné en importance dans les pays africains. Nous ne prétendons pas que ces procédures doivent se substituer aux procédures juridiques existantes mais qu'elles doivent les compléter. Nous observons qu'un des facteurs clés de ces mécanismes a été la reconnaissance de la nécessité de rétablir la dignité humaine des victimes, à la fois aux yeux de la société et à leurs propres yeux. Il a été également reconnu que la participation directe des victimes dans ce processus permettait d'exposer leurs points de vue, non sous la forme de statistiques ou de rapports nationaux, mais directement par la voix humaine. Pour la toute première fois, des victimes de violations ont pu saisir une chance d'être reconnus par des Etats anciennement hostiles. Dans de nombreux cas, cela a abouti à une reconnaissance publique des violations commises par les responsables (contrairement aux procédures criminelles) et cela a engendré une réponse généreuse des personnes injustement traitées et effectivement deshumanisées par le passé.

L'implication des victimes et leurs points de vue sont également importants pour favoriser le dialogue et l'éducation de la société. Il est important de souligner que certaines commissions de vérité et réconciliation (par exemple en Afrique du Sud) ont été également chargées de

développer des politiques à long terme de réparation et de recommandations dans ce domaine. Les procédures de vérité et réconciliation ont également favorisé la transparence, signifiant que la vérité, la guérison et la réconciliation n'étaient pas limitées à un petit groupe mais à une large population.

### **Autres mesures**

Pour garantir une interprétation uniforme et cohérente des principes fondamentaux régissant l'interdiction de l'incitation et la mise en œuvre des six critères du test d'incitation énoncé ci-dessus, ARTICLE 19 recommande également que les Etats considèrent avec une attention toute particulière des mesures supplémentaires pour interdire et sanctionner des incitations.

### **Programmes de formation sur les critères de l'incitation**

ARTICLE 19 estime que les autorités judiciaires, les autorités chargées de l'application de la loi et autres organismes doivent pouvoir bénéficier d'une formation générale et régulière sur les normes de l'incitation.

ARTICLE 19 pense que le rôle des tribunaux et des autorités chargées de l'application de la loi est fondamental dans la mise en œuvre des obligations relatives à l'incitation, qu'il existe ou non une législation spécifique ou une jurisprudence sur cette question. A cet égard, nous tenons à souligner les obligations découlant du PIDCP et s'appliquant non seulement aux autorités exécutives et législatives d'un Etat, mais aussi aux autorités judiciaires, comme indiqué par les autorités internationales et la jurisprudence

### **Prise en considération des points de vue des victimes**

ARTICLE 19 recommande que les tribunaux, les autorités chargées de l'application de la loi et les organes publics prennent en considération un éventail de sources lorsqu'ils répondent à des cas d'incitation par des sanctions pénales.

Le point de vue des victimes doit être également pris en considération dans les procédures pénales : nous observons que dans ces procédures, c'est l'Etat (l'accusation ou la police) qui examine l'affaire pour le compte de groupes de victimes souvent non identifiés, lesquels ont un apport limité ou nul dans les procédures. Dans des affaires criminelles, les victimes peuvent uniquement comparaître comme témoins, et non comme des participants ou des parties. Les tribunaux et autres autorités doivent tenter d'impliquer les victimes dans les procédures, par exemple, en faisant appel à des interventions de tierces parties sous forme d'*amicus curiae* par des représentants des divers groupes concernés. Ces mesures pourraient renforcer la quête intellectuelle, juridique et pratique de la justice

## Conclusion

---

En guise de conclusion, ARTICLE 19 souhaite que les recommandations proposées dans ce document contribueront à dissiper la confusion mondiale et nationale qui règne actuellement dans la mise en œuvre et l'interprétation des obligations internationales des Etats en matière d'interdiction de l'incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence.

En créant un nouveau test en six volets, nous visons à fournir aux Etats les moyens d'éviter des interdictions d'incitations à la fois vagues et excessives, fréquentes dans de nombreuses lois nationales, et des interprétations incohérentes et restrictives, non moins fréquentes dans ces textes. Nous pensons que l'utilisation de ce test aidera les Etats à étudier des cas d'incitation et à déterminer quand une expression particulière atteint le seuil de gravité de l'incitation à la haine.

Si les Etats recourent à ce test tout en développant un éventail approprié de mesures, y compris des sanctions – principalement civiles et administratives – pour mettre en œuvre leurs obligations de façon cohérente, nous aurons contribué à garantir que tous les individus où qu'ils soient seront aptes à jouir à la fois de leur droit à la liberté d'expression et de leur droit à l'égalité.