



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

La criminalisation des « discours de haine »

Maxime Brenaut

DANS **Varia** 2023/2, PAGES 291 À 322

ÉDITIONS **Revue internationale de droit comparé**

ISSN 0035-3337

DOI 10.3917/ridc.752.0072

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-compare-2023-2-page-291?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Société de législation comparée.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LA CRIMINALISATION DES « DISCOURS DE HAINE »

Maxime BRENAUT*

1. Eu égard à son apparente imprécision, le syntagme « discours de haine », qui fait désormais florès en France par suite de l'importation (inéluclable ?) de la notion anglo-saxonne de *hate speech*, ne peut – ne doit –, de prime abord, que susciter la méfiance du pénaliste. Et, de fait, le droit positif a longtemps négligé cette appellation d'origine plus ou moins contrôlée, sans pour autant se désintéresser des discours qui seraient motivés par « la haine » ou chercheraient à l'attiser lorsqu'elle se teinte d'un mobile ségrégationniste. Ce n'est que tout récemment que la locution « discours de haine » a fait son entrée dans la législation, au sein de l'intitulé de l'un des chapitres de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République¹. Si cette adoption formelle de la formule ne la rend pas plus claire, elle invite peut-être à la tenir pour une nouvelle catégorie juridique dont les contours devront être précisés. À cet égard, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme² avait, dès 2015, donné des pistes de définition des « discours de haine » : « une notion générique permettant d'englober toutes les formes d'expression objectivement considérées comme offensantes et encourageant le mépris, voire l'hostilité ou la violence, envers les ethnies, les groupes religieux, les femmes et plus généralement toutes les minorités (genre, orientation sexuelle, etc.) ». Le motif « ségrégationniste » semble bien donner sa particularité à cette « haine » caractérisant le discours, telle que la concevait déjà le droit français. Dans quelle mesure, alors, la « haine » – un simple sentiment, donc – affecte-t-elle un discours au point de disqualifier ou limiter le principe essentiel,

* Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université de Bordeaux.

¹ « Chapitre IV – Disposition relatives à la lutte contre les discours de haine et les contenus illicites en ligne ».

² *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur Internet*, 12 févr. 2015.

civilisationnel serait-on tenté d'écrire, de liberté d'expression que convoque immanquablement ledit mot « discours » ? La question ne peut, à ce stade, se poser qu'en ces termes tant il est indispensable, à qui souhaite entamer une réflexion sur le sujet, de rappeler *in limine* cette évidence – mais s'agit-il encore d'une évidence ? – qu'en la matière, comme en d'autres, c'est la liberté qui est le principe, pour ne confiner les incriminations qu'à leur statut d'exceptions ponctuelles.

2. L'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui a valeur constitutionnelle, lève tout doute sur ce point, qui consacre très solennellement et largement « la libre communication des pensées et des opinions » comme l'un « des droits les plus précieux de l'Homme³ : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». C'est dire que la criminalisation des « discours de haine » implique, pour demeurer conforme à la Constitution, que les « discours de haine » en question correspondent non seulement à des « abus » de la liberté d'expression⁴ mais encore à des abus dont les auteurs doivent répondre pénalement, dans le seul et strict périmètre des « cas déterminés par la Loi ». En d'autres termes, la limitation par le droit pénal de la liberté d'expression

³ Et cette liberté « est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (Cons. const., n° 2015-512 QPC, 8 janv. 2016).

⁴ Cette hypothèse, apparemment univoque, de l'abus renvoie, en droit européen, à deux hypothèses distinctes. Premièrement, l'hypothèse combinée des articles 10§1 (« toute personne a droit à la liberté d'expression ») et 17 (« interdiction de l'abus de droit » et donc de l'abus de droit à la liberté d'expression) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales aboutit à la théorie de l'abus du droit à la liberté d'expression, qui permet à la CEDH de déclarer une requête irrecevable, sans avoir à contrôler la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte alléguée par le requérant, car l'article 17 a pour but d'empêcher de voir la Convention instrumentalisée par des personnes entendant tirer d'elle un droit aux fins « de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus » par la Convention. Cette première hypothèse tend à s'appliquer aux « discours de haine » les plus radicaux, ceux qui sont dirigés « contre les valeurs qui sous-tendent la Convention » (CEDH, 18 mai 2004, *Seurot c/ France*). Deuxièmement, l'hypothèse, différente, de l'article 10§2 consiste à admettre, en dérogation au principe de liberté d'expression, des « restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Cette seconde hypothèse implique, de la part de la Cour, un contrôle de nécessité et de proportionnalité et a vocation à s'appliquer au discours qui, « bien que haineux, n'est pas destructeur des valeurs fondamentales sur lesquelles repose la Convention » (« Fiche thématique – Discours de haine » éditée par l'Unité de presse de la CEDH) – c'est-à-dire un discours « pas suffisamment grave » pour relever de l'article 17 (v. CEDH, 10 juill. 2008, *Soulas c/ France*). La nuance n'est pas toujours aisée à mettre en application (à partir de quand un discours haineux devient-il contraire aux valeurs de la Convention ?) et la décision sur la recevabilité se teinte donc toujours nécessairement de pré-appréciations de fond (quand elle n'est pas jointe directement au fond : v. l'arrêt *Soulas* précité).

implique que soit respecté le principe de légalité des délits et des peines qui confie au législateur – et à lui seul – le soin d'énumérer et de décrire, avec précision, clarté et intelligibilité, les comportements qualifiés d'infractions susceptibles d'emporter condamnation par un juge judiciaire, étant entendu que de telles « atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁶.

3. De la sorte, le cœur d'une étude de la « criminalisation des discours de haine » bat principalement au sein du corpus législatif *stricto sensu* – et plus particulièrement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, tant de fois modifiée depuis son adoption initiale⁷ –, que viennent inspirer, éclairer, expliquer, compléter, contrebalancer ou, pourquoi pas, neutraliser, plus ou moins ponctuellement, le droit constitutionnel⁸ et le droit international⁹ dans la définition des infractions pertinentes ou dans la détermination des modalités de leur poursuite. Il conviendra donc, de façon très classique, d'établir, à partir de la législation criminelle, une typologie des « discours de haine » intéressant le droit pénal français et, pour les incriminations ainsi identifiées, de dégager les grandes évolutions et tendances du régime répressif y afférent.

I. TYPOLOGIE DES « DISCOURS DE HAINE » INCRIMINÉS PAR LE DROIT PÉNAL FRANÇAIS

4. Dans sa version initiale, la loi du 29 juillet 1881 ne faisait aucune mention, au sein des textes d'incrimination venant poser des restrictions à la liberté d'expression, à la « haine » : ni la diffamation, ni l'injure, ni la provocation directe à certains crimes, ni l'outrage au Président de la

⁵ Cet objectif consistant aux yeux du Conseil constitutionnel en la protection de l'ordre public et des droits des tiers lorsque le législateur entend lutter, par exemple, contre le racisme (Cons. const., n° 2015-512 QPC, 8 janv. 2016, § 7).

⁶ *Ibid.*, § 8.

⁷ Rappelons que la loi sur la presse n'est pas applicable qu'aux journalistes mais régit les discours publics en général. La diffusion très large qu'Internet offre désormais aux propos de tout un chacun explique que, pour le législateur, « face à l'impossibilité d'endiguer *ratione personae* l'extension des bénéficiaires de la liberté d'expression, la tentation grandit d'encadrer davantage *ratione materiae* les contenus » (P. BEAUVAIS, « Vers un nouveau régime pénal de la liberté d'expression ? », *Archives de politique criminelle*, 2018/1, p. 7).

⁸ La légitimité de la lutte contre les discours de haine comme limitation possible de la liberté d'expression, par arbitrage de normes de même rang constitutionnel devant être conciliées, pourrait s'appuyer sur le Préambule de la Constitution de 1946, qui ressortit lui aussi à l'actuel bloc de constitutionnalité, et qui proclame que « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

⁹ Et notamment ces droits régionaux que sont les droits européens : pour l'essentiel le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

République ou aux bonnes mœurs n'étaient définis en considération de ce sentiment. En elles-mêmes, une allégation déshonorante et une expression outrageante ou méprisante n'avaient – et n'ont toujours – pas besoin d'un détour par la notion de « haine » pour être définies et réprimées : soit que l'on retienne une acception large du rôle de la haine, et alors les causes profondes ayant laissé jaillir le discours répréhensible relèvent de la psychologie, de la sociologie ou de la morale mais pas du droit pénal, sinon marginalement à titre de facteurs circonstanciels pouvant intervenir au stade de l'individualisation de la peine ; soit que l'on retienne une acception stricte du rôle de la haine et alors force est de constater que son rôle, ici, était juridiquement nul, faute de déterminer les éléments constitutifs des infractions en cause.

5. La première incursion explicite du législateur pénal français sur ce terrain de la « haine », pour définir un abus de la liberté d'expression méritant condamnation pénale, est plus tardive d'un demi-siècle : à la veille du second conflit mondial, afin de marquer une volonté gouvernementale de garantir une apparente concorde nationale en évinçant le risque de discorde, potentiellement encouragé par l'Allemagne nationale-socialiste¹⁰, autour de la question de l'antisémitisme, un décret-loi du 21 avril 1939 dit « Marchandeu », du nom du ministre de la Justice l'ayant porté, ajouta, à côté des classiques diffamation et injure régies par la loi de 1881, une variante de ces deux infractions, plus sévèrement punie, dès lors qu'elle serait « commise envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race ou une religion déterminée » et qu'elle aurait « pour but d'exciter à la haine entre les citoyens et les habitants ». Texte de circonstance qui donna matière à bien peu de contentieux, ce décret-loi fut abrogé en 1972 à l'occasion de l'adoption de la fameuse « Loi Pleven »¹¹ relative à la lutte contre le racisme, qui lui substitua un arsenal répressif faisant entrer de plain-pied l'ordre juridique français dans la criminalisation de certains « discours de haine » – de haine raciale, à l'époque, mais le nuancier de la haine pénalement redoutée s'est depuis lors enrichi de nouveaux coloris – ; en cela, le législateur français entendait tirer les

¹⁰ D'ailleurs, le même jour, un autre décret-loi fut pris, qui incrimina le fait pour « quiconque [de recevoir], de provenance étrangère, directement ou indirectement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, des fonds de propagande et [de] se livre[r] à une propagande politique ».

¹¹ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme. L'histoire a retenu le nom de René Pleven, qui était le Garde des Sceaux lors de l'adoption de cette loi, mais il serait certainement plus pertinent de la désigner comme « Loi Terrenoire » puisqu'elle est le fruit d'une proposition de loi rédigée et rapportée par le député gaulliste quoique futur dirigeant de la *Pan-Europe*, Alain Terrenoire.

conséquences de la ratification, un an plus tôt¹², par la France, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dont l'article 4 fait obligation aux États signataires de « déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique ». La loi de 1972 modifia donc certaines dispositions de la loi de 1881 pour incriminer de nouveaux délits de presse luttant spécifiquement contre les discours « ségrégationnistes » ; la loi de 1881 fut à nouveau modifiée, par des lois ultérieures qui renforceront le dispositif de lutte contre les « discours de haine » en créant de nouveaux délits ou en durcissant le régime répressif des délits existant déjà. Cinq types de délits nous intéressent particulièrement, qui servent une « criminalisation des discours de haine » en procédant de deux manières : trois types de délits consistent à réprimer des discours directement agressifs à l'égard d'un public cible ; deux types de délits consistent à réprimer des discours plus indirectement « haineux », en tant qu'ils évoquent de façon problématique certaines infractions particulièrement graves.

A. – *Les discours directement agressifs à l'égard d'un public cible*

6. C'est bien la loi Pleven de 1972 qui, substituant au texte réputé inapplicable¹³ (et *de facto* peu appliqué) de 1939 un nouveau système réprimant une certaine parole raciste, a servi de matrice à la lutte de l'ordre juridique français, par le recours au droit pénal, contre certains discours de haine. Elle a spécialement incriminé trois types de discours caractérisés par un motif « ségrégationniste » à l'égard de certaines cibles, que le législateur pénal entend protéger.

1. *Le motif « ségrégationniste » du discours*

7. La diffamation raciale, l'injure raciale et la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciste, que la loi Pleven a incriminées au sein de la loi de 1881, ne sont punies que pour autant qu'elles

¹² Loi n° 71-392 du 28 mai 1971 autorisant l'adhésion à la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ouverte à la signature le 7 mars 1966 ; Décret n° 71-901 du 2 nov. 1971.

¹³ Ce que l'on imputa à sa rédaction, rendant bien difficile une condamnation, notamment au regard de la preuve du dol spécial exigé : v. les débats parlementaires de la loi Pleven où est évoquée une « disposition unanimement critiquée qui rendait les poursuites pénales très aléatoires » (*Journal officiel*, 8 juin 1972, p. 2281).

ont été commises à l'encontre d'une personne ou d'un groupe de personnes « à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »¹⁴. Une telle formulation appelle trois observations.

8. Premièrement, c'est bien le motif « discriminatoire »¹⁵ ou « ségrégationniste »¹⁶ qui permet de qualifier tel discours directement agressif de « discours de haine ». C'est en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance de l'objet du discours à un public cible, à un « groupe de victimes », que le discours a été tenu. Le mobile ségrégationniste est donc déterminant, en-dehors duquel le discours ne peut faire l'objet de poursuites, sinon sur d'autres fondements sans rapport avec la question des « discours de haine » (une diffamation « classique » de l'article 32, alinéa 1^{er}, par exemple).

9. Deuxièmement, ce mobile ségrégationniste, pour déclencher la répression, est enserré dans un périmètre restreint. Initialement, en 1972, le seul mobile relatif à l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion était pris en compte pour incriminer les « discours de haine », à l'exclusion de tout autre. En 2004¹⁷, le législateur a procédé à une extension des publics-cibles protégés par ces infractions, en incriminant les diffamations, injures et provocation à la haine proférées contre des personnes ou groupes de personnes « à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ». Un nouveau mobile, relatif à « l'identité sexuelle », a été ajouté en 2012¹⁸, rebaptisé « identité de genre » en 2017¹⁹. Ainsi, le champ des opinions discriminantes dont l'expression est pénalement sanctionnée se révèle bien plus réduit que le champ des discriminations dont la pratique effective, par-delà les discours, est incriminée aux articles 225-1 et 225-2 du code pénal. De la sorte, tout discours à motif discriminatoire autre que ceux évoqués ci-dessus ne saurait tomber sous le coup des trois infractions incriminées aux articles 24 alinéas 7 et 8, 32 alinéa 2 et 33 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881. Situation de famille, état de grossesse, apparence physique, particulière vulnérabilité résultant de la situation économique,

¹⁴ Art. 24 al. 7, 32 al. 2 et 33 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁵ Pour l'emploi de cet adjectif, v. not. J.-B. THIERRY, « Presse et communication – Fasc. 60 : Provocation aux crimes et délits », *JCl. Lois pénales spéciales*, 2017, māj 2021, et S. DETRAZ, « Diffamation », *Rép. Pén.*, Dalloz, 2021. Le Code pénal fait de même, au sein du chapitre consacré aux contraventions de 5^e classe contre les personnes, en intitulant la section 3 « des provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire ».

¹⁶ Pour l'emploi de cet adjectif, v. not. E. DREYER, « Presse et communication – Fasc. 100 : Diffamations et injures spéciales », *JCl. Lois pénales spéciales*, 2015, māj 2021.

¹⁷ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

¹⁸ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

¹⁹ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

patronyme, lieu de résidence, état de santé, perte d'autonomie, caractéristiques génétiques, mœurs autres que l'orientation sexuelle (propension au libertinage, par exemple), âge, opinions politiques, activités syndicales, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, sont autant de motifs discriminatoires visés par l'article 225-1 du Code pénal pouvant emporter une condamnation sur le fondement de l'article 225-2 du même Code pour qui a adopté un comportement discriminatoire au sens de ce texte²⁰, mais auxquels la législation pénale sur les « discours de haine » reste pour l'heure indifférente.

10. Troisièmement, le principe de légalité implique que cette indifférence soit garantie par les juges lorsqu'ils appliquent les articles 24, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881. La pratique prétorienne témoigne d'un soin particulier à exclure des « discours de haine » punissables à ce titre les diffamations, injures ou provocations motivées par un mobile ne correspondant pas aux prévisions de ces dispositions légales. Ainsi, pour la Cour de cassation, les « Harkis »²¹ ou les Corses²² n'entrent pas dans le champ de la protection relatif à la race, l'ethnie, la nation ou la religion. Cela pourrait être discuté, du fait de l'emploi par le législateur des mots « origine » et « ethnie » – les débats parlementaires de la Loi Pleven témoignent d'ailleurs de ce que René Pleven entendait que les Corses fussent protégés par le dispositif voté²³ – ; à la vérité, dès les premières applications de la loi Pleven, la portée potentiellement très large du mot

²⁰ À savoir : refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ; subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ; refuser d'accepter une personne à l'un des stades visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale.

²¹ V. not. Crim. n° 07-88.021, 31 mars 2009 ; v. encore récemment Crim., n° 17-85.116, 19 juin 2018 ; la solution tient au fait que, selon les juges, l'identité harki résulte d'un choix politique, ainsi qu'au fait que la loi du 23 février 2005 ayant « interdit toute diffamation ou injure envers les Harkis » est dépourvue de toute portée normative pénale, le législateur n'ayant pas pris soin d'attacher à cette déclaration de principe des conséquences répressives, et notamment un renvoi à la loi de 1881.

²² Crim., n° 01-86.088, 3 déc. 2002 – la décision est ainsi résumée au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* : « les personnes visées en raison de leur origine ou de leur appartenance à une collectivité territoriale française n'entrent pas dans la catégorie des personnes protégées par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 ».

²³ « Vous m'avez demandé si l'article 1^{er} permettrait de sanctionner des agissements semblables à ceux que vous avez signalés et dont d'autres provinces que la Corse – je l'indique au passage – ont été parfois victimes. Il appartiendra à la jurisprudence de l'établir [voilà un aveu bien problématique dans un régime légaliste !]. Mais je pense que l'article 1^{er} permet certainement de sanctionner de tels agissements [à savoir : le fait que, si un Corse « est impliqué dans une action délictueuse, presque invariablement on voit accoler à son nom, comme une étiquette infamante, l'indication de son origine »].... Le mot "ethnie" a une signification différente du mot "race" » (*Journal officiel*, 8 juin 1972, p. 2292).

« origine » a été neutralisée par la jurisprudence, qui l'a réduite au sens des autres mots employés par les textes d'incrimination (race, ethnie, nation, religion) au point de rendre inutile l'emploi de ce mot « origine » : de la sorte, « l'origine sociale », par exemple, n'est pas (encore) protégée par la loi de 1881 contre les discours de haine²⁴, pas plus que la situation de « précarité sociale »²⁵ ou la situation sérologique²⁶. Par ailleurs, c'est bien le fait pour la personne visée de confesser une religion, et non le contenu de cette religion elle-même, qui est en cause : en d'autres termes, ce sont les fidèles qui sont protégés en tant que tels, mais certainement pas le dogme qui, le blasphème et l'hérésie n'étant pas incriminés, peut être librement critiqué²⁷.

11. Race, ethnie, nation, religion – toutes notions difficilement maniables, d'où une certaine casuistique qui peut parfois donner l'impression d'un « deux poids deux mesures »²⁸ –, sexe, orientation sexuelle, identité de genre et handicap sont donc les seuls motifs discriminatoires susceptibles d'emporter la répression d'un discours de haine, en droit positif²⁹. Encore faut-il que ledit discours, en plus de ce mobile ségrégationniste, corresponde à l'une des trois formes de discours incriminées à ce titre par la loi de 1881 : officiellement³⁰, ce n'est pas

²⁴ Crim., n° 05-80.123, 27 sept. 2005.

²⁵ Une proposition de loi en ce sens, en 2015, n'a pas abouti.

²⁶ Ce qui permet, durant la séquence coronovirale, à des discours manifestement ségrégationnistes contre les « non-vaccinés » d'être tenus, sans que leurs auteurs, parfois à la tête d'institutions très officielles, puissent en être pénalement inquiétés.

²⁷ V. par ex. Crim. n° 17-80.524, 23 janv. 2018. La distinction entre ce qui relève d'une attaque contre les croyants et d'une attaque contre la croyance n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre pour faire le départ entre un « discours de haine » illicite et un discours hétérodoxe licite, d'où, là encore, l'impression d'une certaine casuistique en la matière, peut-être inévitable. La précision des mots choisis par l'auteur du discours sera souvent déterminante – « le judaïsme », ce n'est pas « les Juifs » –, encore que « l'implicite » et « l'ambiguïté » aient bonne part dans l'analyse des propos par les juges (v. *infra* § 22, 25 et 27), ce qui relativise l'importance du soin pris à prononcer certains mots plutôt que d'autres.

²⁸ Rapp. J.-H. ROBERT, « Fasc. 124 : Apologies et provocations de crimes et délits », *JCI. Communication*, 2015, maj 2020, § 40 : « le racisme anti-blanc est traité avec beaucoup plus de clémence... Au motif que “les Français blancs dits de souche” ne constituent pas un “groupe de personnes” qui puisse, selon les sociologues, être scientifiquement défini, les éditeurs d'un livre intitulé *Nique la France* ont été relaxés (TGI Paris 19 mars 2015) alors que cette condition scientifique n'est pas exigée lorsqu'il s'agit d'un autre groupe » ; et § 47 : « on observe, dans la pratique jurisprudentielle, une inégalité dans la protection accordée aux différents groupes victimes du délit ».

²⁹ Mais, encore une fois, une extension du domaine de la lutte contre les discours de haine pourrait parfaitement intervenir prochainement : l'expansion continue de la « cage aux phobes » raillée par Muray rend même la perspective probable.

³⁰ Cet adverbe en forme de précaution oratoire semble devoir s'imposer, dans la mesure où la rédaction floue de l'article 24 de la loi de 1881 pourrait permettre à la provocation à la haine de jouer le rôle de bonne à tout faire de la répression des discours haineux, tant elle porte en elle la possibilité de réprimer, *de facto* sinon *de jure*, toute parole raciste, « sexiste » ou « homophobe » dans une logique d'anticipation excessivement précoce des résultats redoutés sur l'*iter criminis* :

l'expression de toute pensée raciste ou « homophobe » qui est criminalisée³¹, mais uniquement l'expression diffamatoire, injurieuse ou provocatrice d'une telle pensée.

2. Identification des trois types de discours directement agressifs incriminés

a) Le discours diffamatoire ou injurieux (adaptation de deux infractions classiques)

12. Les deux infractions les plus classiques du droit de la presse, la diffamation et l'injure, font l'objet, depuis 1972, d'une sur-incrimination spéciale. Ordinairement punies d'une amende de 12 000 euros, diffamation et injure font ainsi encourir à leur auteur une peine d'emprisonnement en plus d'une amende plus élevée, lorsqu'elles ont été commises à raison de l'un des mobiles ségrégationnistes évoqués *supra*. Ce dol spécial aggrave singulièrement les sanctions encourues : l'auteur de l'abus de liberté d'expression n'est plus seulement menacé dans son patrimoine mais jusque dans sa liberté d'aller et venir³². Mais encore faut-il qu'il y ait diffamation ou injure : la première consiste en « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé »³³ ; la seconde consiste, elle, en « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait »³⁴. De telles définitions légales, claires et précises, semblent bien prémunir contre l'arbitraire et garantir la prépondérance de la liberté d'expression en encadrant strictement ses exceptions. Mais la pratique jurisprudentielle va parfois contourner ce cadre très strict pour faire entrer dans le champ de la répression des propos qui, a priori, sont exempts de caractère diffamatoire ou injurieux.

v. *infra* § 21. L'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ne pousse-t-il pas à une telle extension répressive par-delà la lettre des textes pénaux de la loi de 1881, lui qui exige l'incrimination de la simple, large et vague « diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale » ?

³¹ V. en ce sens N. BONNAL, « Discours et discriminations », *Légipresse* 2021, p. 141 et s. : « [le] cadre protecteur [de la liberté d'expression protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, l'article 10 de la Convention européenne et la loi de 1881] n'autorise pas à dire, comme on l'entend très souvent, que la parole raciste est un délit. Ne sont réprimées par la loi, en France, que trois infractions [...] qui peuvent laisser la place à l'expression de préjugés racistes, qu'il appartient au libre débat de contredire, mais pas à la loi pénale de sanctionner ». Adde J.-H. ROBERT, *op. cit.*, § 36 : « l'expression nue d'un sentiment raciste n'est pas en soi punissable [...]. Affirmer, même publiquement, qu'on est raciste n'est pas plus punissable que de se déclarer voleur, athée ou exclusivement hétérosexuel et fier de l'être. Ces énoncés sont protégés par la liberté d'opinion ».

³² Il encourt un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

³³ Art. 29, al. 1, de la loi du 29 juillet 1881.

³⁴ Art. 29, al. 2, de la loi du 29 juillet 1881.

13. Notons d'ores-et-déjà que la Cour de cassation, loin de ses habituelles pudeurs de juge du pur droit prompt à arguer de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond pour rejeter des pourvois sans exercer de contrôle poussé, n'hésite pas en cette matière-là à opérer, au contraire, un contrôle plein et entier du sens et de la portée des propos litigieux sur lesquels portent les décisions à elle déférées³⁵. D'aucuns s'en réjouiront, louant que « la Cour de cassation... corrige parfois certaines appréciations trop libérales »³⁶.

14. Il n'est pourtant pas certain que la sécurité juridique en sorte grandie, et d'autant moins que la Cour de cassation pose désormais comme règle que les « juges du fond [doivent] relever toutes les circonstances extrinsèques qui donnent une portée injurieuse ou diffamatoire à des propos, même si ceux-ci ne présentent pas par eux-mêmes ce caractère et qui sont de nature à révéler leur véritable sens »³⁷. Les propos litigieux ne se suffisent plus à eux-mêmes pour établir si, oui ou non, il y a injure ou diffamation : l'on peut aller chercher jusque très loin des « circonstances extrinsèques » pour transformer un propos en diffamation ou en injure. La Cour de cassation consacre ici ni plus ni moins qu'un outil de répression potentiellement arbitraire, par extension du domaine des incriminations visées.

15. Allons plus loin : en matière de diffamation, la relaxe peut en principe être obtenue au moyen d'un fait justificatif, l'*exceptio veritatis*.

³⁵ Illustrons cette pratique : dans une affaire où un haut fonctionnaire avait affirmé publiquement, sur un réseau social, que « centrée sur le rythme, la musique nègre s'adresse au cerveau reptilien », les juges du fond avaient souverainement apprécié « que si le mot “nègre” appliqué à une personne est essentiellement péjoratif, il en va différemment de l'expression “art nègre”, et que le prévenu [s'était livré] à une analyse subjective sur l'importance du rythme dans les genres musicaux qu'il qualifie de “nègres” et qu'il associe à la partie du cerveau reliée aux instincts, aux réflexes et aux comportements stéréotypés, émettant ainsi une opinion qui peut être contestée, mais ne visant pas l'ensemble des personnes de race noire qui seraient assimilées à l'état animal [et] qu'une telle conclusion ne pourrait relever que d'une extrapolation incompatible avec la certitude nécessaire au prononcé d'une condamnation pénale ». La Cour de cassation a censuré cette motivation, en substituant à l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond la sienne propre : « s'il prétendait être l'expression d'une opinion sur un genre musical, le message poursuivi était en réalité méprisant à l'égard d'un groupe de personnes définies par la couleur de leur peau, qu'il désignait par un terme outrageant et présentait comme plus proches que les autres de l'animalité, de sorte qu'il constituait une injure » (Crim., n° 18-85.267, 13 nov. 2019). L'emploi du fameux « *n... word* » sur lequel on s'écharpe outre-Atlantique vaut donc désormais intrinsèquement expression du mépris d'un groupe de personnes (cible légale de l'incrimination) même lorsqu'il vient qualifier un art selon une formule éprouvée et non des êtres humains ; et l'adjectif « reptilien », quoiqu'il qualifie une partie du cerveau, attesterait une référence (implicite) à l'animalité dudit groupe de personnes (implicitement) mis en cause. Ces divergences radicales d'interprétation d'une même phrase et ce recours à l'implicite pour condamner le prévenu du chef d'injure montre bien que la rigueur apparente des textes d'incrimination et des concepts qu'ils charrient peut être assouplie, à des fins répressives, par le juge.

³⁶ E. DREYER, *op. cit.*, § 84.

³⁷ Crim., n° 11-82.866, 16 oct. 2012.

Aux termes de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, en effet, « la vérité des faits diffamatoires peut toujours³⁸ être prouvée [et] si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte ». L'atteinte à l'honneur ou à la considération s'efface derrière la vérité du fait allégué ou imputé. Et la loi ne distingue pas³⁹, selon que la diffamation est ou non commise en raison d'un critère ségrégationniste, pour appliquer cette exception de vérité. Pourtant la jurisprudence refuse le jeu de l'*exceptio veritatis* en matière de discours de haine. Elle considère qu'une telle vérité ne pourra être démontrée, qu'une telle preuve ne pourra être rapportée, en matière de diffamation raciale⁴⁰. Un auteur explique cette position : « la loi n'interdit pas cette preuve, qui en revanche sera toujours impossible à rapporter [car], sauf à procéder à des réflexions et assimilations odieuses, il sera impossible aux juges de retenir que tel fait (même objectivement constaté) contraire à l'honneur ou à la considération l'a été en raison de l'appartenance de la personne à telle catégorie »⁴¹. Ne faut-il pas craindre, alors, une sorte de présomption de propos diffamatoire en réputant indémontrable la vérité contraire, dès lors qu'un mobile raciste⁴² est retenu ? Plutôt que de s'interroger sur l'existence d'une diffamation, puis seulement après sur le mobile raciste permettant son aggravation⁴³, ne risque-t-on pas de procéder à rebours en regardant d'abord le motif ségrégationniste et

³⁸ « Sauf lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne », précise le texte.

³⁹ Soyons plus précis : la loi de 1881, pour les diffamations publiques, ne procède à aucune distinction en la matière ; en revanche, en matière de diffamations non publiques, le Code pénal, dans son chapitre relatif aux contraventions de première classe, prévoit l'*exceptio veritatis* pour la diffamation classique contre un particulier (art. R. 621-1), mais ne prévoit rien de semblable, dans son chapitre relatif aux contraventions de cinquième classe, pour la diffamation non publique à caractère raciste ou discriminatoire – ce qui semble valoir distinction implicite et donc discrète reprise, par la loi, de la position jurisprudentielle sur l'exception de vérité. Notons, au passage, que même les conversations privées n'échappent pas à la répression : les « discours de haine » que l'on pourrait dire « de proximité », destinés à demeurer privés, intéressent également le juge pénal – l'on est prié de croire qu'il s'agit d'une « restriction nécessaire dans une société démocratique ».

⁴⁰ Avec un motif aux allures de paradoxe : « l'allégation ou l'imputation qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire, quand bien même une telle preuve ne serait pas admise en matière de diffamation raciale » (Crim., n° 05-80.634, 28 mars 2006).

⁴¹ E. RASCHEL, « Fasc. 116 : Diffamation – Justification », *Jcl. Communication*, 2020, māj 2021, § 64.

⁴² Il est *probable* que les autres motifs discriminatoires prévus par l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 pour aggraver le délit de diffamation (sexe, orientation sexuelle, « identité de genre », handicap) rendent pareillement *de facto* inopérante l'*exceptio veritatis* aux yeux des juges qui, n'en doutons pas, auront à cœur, là aussi, de se garder des « réflexions et assimilations odieuses » redoutées par M. Raschel... *Probable*, mais pas *certain* : la réserve, relative à l'article 55 *in fine*, émise *infra* §16 trouve également à s'appliquer ici.

⁴³ Rapp. E. DREYER, *op. cit.*, § 77-78, qui évoque la nécessité « de mener un raisonnement en deux temps », où « il faut s'assurer avant toute autre chose que le propos porte bien atteinte à l'honneur d'une personne ou d'un groupe de personnes ».

seulement ensuite le contenu forcément diffamatoire puisque réputé insusceptible de faire l'objet d'une démonstration de vérité⁴⁴ ? Il est vrai que, à l'appui de la jurisprudence, l'affirmation péremptoire de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale selon laquelle « toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse »⁴⁵ permettrait peut-être d'asseoir juridiquement, hors précision légale, la doctrine de la preuve impossible.

16. Cette jurisprudence est-elle cependant appelée à perdurer ? La nouvelle rédaction de l'article 55 *in fine* de la loi du 29 juillet 1881, depuis 2017, prévoit que cette disposition procédurale relative à la défense du prévenu de diffamation par invocation de l'*exceptio veritatis* « est également applicable devant la juridiction de jugement si celle-ci requalifie » la provocation à la haine ou l'injure ségrégationniste en diffamation ségrégationniste. Voilà qui ressemble fort à une reconnaissance explicite d'applicabilité de l'*exceptio veritatis* aux diffamations ségrégationnistes. Bien sûr, d'aucuns, pour minimiser la portée de cette nouvelle disposition et voir perdurer la confortable position prétorienne consacrant l'impossibilité d'une telle exception de vérité, évoqueront une maladresse rédactionnelle : le Garde des Sceaux lui-même a cru devoir préciser, au moyen d'un énoncé pour le moins paradoxal, que « si les nouvelles dispositions du dernier alinéa de l'article 55 permettent désormais, en cas de requalification à l'audience, d'une provocation ou injure discriminatoire en diffamation discriminatoire, que l'exception de vérité soit invoquée à l'audience, ces dispositions ne doivent aucunement être comprises comme remettant en cause la jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle refusant le bénéfice de l'*exceptio veritatis* pour les diffamations racistes »⁴⁶. Comprenez qui pourra. Reste qu'une circulaire d'interprétation ne vaut pas grand-chose quand la loi elle-

⁴⁴ Ce qui est discutable : comme le relève un auteur, « la vérité du fait lui-même pourrait certes être établie, mais pas le lien de causalité avec la caractéristique de l'intéressé ou du groupe » (S. DETRAZ, *op. cit.*, § 247). Mais précisément, si la vérité du fait est établie, il n'y a plus de diffamation, et donc la question du lien de causalité avec la caractéristique n'a plus à se poser puisque la question du mobile ne se pose en principe qu'après la question de la diffamation. Réputer impossible la preuve de l'*exceptio veritatis* semble donc bien impliquer une inversion de l'ordre dans lequel les questions doivent classiquement se poser (la diffamation d'abord, le mobile ségrégationniste ensuite).

⁴⁵ À ce sujet, un auteur affirme : « s'il existait effectivement des races, il serait scélérat d'interdire tout jugement de valeur à leur sujet. La liberté d'opinion s'y opposerait. C'est parce que cette notion ne correspond à rien qu'il est illégitime d'identifier une personne ou un groupe de personnes sur un tel critère » (E. DREYER, « Injures publiques et non publiques », *Rép. Pén.*, Dalloz, 2016, maj 2020, § 51).

⁴⁶ Circulaire du 20 avril 2017 de présentation des dispositions de droit pénal ou de procédure pénale de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

même est aussi claire : à notre sens, l'*exceptio veritatis* doit désormais pouvoir être opposée par le prévenu poursuivi pour diffamation ségrégationniste.

17. Quant à l'injure contre un particulier, classiquement, son auteur échappe à la condamnation s'il convainc les juges d'une « excuse de provocation »⁴⁷, l'article 33, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 disposant en effet que l'injure sera punie « lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocations ». Ce mécanisme de neutralisation de la culpabilité fonctionne-t-il en matière d'injures ségrégationnistes des alinéas 3 et 4 dudit article 33 ? Jusqu'en 2017, il était prévu que ces injures seraient réprimées « dans les conditions prévues à l'alinéa précédent », ce qui incluait que l'excuse de provocation leur fût applicable. La Cour de cassation l'avait confirmé, ce dont certains auteurs trouvaient à s'étonner⁴⁸. À la vérité, si elle n'excluait pas abstraitement et une fois pour toutes comme « impossible » le jeu de l'excuse de provocation, la jurisprudence avait développé *in concreto* un contrôle de proportionnalité pour vérifier que l'injure était bien une réponse proportionnée à la provocation commise par l'individu injurié – et, sans surprise, le caractère ségrégationniste du mobile ayant déterminé l'injure permettait aux juges d'analyser celle-ci en réponse disproportionnée à la provocation initiale, chassant ainsi le bénéfice de l'excuse de provocation⁴⁹. Là aussi, le dol spécial aggravant l'infraction d'injure venait paralyser un moyen de défense classique pour le prévenu. Le législateur a pris acte de ces solutions concrètes constantes et, allant plus loin, a supprimé⁵⁰ la référence aux « conditions prévues à l'alinéa précédent », excluant ainsi implicitement dans son principe le jeu de l'excuse de provocation pour les injures ségrégationnistes, sans que les juges n'aient plus besoin de procéder à un contrôle de proportionnalité.

b) Le discours provocateur (création d'une infraction-obstacle originale)

18. À côté de ces deux infractions classiques – diffamation et injure – revisitées pour les besoins de la cause, la loi Pleven a, en 1972, procédé à une véritable innovation en introduisant à l'article 24 de la loi de 1881 une infraction-obstacle consistant à avoir « provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de » l'un des motifs discriminatoires évoqués *supra*. La nouveauté tient ici moins à l'incrimination d'une provocation qu'à ce que l'auteur du discours de haine est supposé avoir provoqué. La répression de certains

⁴⁷ La nature de cette excuse de provocation est très débattue en doctrine : fait justificatif, excuse absolutoire, cause de non-imputabilité... Aucun qualificatif ne convainc totalement. Sur ce point, v. E. DREYER, « Injures publiques et non publiques », *op. cit.*, § 197.

⁴⁸ V. not. E. DREYER, « Injures publiques et non publiques », *op. cit.*

⁴⁹ V. not. Crim., n° 98-81.625, 13 avr. 1999.

⁵⁰ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

discours « provocateurs » n'est pas inédite en 1972 : dès 1881, certaines provocations ont été réprimées par la loi sur la presse, comme autant d'abus manifestes de la liberté d'expression. Il s'agissait – et il s'agit toujours, en droit positif – de réprimer des discours qui entendent, directement, provoquer à la commission d'un crime ou d'un délit. Lorsqu'il aura été suivi d'effet par l'un de ses destinataires – que l'infraction soit commise ou qu'elle soit tentée au sens de l'article 121-5 du Code pénal s'il s'agit d'un crime –, ce discours provocateur permettra d'assimiler son auteur à un complice de l'infraction dont il aura inspiré la consommation⁵¹. L'on n'insistera pas sur ce texte dès lors que, d'une part, la grande généralité des infractions provoquées par le discours (tout crime ou tout délit) ne permet qu'un lien très aléatoire avec la question des « discours de haine », et que, d'autre part, la jurisprudence est assez peu fournie en la matière, ce contentieux semblant assez désuet⁵².

19. Mais lorsqu'elle n'est pas suivie d'effet, la provocation ne peut plus être assimilée à un cas de complicité : il n'y a pas de fait principal punissable et la tentative de complicité n'est pas réprimée en droit français. Il faut donc, le cas échéant, pour que l'auteur du discours provocateur puisse être puni, bien que sa provocation n'ait pas été suivie d'effet, en passer par une incrimination à titre autonome de ce discours. C'est ce que se proposent de faire les quatre premiers alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, avec un domaine *ratione criminis* spécial de l'objet de la provocation, bien plus restreint⁵³ que le domaine de l'hypothèse de complicité de l'article 23. Est également incriminée, mais dans le code pénal cette fois-ci, la provocation au génocide⁵⁴ non suivie d'effet⁵⁵ – ce qui, au vu du mobile

⁵¹ C'est ce que prévoit l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, rattachant cette provocation à une application particulière, par le truchement de l'expression publique, de l'hypothèse générale de complicité par provocation de l'article 121-7 du Code pénal – à ceci près que, et c'est là l'originalité de cette assimilation, la publicité du discours dispense le ministère public d'avoir à établir l'usage, par le provocateur, des « don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir » normalement exigé par ledit article 121-7 du Code pénal pour retenir la complicité par provocation.

⁵² L'arrêt le plus éclairant sur l'application prétorienne de ce texte a été rendu peu de temps après son adoption, qui exigeait la démonstration d'une « relation incontestable entre le fait de la provocation et les crimes ou délits auxquels elle se rattache par ce lien étroit » (Crim. 5 janv. 1883, DP 1881, jurispr. p. 95).

⁵³ « Seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes : 1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le livre II du Code pénal ; 2° Les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, définies par le livre III du Code pénal. Ceux qui, par les mêmes moyens, auront directement provoqué à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre I^{er} du livre IV du Code pénal, seront punis des mêmes peines ».

⁵⁴ C. pén., art. 211-2.

⁵⁵ La provocation suivie d'effet fait encourir la perpétuité à son auteur (C. pén., art. 211-2).

discriminatoire du crime de génocide⁵⁶, intéresse directement la question des discours de haine. Avec ces provocations directes et précises mais non suivies d'effet, le législateur introduit des infractions-obstacles raisonnables dans la loi de 1881 : peu importe que le résultat escompté par l'auteur du discours et redouté par le droit pénal, consistant en la commission d'une infraction par un tiers, ne survienne pas ; ledit auteur qui n'a pas fait d'émule mérite d'être puni pour le danger qu'il a directement fait courir à tel ou tel et la défiance qu'il a manifestée à l'égard du droit pénal et de l'autorité des interdits qu'il dessine en creux. Il s'agit bien de punir une provocation directe⁵⁷ à une infraction clairement identifiée, parmi celles particulièrement graves figurant dans une liste exhaustive dressée par le législateur.

20. L'innovation de la loi Pleven a consisté à incriminer, de surcroît, des provocations indirectes, c'est-à-dire des provocations tendant, selon la formule forgée plus de quinze ans avant par Hugueney, « à susciter non pas l'entreprise criminelle mais un mouvement d'opinion de nature à créer à son tour un état d'esprit susceptible de permettre la naissance de l'entreprise criminelle »⁵⁸. Il ne s'agit plus tant d'anticiper sur le résultat redouté que d'anticiper sur l'anticipation elle-même ; plus tant, par une incrimination autonome, de faire obstacle à la commission d'une future infraction que de faire obstacle à la possibilité de voir surgir un climat qui permettra peut-être lui-même, sait-on jamais, de susciter des vocations délinquantes. La chaîne de causalité entre le contenu du discours et le résultat finalement redouté est donc encore un peu plus diluée, jusqu'à devenir très incertaine. Autant l'on pourrait comprendre l'incrimination d'une provocation directe à la discrimination, sur le modèle des provocations directes non suivies d'effet évoquées ci-avant⁵⁹ ; mais une provocation indirecte, et donc la punition pour participation à l'instauration d'un climat potentiellement – mais potentiellement seulement – criminogène ne va pas de soi⁶⁰. Et que dire,

⁵⁶ Le génocide tend « à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire » (C. pén., art. 211-1).

⁵⁷ Impliquant, selon la Cour de cassation, « une relation étroite et incontestable entre le fait de la provocation et le crime ou le délit auquel il est provoqué » (Crim. 25 févr. 1954, *Bull.* n° 89).

⁵⁸ L. HUGUENEY, obs. sous l'arrêt Crim. 25 févr. 1954, *RSC* 1954, p. 763.

⁵⁹ Encore que les discriminations substantielles de l'article 225-2 du Code pénal n'aient pas la gravité, dans le résultat redouté, des infractions odieuses dont la provocation directe non suivie d'effet est incriminée.

⁶⁰ L'on constatera que les alinéas 7 et 8 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 n'envisagent pas la provocation à la discrimination de la même façon : pour la provocation à champ racial, ethnique, national ou religieux, la discrimination comme fin de la provocation est mise sur le même pied, général, que la haine ou la violence ; pour la provocation concernant le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité de genre et le handicap, la provocation à la discrimination n'est plus générale mais spéciale car l'hypothèse est réduite aux seules discriminations définies par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Il n'est pas certain que cette différence de rédaction ait de réelles

alors, de la provocation indirecte non plus à une infraction (discrimination, violence) mais à la haine, un sentiment⁶¹ ? La conformité d'une telle incrimination au principe de légalité (flou du texte et du contenu de l'incrimination, difficulté à établir le rapport de certitude causale ou de probabilité causale entre le comportement prohibé et la possible survenance du résultat redouté) comme au principe de nécessité (seuil de répression excessivement anticipé, en amont du résultat redouté, sur l'*iter criminis*) apparaît donc particulièrement discutable : elle n'est pourtant plus discutée, la Cour de cassation ayant jugé, pour refuser la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, que les termes de cette disposition pénale, « qui laissent au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, sont suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal⁶², puisse se faire sans risque d'arbitraire, et que, d'autre part, l'atteinte portée à la liberté d'expression par une telle incrimination apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de protection de la réputation, de la dignité, et des droits d'autrui, et de défense de l'ordre public poursuivi par le législateur »⁶³.

21. Il est vrai que cette incrimination était directement encouragée par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de

conséquences, pour deux raisons : d'abord, parce que, par le passé, la jurisprudence a pu affirmer que la provocation à la discrimination générale en matière raciale implique la provocation aux faits que définit et réprime le code pénal (Crim., n° 74-92.515, 12 avr. 1976), ce qui se conçoit bien dès lors que la loi Pleven qui a créé le délit de provocation est aussi la loi qui a incriminé les discriminations dans le Code pénal ; ensuite, parce que, même en matière de sexisme, homophobie etc., le caractère indirect de la provocation (pour rappel, il ne s'agit pas d'une provocation directe non suivie d'effet) et le caractère potentiellement implicite de l'exhortation relativisent le besoin d'identification précise de la discrimination à laquelle on provoque, étant entendu que, le cas échéant, la difficulté pourrait être palliée par le recours à la très malléable « haine » comme fin de la provocation en lieu et place de la discrimination.

⁶¹ Un esprit taquin pourrait se demander si la valeur sociale protégée par la provocation à la haine ne serait pas son exact contraire, c'est-à-dire l'amour.

⁶² La formule témoigne d'une évolution regrettable de la conception traditionnelle du principe de légalité et de son corollaire, l'interprétation stricte : comme le déplore un auteur, « l'imprécision de la loi pénale cesse d'être critiquable, puisque "l'office" naturel de la jurisprudence serait de la parfaire. Bien loin de conforter le principe de la légalité criminelle, dont il prolongerait l'autorité, le principe de l'interprétation stricte, ainsi conçu, tout au contraire le sape : qu'importe l'imperfection de la loi pénale, puisqu'il se trouvera toujours un "petit bricoleur". Le rapport entre la légalité criminelle et les règles pénales d'interprétation ne s'exprime donc plus désormais de la même façon. Alors qu'hier, il s'entendait ainsi : "puisque, pour éviter l'arbitraire, la loi est précise, elle doit être interprétée strictement", aujourd'hui, il faut l'écouter tout autrement : "puisque la loi doit être interprétée strictement, et partant sans arbitraire, elle peut être imprécise". En quelque sorte, l'effet retentit paradoxalement sur sa cause en inversant la hiérarchie des principes, au point que les mêmes mots retentissent d'un son tout différent » (Ph. CONTE, « Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr. Pén.*, 2020, étude 17).

⁶³ Crim., n° 13-90.010, 16 avr. 2013.

discrimination raciale⁶⁴. Elle l'était également, sinon avec encore plus d'évidence, par le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, dont l'article 20⁶⁵ exige l'interdiction par la loi de « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence »⁶⁶ ce qui, selon un auteur, témoigne de ce que « le discours de haine n'est pas illicite parce qu'il est haineux, mais parce qu'il est dangereux »⁶⁷. Dangereux : le mot est aussi pertinent qu'inquiétant, qui nous mène sur le terrain glissant de la dangerosité, et d'autant plus glissant qu'il s'agit ici de subjectiver la dangerosité objective⁶⁸ (il s'agit, tout de même, d'ériger un sentiment en résultat redouté !), avec à la clef, nécessité, pour ce faire, de recourir à un système de présomptions particulièrement problématique pour les droits de la défense. L'absence de « risque d'arbitraire » vantée par la Cour de cassation n'est pas certaine... Les contours de l'infraction sont incertains, au point que certains praticiens – peu suspects d'être des adversaires de la répression des « discours de haine » – s'interrogent : « le risque n'est-il pas d'amener les juges à faire des procès d'intention selon les personnes poursuivies, ce qui serait difficilement concevable ? »⁶⁹.

22. La base minimale pour obtenir une déclaration de culpabilité a été, un temps, abusivement ouverte par la jurisprudence : il suffisait que les propos tendissent « tant par leur sens que par leur portée... à susciter un sentiment de rejet ou d'hostilité, la haine ou la violence, envers un groupe de personnes ou une personne à raison [par exemple] d'une religion déterminée »⁷⁰. Constituait également une provocation punissable le fait de susciter dans l'esprit des lecteurs « des sentiments de crainte et de haine » contre une communauté⁷¹. Depuis 2018, la jurisprudence semble revenir à davantage d'orthodoxie apparente, s'attelant à resserrer un peu la matérialité de cette infraction attrape-tout, en exigeant que soit établie, dans le discours,

⁶⁴ V. *supra* § 5.

⁶⁵ Sur l'application – ou plutôt, parfois, la non-application de ce texte par le Comité des droits de l'Homme –, v. G. CALVES, « Les discours de haine et les normes internationales », *Esprit*, 2015/10, p. 56 et s.

⁶⁶ À cet égard, la Loi Pleven a comme « pris les devants », huit ans avant la ratification du Pacte par la France.

⁶⁷ G. CALVES, *op. cit.*

⁶⁸ Sur laquelle v. M. BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté*, Thèse Paris II (dir. Ph. CONTE), 2016, § 100 et s.

⁶⁹ B. ADER, « La loi Pleven a 40 ans », *Légipresse*, sept. 2012, n° 297, p. 467 et s.

⁷⁰ V. par exemple Crim., n° 13-87.922, 17 mars 2015 : le moyen principal de cassation, rejeté, considérait au contraire que, pour que le délit soit constitué, « il ne suffit pas que les propos incriminés soient de nature à susciter un sentiment, même fort, de rejet ou d'hostilité à l'égard de cette personne ou de ce groupe de personnes, encore faut-il qu'ils comportent une exhortation ou une incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence ».

⁷¹ Crim., n° 10-82.337, 22 juin 2010.

une « exhortation »⁷² ou une « incitation précise à l'adoption d'un comportement de rejet »⁷³. Ce n'est certes pas une révolution⁷⁴ car l'exhortation peut se borner à être « implicite »⁷⁵, pouvant être analysée « au regard des éléments extrinsèques relevés par les juges »⁷⁶ – un haut magistrat considère que « juger autrement serait se mettre en situation de tolérer des propos soigneusement calibrés pour encourager à la discrimination, la haine ou la violence, tout en évitant tout appel explicite »⁷⁷ – ; autrement dit, avec ou sans l'exigence de caractériser une exhortation, l'ambiguïté risque de jouer en défaveur du prévenu⁷⁸, à rebours du vieux principe *in dubio pro reo*. L'appréciation souveraine des faits par les juges se fera toujours sur le fil, notamment pour faire le départ entre ce qui relève du débat politique⁷⁹, nécessairement polémique pour qui ne communie pas à la religion du consensus aseptisé sur l'air du « en même temps », et ce qui relève du droit pénal. En la matière, la casuistique a donc encore de beaux jours devant elle, et une cohorte d'incertitudes avec elle. Tout cela se fait au détriment de la sécurité juridique, dont on rappelle qu'elle est essentielle en droit pénal : c'est en pleine conscience de son illégalité qu'il faut adopter le comportement pénalement incriminé, pour savoir à l'avance ce que l'on encourt ; à défaut, l'on risque d'encourager une auto-censure par crainte d'être poursuivi pour des propos dont on peine *a priori* à savoir s'ils sont ou non légaux, ce qui n'est pas admissible dans une société démocratique.

⁷² V. par ex. Crim., n° 17-80.491, 9 janv. 2018.

⁷³ Crim., n° 18-80.405, 19 févr. 2019.

⁷⁴ La Cour de cassation avait déjà, par le passé, pu juger que des propos qui, « même si leur formulation peut légitimement heurter ceux qu'ils visent, ne contiennent néanmoins aucun appel ni aucune exhortation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'encontre » d'une personne ou d'un groupe donné, devaient emporter la relaxe de leur auteur (v. par ex., Crim., n° 09-88.007, 8 nov. 2011) mais de telles décisions étaient contrebalancées par d'autres reposant sur une interprétation maximaliste de l'incrimination.

⁷⁵ Une incitation pourrait donc être à la fois précise et implicite : l'un ne neutralise-t-il pas l'autre ?

⁷⁶ Crim., n° 17-80.491, 9 janv. 2018. Mais, et c'est heureux, les éléments extrinsèques pris en compte ne sauraient être postérieurs aux propos litigieux (Crim., n° 18-82.742, 4 juin 2019).

⁷⁷ N. BONNAL, « Discours et discriminations », *op. cit.*

⁷⁸ V. en ce sens, mais pour s'en réjouir, E. DREYER, *op. cit.* : « l'ambiguïté est déjà un délit. Elle est trop souvent le refuge d'un racisme perfide qui se nourrit de bons sentiments ».

⁷⁹ V. par ex., Crim. 4 juin 2019, quant aux propos polémiques d'un maire sur le pourcentage d'enfants musulmans inscrits dans certaines écoles de sa ville et les conséquences des politiques d'immigration : « s'ils déploraient ce qu'ils présentaient comme une situation de fait, ils n'invitaient à aucune réaction particulière, sous forme de discrimination ou violence, ni ne stigmatisaient les personnes concernées dans des conditions visant à susciter la haine à leur égard ». La solution est-elle si évidente, en droit ? D'autres juges auraient pu parfaitement y voir une exhortation implicite à l'hostilité. C'est le problème du recours à l'implicite, qui favorise la casuistique mais pas la sécurité juridique.

B. – *Les discours évoquant de façon problématique certaines infractions particulièrement graves*

23. Deux autres types de discours pénalement incriminés pourraient sans doute être rattachés à la catégorie floue des « discours de haine » : il s'agit de discours évoquant, de façon problématique aux yeux du législateur, certaines infractions particulièrement graves, soit qu'ils en fassent l'apologie, soit qu'ils en nient l'existence. Contrairement aux trois discours diffamateur, injurieux et provocateur⁸⁰, les discours apologétique ou négationniste ne peuvent être condamnés que pour autant qu'ils ont été rendus publics : le Code pénal ne prévoit pas de version contraventionnelle de ces deux délits quand les propos sont non-publics.

1. *Le discours apologétique d'infractions particulièrement graves*

24. L'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 incrimine « l'apologie [publique] des crimes visés au premier alinéa⁸¹, des crimes de guerre⁸², des crimes contre l'humanité⁸³, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage⁸⁴ ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi⁸⁵ ». Aucun mobile discriminatoire n'est nécessaire pour obtenir la condamnation⁸⁶, mais cette infraction semble intéresser la criminalisation des « discours de haine » dès lors que parmi les crimes très graves dont l'apologie est réprimée, se trouvent des crimes de haine, inspirés par une hostilité à l'égard d'une population en raison de sa race, sa nation ou d'autres critères arbitrairement

⁸⁰ Qui peuvent tous voir leur auteur condamné, même lorsque le propos n'était pas public, au titre des contraventions incriminées aux articles R 625-7 à R 625-8-1 du Code pénal.

⁸¹ Comprendre les 1° et 2° de l'ancien premier alinéa, devenus alinéa 2 et 3 de l'article 24. Il s'agit donc de l'apologie des atteintes volontaires à la vie, atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et agressions sexuelles, définies par le livre II du Code pénal, et des vols, extorsions et destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes définies par le livre III du même Code, pour autant que ces infractions soient des crimes : l'apologie de délits n'est pas incriminée.

⁸² Depuis 1951.

⁸³ Depuis 1990.

⁸⁴ Depuis 2017 : le législateur a ajouté ces crimes au domaine de spécialité de l'apologie, pour briser une jurisprudence qui, faute de portée normative prêtée à la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 qualifiant la traite négrière de crime contre l'Humanité, refusait d'assimiler l'esclavage à un crime contre l'humanité dont l'apologie serait interdite par l'article 24 de la loi de 1881 (Crim., n° 11-85.909, 5 févr. 2013).

⁸⁵ Depuis 1951.

⁸⁶ Ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait pas de dol spécial : la jurisprudence (Crim., n° 18-85.042, 4 juin 2019) n'en a-t-elle pas dégagé un, en exigeant que soit établi que l'apologie a eu pour but « d'inciter publiquement à porter sur ces infractions ou leurs auteurs un jugement favorable », et non de « susciter [auprès du public] des sentiments de crainte et de rejet, exclusifs de tout regard favorable » ?

retenus par le criminel. Notons toutefois que, pour la collaboration avec l'ennemi, un simple délit peut faire l'objet d'une apologie coupable (c'est le principe même de collaboration qui est privé de légitimation rétrospective, sous peine de condamnation) quand, pour le reste, seuls des crimes doivent être l'objet du discours. Par ailleurs, de 1986 à 2015, l'article 24 de la loi de 1881 incriminait également l'apologie de terrorisme ; désormais, cette infraction a été déplacée dans le Code pénal⁸⁷ : il ne s'agit plus d'une infraction de presse.

25. L'apologie de ces crimes est punissable, « y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs » précise l'article 24 depuis 2017 – l'infraction ne participe donc pas structurellement d'une remise en cause de l'autorité de la justice pénale. Cette apologie peut prendre la forme d'un éloge du crime bien sûr, mais la jurisprudence y associe aussi fréquemment l'éloge du criminel⁸⁸, ce qui est problématique : un homme est-il réductible à un crime qu'il a commis ? L'explication d'un crime, du processus qui mène à la commission d'un crime, vaut-elle nécessairement approbation ? Une campagne en faveur de la révision d'une condamnation tombe-t-elle sous le coup de la répression de l'apologie de crime ? La jurisprudence se révèle très répressive, étendant volontiers le champ de l'apologie punissable : l'apologie « indirecte », l'apologie implicite même⁸⁹, qui se découvre à partir d'éléments extrinsèques, sera condamnée par le juge français, au mépris de l'interprétation stricte du texte d'incrimination.

2. Le discours négateur d'infractions particulièrement graves

26. Depuis 1990 et la fameuse Loi Gayssot⁹⁰, un article 24 *bis* a été ajouté à la loi du 29 juillet 1881, dont le premier alinéa réprime le fait de contester « l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Dès son adoption, cette incrimination a été rattachée à ce que l'on n'appelait pas encore systématiquement « discours de haine » : la loi l'ayant introduite tendait, dans son intitulé, « à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe » ,

⁸⁷ C. pén., art. 421-2-5.

⁸⁸ V. par ex., Crim., n° 90-83.128, 16 nov. 1993.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, issue d'une proposition portée par le député communiste Jean-Claude Gayssot.

et des juges du fond y ont vu une réponse aux engagements internationaux de la France, et notamment à l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁹¹. Le Conseil constitutionnel, en 2016, a pour sa part considéré que « les propos contestant l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme »⁹².

27. La jurisprudence entend très largement la notion de contestation, qui comprend certes la négation pure et simple de l'existence d'un crime contre l'humanité, ou la négation d'une de ses modalités de mise en œuvre (l'existence de camps d'extermination à côté des camps de concentration, l'utilisation des chambres à gaz...), mais aussi la « banalisation des crimes nazis »⁹³ ou la « minoration outrancière » du nombre de morts⁹⁴ ou de l'importance de l'utilisation des chambres à gaz à l'aune de l'histoire globale du second conflit mondial⁹⁵, voire de l'épisode dit de la « Rafle du Vel'Hiv » dans l'histoire de la déportation⁹⁶. La contestation des crimes contre l'humanité peut même être caractérisée lorsqu'elle est « présentée sous forme déguisée ou dubitative ou encore par voie d'insinuation »⁹⁷. Ici comme ailleurs, les « éléments extrinsèques » sont pris en compte : cela permet d'éviter qu'une phrase sortie de son contexte fonde abusivement une condamnation ; mais cela permet aussi de caractériser l'infraction lors même que la phrase litigieuse n'était pas en elle-même suffisante à condamner son auteur, ce qui est plus problématique.

⁹¹ V. par ex., CA Paris, ch. 11, section A, 9 déc. 1992.

⁹² Cons. Const., n° 2015-512 QPC, 8 janv. 2016, § 7. Rapp. U. Korolitski, « Faut-il réprimer le révisionnisme parce qu'il est faux ? », *Raisons politiques* 2016/3, p. 85 et s. : « penser que la répression du révisionnisme est essentiellement justifiée parce que celui-ci est un discours faux méconnaît donc que cette répression est avant tout dirigée contre un acte de parole insultant ou dangereux ».

⁹³ Crim., n° 18-85.263, 13 nov. 2019, qui approuve une cour d'appel d'avoir jugé que « le lecteur de ces tweets successifs est à tout le moins conduit à comprendre qu'il lui faut douter de façon générale de la réalité des "horreurs" vécues et des souffrances endurées dans les camps de concentration, telles qu'en témoignent les survivants ; qu'ils concluent que ces réductions outrancières tant du nombre effectif que surtout de la qualité réelle des victimes de la Shoah, comme la minoration de leurs souffrances et la banalisation des crimes nazis, caractérisent le délit de contestation de crime contre l'humanité ».

⁹⁴ Crim., n° 94-85.126, 17 juin 1997 : « si la contestation du nombre des victimes de la politique d'extermination dans un camp de concentration déterminé n'entre pas dans les prévisions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, la minoration outrancière de ce nombre caractérise le délit de contestation de crimes contre l'humanité prévu et puni par ledit article, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi ». V. encore Crim., n° 96-82.731, 29 janv. 1998.

⁹⁵ Crim., n° 17-82.637, 27 mars 2018.

⁹⁶ Crim., n° 19-80.783, 24 mars 2020.

⁹⁷ Crim., n° 96-82.731, 29 janv. 1998 ; v. encore récemment : Crim., n° 18-81.770, 26 mars 2019 ; Crim., n° 18-86.263, 13 nov. 2019.

28. Depuis 2017⁹⁸, aux termes d'un second alinéa de l'article 24 *bis*, peuvent également être condamnés pour négationnisme « ceux qui auront [publiquement] nié, minoré ou banalisé⁹⁹ de façon outrancière [...] l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998 et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1 A à 224-1 C et 461-1 à 461-31 du Code pénal, lorsque [...] ce crime a donné lieu à une condamnation¹⁰⁰ prononcée par une juridiction française ou internationale ». Nuremberg et le second conflit mondial n'ont donc plus de monopole dans l'atteinte mémorielle à la liberté d'expression¹⁰¹, ce qui évitera certes d'éventuels (res)sentiments de rupture d'égalité¹⁰², quoique le Conseil constitutionnel n'y ait, en 2015, vu aucun grief d'inconstitutionnalité¹⁰³.

29. En revanche, dans une importante décision, le Conseil constitutionnel a censuré une troisième hypothèse d'incrimination portée par la même loi de 2017 : il s'agissait de réprimer « la négation de certains crimes, lorsque cette négation constitue une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale, y compris si ces crimes n'ont pas fait l'objet d'une

⁹⁸ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

⁹⁹ Où l'on voit que le législateur entérine, pour cette extension du champ du délit de négationnisme, les interprétations *ultra legem* prétoriennes concernant le premier alinéa.

¹⁰⁰ C'est là une différence majeure avec le délit d'apologie.

¹⁰¹ Sur l'opposition d'éminents historiens aux législations mémorielles (édifice dont la loi Gayssot a été la première imposante pierre), v. P. NORA et F. CHANDERNAGOR (dir.), *Liberté pour l'histoire*, CNRS Éd., 2008. Le Conseil constitutionnel croit, pour sa part, pouvoir affirmer que l'article 24 *bis* n'a « ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques » (Cons. Const., n° 2015-512 QPC, 8 janv. 2016, § 8).

¹⁰² V. les réflexions de F. SAFL, « Il y aurait donc génocide et génocide », *Dr pén.* 2015, comm. 139.

¹⁰³ Cons. Const., n° 2015-512 QPC, 8 janv. 2016, § 10 : « Considérant que, d'une part, la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi ; que, d'autre part, la négation des crimes contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale, en partie sur le territoire national, a par elle-même une portée raciste et antisémite ; que, par suite, en réprimant pénalement la seule contestation des crimes contre l'humanité commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, le législateur a traité différemment des agissements de nature différente ; que cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi [Gayssot] qui vise à réprimer des actes racistes, antisémites ou xénophobes ; que le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale doit être écarté ».

condamnation judiciaire¹⁰⁴ ». Cette incrimination posait au moins deux problèmes. D'une part, dès lors que la négation de tels « crimes » non jugés ne revêt pas, par elle-même « et en toute hypothèse, le caractère d'une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou religieux » – cette négation peut revêtir ce caractère mais pas de façon systématique, d'après le Conseil constitutionnel¹⁰⁵ –, non seulement « la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de ces crimes ne peuvent, de manière générale, être réputées constituer par elles-mêmes un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers »¹⁰⁶, mais encore, punies des mêmes peines que l'infraction d'incitation dont la matérialité est un élément de ce nouveau délit de négationnisme, il y avait là un doublon caractéristique d'une violation du principe de nécessité des délits et des peines : ces dispositions, « qui répriment des mêmes peines des propos présentant les mêmes caractéristiques, ne sont pas nécessaires à la répression de telles incitations à la haine ou à la violence »¹⁰⁷. D'autre part, le fait que l'objet de la négation soit des crimes jamais jugés comme tels revenait à « imposer au juge, pour établir les éléments constitutifs de l'infraction, de se prononcer sur l'existence d'un crime dont la négation, la minoration ou la banalisation est alléguée, alors même qu'il n'est pas saisi au fond de ce crime et qu'aucune juridiction ne s'est prononcée sur les faits dénoncés comme criminels », ce qui emportait une « incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques »¹⁰⁸. La proportionnalité exigée pour légitimer les limitations, notamment pénales, à l'exercice de la liberté d'expression faisait, d'évidence, ici défaut : la censure était donc inévitable.

¹⁰⁴ Le texte n'évoquait pas explicitement l'hypothèse où, faute de condamnation judiciaire, le législateur aurait lui-même qualifié un événement de crime contre l'Humanité pour en voir réprimée la négation, et pour cause : le Conseil constitutionnel avait déjà jugé en 2012 qu'une « disposition législative ayant pour objet de “reconnaître” un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1^{er} de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide “reconnus comme tels par la loi française” ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication » (Cons. Const., n° 2012-647 DC, 28 févr. 2012).

¹⁰⁵ Cons. Const., 2016-745 DC, 26 janv. 2017, § 194.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 195.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 196.

II. RÉGIME RÉPRESSIF DES « DISCOURS DE HAINE » INCRIMINÉS PAR LE DROIT FRANÇAIS

30. Ces cinq types de « discours de haine » faisant l'objet d'une criminalisation en droit français sont soumis à un régime répressif particulier, dont certains éléments, plutôt libéraux, découlent du fait qu'il s'agit de « discours » quand d'autres, plus sévères, sont motivés par l'aspect « haineux » des propos.

A. – *Éléments de régime tirés de la nature de « discours » des comportements incriminés*

31. Un premier élément libéral tiré du rattachement de la plupart des infractions étudiées à la loi du 29 juillet 1881 tient à ce que l'auteur des propos litigieux ne peut pas être placé en détention provisoire durant l'information¹⁰⁹. Pour le reste, il convient d'étudier un moyen de défense commun à tous les abus de liberté d'expression, tiré du bénéfice de la consécration conventionnelle de ladite liberté d'expression, ainsi qu'une identification précise et limitée des personnes à qui l'infraction caractérisant un discours de haine peut être pénalement imputée.

1. *Bénéfice in concreto de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*

32. Si aucune des cinq incriminations n'a en soi, *in abstracto*, été jugée contraire à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, il n'en demeure pas moins que, *in concreto*, dans leur application, il faut vérifier qu'elles s'y conforment, c'est-à-dire qu'elles apportent véritablement, dans l'espèce étudiée, une restriction à la liberté d'expression nécessaire dans une société démocratique. Voilà qui renforce davantage, s'il en était besoin, la grande casuistique qui caractérise la jurisprudence pénale sur les « discours de haine ». C'est que les « éléments extrinsèques » qui servent la répression peuvent parfois se retourner contre elle : ainsi, en matière d'apologies de crimes de guerre ou de collaboration avec l'ennemi, la CEDH a pu condamner la France dont les juges pénaux avaient réprimé un discours favorable au Maréchal Pétain (porté par son avocat et deux associations, qui militaient pour une révision de son procès)¹¹⁰ ou les aveux complaisants

¹⁰⁹ Art. 52 de la loi du 29 juillet 1881.

¹¹⁰ L'appréciation *in concreto* a tenu compte, outre l'ancienneté des faits dont l'apologie aurait été publiée, du fait que l'éloge portait moins sur les actes que sur l'homme, que la réhabilitation du

d'un haut gradé militaire sur la torture durant les événements d'Algérie. Pour les juges de Strasbourg, la répression pénale était, dans ces deux affaires, disproportionnée notamment au regard de l'ancienneté des événements relatés¹¹¹ (antérieurs à 1945¹¹² ou à 1962¹¹³).

33. Les juges doivent par ailleurs vérifier que le discours litigieux ne s'inscrit pas dans un « débat d'intérêt général » qui rendrait disproportionnée une condamnation, ce qui rend encore plus casuistique la jurisprudence. Par exemple, les juges français condamnaient habituellement les appels au boycott des produits israéliens relayés par certains militants pro-palestiniens sous le chef de provocation à la discrimination à raison de l'appartenance à une nation. En 2009, la CEDH a donné *quitus* à la France d'avoir condamné un maire qui avait appelé ses services municipaux à un acte positif de discrimination, par refus d'entretenir des relations commerciales avec des producteurs israéliens : ce maire, pour la Cour, n'était pas fondé à « soutenir avoir favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général ». Onze ans plus tard, dans une autre affaire où l'appel au boycott était l'œuvre non plus d'un maire mais de particuliers, la CEDH a rendu une solution en sens inverse et condamné la France en lui reprochant le systématisme de sa condamnation des appels « au boycott de produits à raison de leur origine géographique, quels que soient la teneur de cet appel, ses motifs et les circonstances dans lesquelles il s'inscrit ». Les prévenus, qui n'étaient guère soumis à la neutralité comme pouvait l'être un maire, inscrivaient leur discours dans le champ de « l'expression politique et militante » et d'un « débat contemporain » d'intérêt général relatif au « respect du droit international public par l'État d'Israël et de la situation des droits de l'Homme dans les territoires palestiniens

Maréchal Pétain était conforme à l'objet de l'association dans le cadre de laquelle agissaient les auteurs du discours et dont les autorités n'avaient jamais remis en cause l'existence en dix ans, que le texte se démarquait explicitement des « atrocités » et des « persécutions nazies » ainsi que de la « toute-puissance allemande et sa barbarie », et enfin que le parquet, après avoir initialement classé sans suite, n'avait pas interjeté appel de la relaxe prononcée en première instance.

¹¹¹ L'argument a été décisif en matière d'apologie, mais n'est, pour l'heure, d'aucune portée en matière de négationnisme, que d'aucuns qualifient pourtant d'apologie négative.

¹¹² « La Cour relève en outre que les événements évoqués dans la publication litigieuse se sont produits plus de quarante ans avant celle-ci. Même si des propos tels que ceux des requérants sont toujours de nature à ranimer la controverse et à raviver des souffrances dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire » (CEDH, 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c/ France*).

¹¹³ « Sanctionner un éditeur pour avoir aidé à la diffusion du témoignage d'un tiers sur des événements s'inscrivant dans l'histoire d'un pays entraverait gravement la contribution aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses » (CEDH, 15 janv 2009, *Orban et al. c/ France*, § 52).

occupés »¹¹⁴. Autrement dit, en matière de répression des « discours de haine », il ne saurait y avoir de systématisme punitif abstrait : chaque affaire a sa propre particularité qui doit être prise en compte et, quand même le discours litigieux réunirait les éléments constitutifs de l'une des cinq infractions, encore faudrait-il vérifier que sa répression *in casu* soit nécessaire et proportionnée. Le « débat d'intérêt général » est donc un moyen de défense qui doit être tenté, par acquit de conscience¹¹⁵, par les plaideurs.

2. Limitations des personnes pouvant se voir imputer directement ou indirectement l'infraction

34. Essentiellement réprimées dans le cadre du droit de la presse, les incriminations de « discours de haine » sont soumises aux règles d'imputation particulières de la loi de 1881. Sont punis ceux qui tiennent le discours de haine mais aussi ceux qui le relaient : selon ce système de responsabilité en cascade, le directeur de la publication est d'ailleurs tenu pour auteur principal, et le véritable auteur des propos pour complice (à moins que le directeur de la publication ne soit pas identifiable). La diffusion de tels discours par Internet¹¹⁶ a conduit le législateur à quelques adaptations : le directeur de la publication ne peut être condamné comme auteur « s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du

¹¹⁴ CEDH, 11 juin 2020, *Baldassi et al. c/ France*, sur lequel v. F. SAFI, « Appel au boycott de produits israéliens », *Dr. Pén.* 2020, comm. 154.

¹¹⁵ Certes, la plupart du temps, les juges risquent de considérer que ce qu'ils estiment être un « discours de haine » est ontologiquement impropre à s'inscrire dans un débat d'intérêt général ou public (la fameuse haine excluant bien opportunément l'intérêt général et vice-versa, en quelque sorte)... mais du moins devront-ils s'en expliquer *in concreto*, de façon circonstanciée.

¹¹⁶ La France a ratifié en 2005 la Convention européenne sur la cybercriminalité et son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, qui exige l'incrimination de 1° « la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel raciste et xénophobe » (i.e. « tout matériel écrit, toute image ou toute autre représentation d'idées ou de théories qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes ») ; 2° « l'insulte en public, par le biais d'un système informatique, (i) d'une personne en raison de son appartenance à un groupe qui se caractérise par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, ou la religion dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou (ii) d'un groupe de personnes qui se distingue par une de ces caractéristiques » ; 3° « la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie ».

message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message »¹¹⁷.

35. Le législateur français a tenté d'étendre à d'autres personnes la responsabilité pénale, en matière de « discours de haine », de façon indirecte, en créant de nouvelles infractions autonomes. Il a d'abord entendu que, par-delà l'auteur et le diffuseur de contenu litigieux, le simple lecteur-spectateur soit lui-même puni, en instaurant un délit de consultation habituelle de sites provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et montrant des images d'atteintes volontaires à la vie. Le Conseil constitutionnel a censuré ce dispositif, par deux fois¹¹⁸, le législateur ayant voulu réintroduire la disposition une première fois censurée en l'amendant, vainement. Dans un même ordre d'idées, le Conseil a également censuré¹¹⁹ le délit de « recel d'apologie du terrorisme », qui servait de parade prétorienne à la censure du délit de consultation habituelle¹²⁰. La répression des auteurs de « discours de haine » est suffisamment discutable, en bien des hypothèses, pour que la possession ou la consultation de tels discours puissent suffire à déclencher elle aussi valablement la répression, seraient-elles accompagnées d'une manifestation d'approbation : si l'approbation est publique, alors elle devient elle-même une apologie punissable, à défaut elle relève de la liberté d'opinion.

36. Ensuite, les « prestataires techniques » que sont les fournisseurs d'accès et les hébergeurs de contenu doivent « concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 et à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [...] et à l'article 421-2-5 du Code pénal¹²¹ » et donc « à ce titre mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données, [...] informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes [ces] activités illicites [...] qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et [enfin] de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites »¹²². Or la personne physique ou le dirigeant d'une personne morale exerçant cette activité de

¹¹⁷ Art. 93-3 de la Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

¹¹⁸ Cons. const., n° 2016-611 QPC, 10 févr. 2017 ; Cons. const., n° 2017-682 QPC, 15 déc. 2017.

¹¹⁹ Cons. Const., n° 2020-845 QPC, 19 juin 2020.

¹²⁰ V. F. SAFI, « Le recel de l'apologie du terrorisme : du juge qui prononce la lettre de la loi au juge qui trahit l'esprit de la loi », *Lexbase pénal* 2020.

¹²¹ Le domaine *ratione criminis* de cette obligation ne couvre pas toutes les incriminations relatives aux « discours de haine » : ne sont pas visées diffamation ségrégationniste, injure ségrégationniste et apologies de crimes autres que le terrorisme et les crimes contre l'humanité.

¹²² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6, I, 7°.

fournisseur d'accès ou d'hébergeur qui manquerait à ces obligations encourrait une peine d'un an d'emprisonnement et de 250 000 euros d'amende¹²³ (1,25 millions d'euros¹²⁴ lorsqu'il s'agit d'une personne morale). Le droit pénal soumet donc les prestataires techniques à une obligation de moyens contre la diffusion des discours de haine par Internet, qui est une sorte d'imputation indirecte.

37. Mieux : l'irresponsabilité pénale de principe dont bénéficient les hébergeurs quant au contenu hébergé ne dure que pour autant qu'ils n'aient pas eu « effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou [que], dès le moment où [ils] en ont eu connaissance¹²⁵, [ils aient] agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible »¹²⁶ ; mais le Conseil constitutionnel a circonscrit ce régime de responsabilité pénale, qui ne saurait « avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge »¹²⁷.

38. Le législateur a souhaité aller plus loin en 2020 : dans le cadre d'une lutte contre les discours de haine sur internet et plus spécifiquement sur les réseaux sociaux, il a entendu responsabiliser davantage les opérateurs de plateforme en ligne en créant deux délits de non-retrait de contenus haineux. Le premier volet du délit était constitué quand l'administration avait demandé à un hébergeur ou un éditeur d'un service de communication en ligne de retirer un contenu qu'elle qualifiait d'apologie ou de provocation au terrorisme et que ledit hébergeur ou éditeur ne s'exécutait pas dans l'heure. Le second volet du délit incriminait l'opérateur de plateforme en ligne qui, dans les 24 heures d'une notification par un tiers, ne retirait pas ou ne rendait pas inaccessible un contenu manifestement illicite (injure ségrégationniste, provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, apologie de crimes de l'article 24 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881, négationnisme). Le Conseil constitutionnel a censuré ce double dispositif¹²⁸ : la première hypothèse reposait sur une appréciation de contenus illicites par l'administration, sans

¹²³ Depuis la loi Avia de 2020 : l'amende encourue était de 75 000 euros avant.

¹²⁴ Depuis la loi Avia de 2020 : l'amende encourue était de 375 000 euros avant.

¹²⁵ Les systèmes de notification mis en place permettent cette connaissance, qui est présumée lorsque la notification satisfait aux critères de l'article 6, I, 5° de la loi du 24 juin 2004. Pour éviter les abus de notification malhonnête, l'article 6, I, 4° prévoit que « le fait, pour toute personne, de présenter aux [hébergeurs] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

¹²⁶ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6, I, 3°.

¹²⁷ Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004.

¹²⁸ Sur le caractère bienvenu de cette censure, v. F. SAFI, « La loi dite "Avia" est morte... pourvu qu'elle le reste ! », *Dr. pén.*, 2020, étude 25.

que cette illicéité soit manifeste¹²⁹ ; la seconde hypothèse confiait à l'opérateur privé le soin d'établir, après notification d'un particulier, qu'une des nombreuses infractions visées par la loi était commise alors même que les juges professionnels eux-mêmes ont du mal à appliquer les textes imprécis et parfois techniques des infractions réprimées par la loi de 1881¹³⁰, qui exigent par ailleurs souvent une recontextualisation des propos qui se prête peu à l'appréciation déshumanisée d'un algorithme auquel les opérateurs ne manqueraient pas de confier le soin de statuer sur le retrait du contenu au vu du nombre considérable de contenus potentiellement en jeu. L'incrimination du non-retrait, outre qu'elle soumettait l'opérateur à une obligation peu réaliste (procéder au retrait dans les 24h, voire dans l'heure¹³¹), n'était donc « pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi »¹³². Le débat pourrait ainsi sembler clos sur ce point, mais il ne l'est sans doute pas définitivement : il pourrait même être relancé plus tôt qu'on ne le croit, peut-être à la faveur de l'adoption du futur *Digital services act* que prépare actuellement une Union européenne tout aussi obsédée que le législateur français par la diffusion des « discours de haine » sur les « plateformes en ligne ». Affaire à suivre, donc.

B. – *Éléments de régime tirés du motif « haineux » du discours*

39. Les apologies de crimes punies par la loi de 1881 font encourir une peine sévère de 5 ans d'emprisonnement et 45 000 d'amende¹³³. Pour le reste des incriminations de « discours de haine » (diffamation ségrégationniste, injure ségrégationniste, provocation indirecte à la diffamation, à la haine ou à la violence, négationnisme), c'est une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende qui est encourue. La particularité de ces discours a conduit le législateur à envisager de soumettre leurs auteurs à la peine la plus

¹²⁹ Le caractère manifeste de l'illicéité, exigé par le Conseil constitutionnel en 2004, vaut donc pour tous les tiers y compris l'administration : hors illicéité manifeste, seuls les juges restent compétents.

¹³⁰ « Il revient en conséquence à l'opérateur d'examiner les contenus signalés au regard de l'ensemble de ces infractions, alors même que les éléments constitutifs de certaines d'entre elles peuvent présenter une technicité juridique ou, s'agissant notamment de délits de presse, appeler une appréciation au regard du contexte d'énonciation ou de diffusion des contenus en cause ».

¹³¹ Ce délai peut être une finalité de *soft law* (v. le *Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online*), mais l'on conçoit plus difficilement qu'il soit garanti pénalement.

¹³² Cons. const., n° 2020-801 DC, 18 juin 2020.

¹³³ L'apologie du terrorisme du code pénal fait encourir une peine d'emprisonnement similaire, et une amende plus élevée (75 000 euros).

grave¹³⁴ (la privation de liberté), ce qui est une rupture importante avec le caractère libéral de l'esprit de 1881.

40. Le régime des « discours de haine » s'écarte à d'autres égards de ce régime libéral initial, protecteur de la liberté d'expression : la prescription de l'action publique, par exemple, depuis 2004, n'est plus de trois mois¹³⁵ mais d'un an¹³⁶ ce qui facilite les poursuites ; à cet égard, la loi Pleven a créé un droit de constitution de partie civile pour certaines associations qui portent un intérêt collectif (officiellement distinct de l'intérêt général et de l'intérêt particulier de l'éventuelle victime directe), dont la liste n'a cessé depuis lors de s'étendre¹³⁷ : ces supplétifs du parquet peuvent, le cas échéant, déclencher l'action publique pour pallier un classement sans suite et faire mettre *in fine* leurs frais d'avocats à la charge du condamné qui devra également les indemniser du préjudice porté à « l'intérêt collectif »¹³⁸ qu'elles défendent, ce qui peut expliquer la multiplication d'associations prêtes à assurer un tel rôle¹³⁹.

41. Depuis 2017, le principe d'exclusion de la requalification des faits visés dans l'acte initial de poursuite, qui prévaut en droit de la presse, connaît une importante dérogation : en matière d'origine, race, nation, ethnie, religion, d'une part, ou de sexe, orientation sexuelle, « identité de genre » ou handicap, d'autre part, l'article 54-1 de la loi de 1881 permet désormais le jeu de requalification entre provocation à la haine, diffamation et injure. Les chefs de condamnation peuvent même être cumulés : soit dans le cadre d'un concours réel, ce qui est banal : c'est l'hypothèse où dans un même texte, une première phrase est diffamatoire, une seconde phrase est injurieuse, une troisième est provocatrice, les trois infractions sont commises l'une après l'autre¹⁴⁰ ; soit dans le cadre d'un concours idéal, ce

¹³⁴ Depuis la Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, une circonstance aggravante vise les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public qui commettraient, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ou de leur mission, les délits d'injure ségrégationniste, de provocation à la haine ou de négationnisme : « les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ». Étonnamment la diffamation ségrégationniste ne fait pas partie du champ *ratione criminis* de cette aggravation. La peine encourue pour apologie de crime grave n'est pas non plus aggravée mais cela surprend moins, étant donné qu'elle est déjà sensiblement plus sévère que les autres.

¹³⁵ Art. 65 de la loi du 29 juillet 1881.

¹³⁶ Art. 65-3 de la loi du 29 juillet 1881.

¹³⁷ C. pr. pén., art. 2-1 et s. ; Loi du 29 juillet 1881, art. 48-1 et s.

¹³⁸ Sur lequel v. M. BRENAUT, « L'intérêt général... à agir civilement devant le juge pénal », *Liber amicorum à la mémoire de Yannick Capdepon*, à paraître.

¹³⁹ Rapp. C. AMBROISTE-CASTEROT, v° « Action civile », *Rép. Pén.*, Dalloz : il s'agit de « réparer un préjudice dit collectif, mais qui ressemble fort, à la lecture de la jurisprudence, à une allocation de fonctionnement, passé et futur : l'argent, c'est le nerf de la guerre ».

¹⁴⁰ Encore que l'on pourrait se demander si ces faits ne procèdent de manière indissociable d'une action éditoriale unique caractérisée par une seule intention coupable, au point de voir *non bis*

qui est moins évident mais la jurisprudence le justifie par une différence de valeurs sociales protégées¹⁴¹.

42. Quoiqu'elles figurent encore (pour la plupart – réserve faite de l'apologie du terrorisme) au sein de la loi du 29 juillet 1881, les incriminations relatives aux « discours de haine » sont de plus en plus tirées vers le droit commun et leurs auteurs bénéficient de moins en moins des protections offertes par le droit de la presse en faveur de la liberté d'expression. La dernière manifestation de ce bouleversement nettement répressif a consisté, pour la loi du 24 août 2021, à faire sauter l'une des dernières digues processuelles protectrices en soumettant les auteurs d'apologies de crimes, de provocations à la haine, de négationnisme et d'injure ségrégationniste à la possibilité d'être jugés selon le régime expéditif de la comparution immédiate, de la comparution différée ou de la convocation par procès-verbal « sauf si ces délits résultent du contenu d'un message placé sous le contrôle d'un directeur de la publication »¹⁴².

43. Cette lutte contre les « discours de haine », telle que la pratique le droit français depuis un demi-siècle (la chose sans le mot, à la façon de Monsieur Jourdain), est un moyen – radical – « au service d'une fin (la lutte contre les comportements discriminatoires) »¹⁴³ mais sa malléabilité, ses imprécisions, la casuistique qu'il implique et la part belle qu'il fait à la subjectivité (celle de l'auteur du discours, celle prêtée au public¹⁴⁴, celle du juge qui interprète) risque bien de voir ce moyen érigé « en fin autonome (la protection contre l'exposition à des propos teintés de racisme, même lorsque celui-ci est de faible intensité et n'est pas adossé à une idéologie liberticide) »¹⁴⁵. Pire : l'évolution des débats de société, dans le monde

in idem s'appliquer, interdisant le cumul de chefs de prévention (cela suppose certes que la Cour de cassation maintienne durablement sa jurisprudence, très critiquée, sur le rôle de *non bis in idem* dans la résolution des concours d'infractions, ce dont on peut douter au vu des nombreux signaux d'infléchissement qui laissent entrevoir un prochain revirement).

¹⁴¹ Crim., n° 11-88.562, 30 oct. 2012 : « que les intérêts protégés par l'incrimination de diffamation raciale, et ceux protégés par celle de provocation à la discrimination ou à la haine à raison de l'origine ou de la race, sont différents, que ces qualifications ne sont pas inconciliables entre elles, et qu'elles sont susceptibles d'être appliquées concurremment » ; Crim., n° 98-88.201, 12 sept. 2000 : « les intérêts protégés par cette incrimination et ceux qui sont protégés par celui de contestations de crime contre l'humanité sont d'une nature différente ».

¹⁴² C. pr. pén., art. 397-6, al. 2.

¹⁴³ G. CALVES, *op. cit.*

¹⁴⁴ La jurisprudence relative à l'humour et au second degré, devenus des moyens de défense fragiles, fait la part belle à la capacité du « public » à comprendre s'il s'agit ou non de second degré (v. par exemple Crim., n° 96-84.338, 4 nov. 1997) – ce qui intéresse directement l'hypothétique subjectivité d'une masse ou, *in abstracto*, du spectateur (très) moyen. Parfois, l'Exécutif espère pouvoir même supprimer un tel débat en décrétant (comme le fit en 2014 un ministre de l'Intérieur s'appropriant à devenir Premier ministre et s'étant érigé en arbitre des élégances drolatiques), qu'untel « n'est plus un humoriste ».

¹⁴⁵ G. CALVES, *op. cit.*

anglo-saxon mais aussi en France de plus en plus, fait la part belle au « ressenti » des « groupes vulnérables » ou prétendus tels s'estimant offensés ; si ce critère devenait décisif dans l'appréciation des infractions (et singulièrement de la provocation ou de l'injure), la criminalisation des discours achèverait sa mue subjectiviste, pour ne plus offrir qu'une objectivité purement formelle entre les mains du juge pénal – et encore, quand c'est bien aux mains du juge que la question est confiée, et non en amont aux mains de l'administration¹⁴⁶ ou des opérateurs privés¹⁴⁷. « Je n'ai rien contre de telles législations, je n'ai rien à me reprocher » peut-on entendre parfois : mais précisément, avec une telle évolution, plus personne ne serait à même de savoir s'il a ou non quelque chose à se reprocher, sauf à s'imposer le plus parfait mutisme au titre d'une exécration auto-censure. La liberté d'expression s'en trouverait, assurément, une nouvelle fois malmenée et peut-être même définitivement foulée aux pieds.

Paris, septembre 2021.

¹⁴⁶ La police administrative est de plus en plus sollicitée en la matière, en amont et donc en l'absence de toute condamnation pénale. Ainsi de l'interdiction préventive, au nom de la dignité ou de la préservation de l'ordre public, d'un spectacle humoristique n'ayant encore donné lieu à aucune condamnation pénale. Ainsi encore au visa de l'article L 212-1 du Code de la sécurité intérieure, de la dissolution « par décret en conseil des ministres, [de] toutes les associations ou groupements de fait [...] qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence » : le mouvement « Génération identitaire » a vu ce texte appliqué contre lui par le Gouvernement, au printemps 2021, sans avoir été condamné pénalement pour les comportements haineux dont excipait l'exécutif. Par ailleurs, la loi du 24 août 2021 a ajouté un nouvel article 36-3 à la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, qui prévoit que « le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut prononcer la fermeture temporaire des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou à encourager cette haine ou cette violence », étant entendu que « la violation d'une mesure de fermeture d'un lieu de culte ou d'un lieu en dépendant prise en application du présent article est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

¹⁴⁷ Ceux-ci pouvant être placés sous le contrôle d'une autorité administrative : la loi du 24 août 2021 confie au Conseil supérieur de l'audiovisuel le soin de contrôler le soin mis par les opérateurs privés d'Internet contre les discours de haine et, le cas échéant, de sanctionner leurs manquements – ce CSA étant appelé à devenir prochainement ARCOM (Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique) par suite d'une fusion annoncée avec la HADOPI (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet).