

The Constitutional Treatment of Hate Speech (IV.C.1)

L'INCITATION A LA HAINE ET LA CONSTITUTION

par

Anne Cammilleri-Subrenat, Maître de conférences

Faculté de droit René Descartes, Université de Paris 5

Centre Maurice Hauriou, Centre de droit, international, européen et comparé

La haine est un sentiment de violente animosité, une hostilité violente, un ressentiment ». L'incitation à la haine est tout acte, attitude, ou comportement qui exhorte à la haine d'autrui, à la haine raciale ou xénophobe. Elle ressort de tout fanatisme, religieux ou politique. L'incitation à la haine a pour outil principal le langage, l'écrit, ou le verbe qui sont autant d'outils permettant son expression dans nos sociétés démocratiques alors même qu'elle poursuit un but illégitime, immoral, illégal, radicalement contraire au respect de la dignité de la personne humaine.

La variété de son support est considérable, le langage y est déterminant : discours politique ou langage populaire, écrits littéraires ou scientifiques, comportements asociaux multiples. Ces écrits et paroles reflètent l'intolérable de l'intolérance. Ils représentent alors la négation de la tolérance. La haine est véhiculée par le verbe, violent ou cruel : Léon Poliakov¹ a montré comment le langage utilisé par les nazis était codé et combien leur imagination destructrice était sans limites. De même, la publication du journal de Victor Klemperer² a permis de prendre conscience de l'introduction lente et vicieuse de certains mots porteurs de l'idéologie nazie. M. Henri Boulard³, Président de la Cour d'assise des Yvelines qui jugea Touvier relate « le déferlement d'antisémitisme » de ce dernier dans ses documents personnels. Hanna Arendt⁴ démontre que les mouvements totalitaires qui existent aussi dans un monde qui n'est pas totalitaire sont contraints de recourir « à la propagande appliquée ». Cette propagande est elle-même un vecteur de haine, une incitation à la haine.

L'incitation à la haine, comme tous les sentiments, traverse **le temps** : malheureusement elle traverse aussi notre Histoire avec une grande constance. Elle revêt des formes plus ou moins

¹ Par l'étude des courriers officiels allemands, Léon Poliakov souligne « la dépravation morale des SS. C'est en vain que l'on cherchera chez les membres des groupes (chargés de l'extermination des juifs) les traces des interrogations morales ou même d'une révolte consciente. Et cependant le qualificatif de « dure tâche » accolé à l'entreprise d'extermination revient comme un véritable leitmotiv..... Tandis qu'une infime minorité protestait sur le fond, c'est ainsi que la majorité des allemands, militaires ou civils, ne s'élevait que contre la forme ou l'opportunité des exterminations chaotiques, ne voulant pas ou n'osant pas s'élever contre leur principe conformes aux considérations idéologiques. C'est ainsi que de l'extermination « chaotique » les allemands sont passés à « l'extermination méthodique », passant de l'euthanasie discrète « des vies indignes d'être vécues » (aliénés), à la constitution des camps d'extermination ». Léon Poliakov : Bréviaire de la haine. Le III Reich et les juifs ». Presses pocket, Agora Calmann Levy, 1951, p.17

² Victor Klemperer : « LTI la langue du III Reich » Pocket Agora n° 202.

³ AFHJ : « la justice des années sombres », la doc. française, coll. Histoire de la justice, p 287

⁴ Hannah Arendt : « du mensonge à la violence », « les origines du totalitarisme, le système totalitarisme », Agora Pocket

exprimées, plus ou moins larvées. Elle revient à nier la vie⁵. *M. P. A. Taguieff* a, de son côté, montré combien la production et la diffusion de propos anti-juifs constituaient aussi en eux-mêmes une incitation à la haine ; il identifie ainsi les différentes formes d'antisémitisme en France : qu'ils soient « sociaux, idéologiques journalistico-littéraires ou scientifiques, basés sur des théories biologisantes, politiques ou institutionnelles »⁶

Ces formes d'antisémitisme constituent autant de vecteurs de haine, de la haine des autres.

La France n'a pas échappé à ces délires en adoptant un certain nombre de lois raciales, sous le gouvernement de Vichy,⁷ qui aujourd'hui sont une lecture insupportable pour le juriste comme pour le sociologue : citons pour illustrer ce propos *Léon Poliakov* qui analyse « la déclaration obligatoire des biens des juifs, prélude aux confiscations massives (26 avril 1938), l'étonnante injonction d'avoir à s'appeler Israël ou Sarah (18 août 1938), la suppression des dernières exceptions de faveur pour les avocats anciens combattants (27 septembre 1938), enfin le tamponnage des passeports et pièces d'identité au moyen de la lettre « J » (7 octobre 1938) ».⁸

L'une des formes d'incitation à la haine est de nos jours celle qui consiste à réviser l'histoire en niant l'holocauste, en démentant les tragédies de l'extermination comme de l'exploitation des hommes par des hommes. *M.P. Vidal Naquet* définit le révisionnisme comme « la doctrine selon laquelle le génocide pratiqué par l'Allemagne nazie à l'encontre des juifs et des tziganes n'a pas existé mais relève du mythe, de la fabulation, de l'escroquerie »⁹ Il met en exergue l'impérieuse nécessité de ne pas dialoguer avec « ces assassins de la mémoire »¹⁰.

⁵ P.M. Martin : « la haine, origine du droit ». in « pouvoir et liberté », Études offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant 1998.

⁶ P. A. Taguieff, dans son introduction à « l'antisémitisme de plume, 1940-1944 études et documents » p.30 à 31

⁷ Loi du 17 juillet 1940, loi d'épuration excluant de l'administration les agents de pères non français ; Loi du 22 juillet 1940, révision des naturalisations prévues par le régime de 1927; 3 octobre 1940 : premier statut des juifs ;29 mars 1941, création du commissariat aux questions juives ;Loi du 2 juin 1941 second statut des juifs prévoyant les quotas et le recensement des juifs Juillet 1941, Aryanisation des biens juifs - Association française pour l'histoire de la justice : « la justice des années sombres. 1940-1944. La documentation française, collection histoire de la justice n°14.nov. 2001. Denis Salas : Juger, poursuivre et défendre entre 1940 et 1944, p. 9-25 ; Alain Bancaud :Une exception ordinaire, les magistrats et les juridictions d'exception de vichy,p. 29

⁸ Léon Poliakov : Bréviaire de la haine. Le III Reich et les juifs. Presses pocket, Agora Calmann Levy, 1951, p.17 observant ainsi justement que « le concours prêté par Vichy aux Allemands fut essentiel (...). De cette complicité délibérée, rien ne pourra laver les Vichyssois... »

⁹ P. Vidal Naquet : « l'Allemagne nazie et le génocide juif » Le seuil/ Galimard, Paris 1985, p. 496 à 510 ; Il en démonte les principes toujours invoqués par leurs auteurs : « Tout témoignage direct apporté par un juif est un mensonge ou une fabulation ; 2. tout témoignage, tout document antérieur à la libération est un faux ou est ignoré ou est traité de rumeur (...); 3. Tout document en général qui nous renseigne de première main sur les méthodes nazis est un faux ou un document trafiqué. (...); 4. Tout document nazi apportant un témoignage direct est pris à sa valeur nominale s'il est écrit en langage codé, mais ignoré (ou sous-interprété) s'il est écrit en langage direct (...); 5. Tout témoignage nazi postérieur à la fin de la guerre qu'il soit porté dans un procès à l'Est ou à l'Ouest...est considérée comme obtenu, sous la torture ou par intimidation ; 6. Tout un arsenal pseudo-technique est mobilisé pour montrer l'impossibilité matérielle du gazage massif.. 7. On prouvait jadis l'existence de Dieu par ceci que l'existence était contenue dans le concept même de Dieu. C'est la fameuse « preuve ontologique ». On peut dire que, chez les révisionnistes, les chambre à gaz n'existent pas parce que l'inexistence est un de leurs attributs. C'est la preuve non ontologique ».Pierre Vidal-Naquet : « les assassins de la mémoire. Un Eichmann de papier et autres essais sur le révisionnisme ».Points seuil-Gallimard, 1985 p. 36 à 38.

¹⁰ Pierre Vidal-Naquet : « les assassins de la mémoire. Un Eichmann de papier et autres essais sur le révisionnisme ».Points seuil-Gallimard, 1985.p. 106 .« l'on peut, et on doit, discuter sur les révisionnistes ; on peut analyser leurs textes comme on fait l'anatomie d'un mensonge ; on peut et on doit analyser leur place spécifique dans la configuration des idéologies, se demander le pourquoi et le comment de leur apparition, (mais) on ne discute pas avec les révisionnistes »

Si la haine est de tout temps, elle est aussi **de tous les milieux** : Edouard Drumont, Léon Daudet, Charles Maurras, Louis Ferdinand Céline¹¹, Georges Bernanos sont quelques exemples malheureusement non exhaustifs de personnalités politiques ou littéraires qui ont véhiculé des idées fondées sur les préjugés de la haine et aujourd'hui reprises par les mouvements d'extrêmes droites¹². *M. P. Birnbaum* a ainsi indiqué au travers de son étude sur les droites extrêmes en France, qu'« une adhésion entière à un catholicisme traditionaliste provoque parfois des dérapages de dirigeants politiques de la droite modérée et c'est bien en son nom que, presque toujours, la droite extrême part en guerre contre les ennemis supposés de la France de toujours ».¹³ Son étude met particulièrement en valeur comment les mouvements nationalistes qui fondent la France sur le catholicisme voient dans les juifs, les protestants et les francs-maçons un « Etat dans l'Etat » ou encore « les quatre Etats confédérés (le juif, le franc maçon, le protestant et le métèque » de Charles Maurras. Néanmoins « certains mouvements propagateurs de haine n'ont pourtant aucun lien avec le catholicisme, pis encore le rejettent »¹⁴. *M. Birnbaum* remarque aussi qu'à la « lutte des classes se substitue la haine qui peut être commune à toutes les classes, des franc-maçons des juifs, des protestants et bientôt des immigrés d'origine musulmane qui, eux aussi, sont maintenant perçus comme voulant s'approprier l'Etat »¹⁵. Il en tire une conclusion sur « la matrice commune aux attitudes haineuses des droites extrémistes » qui est la suivante : « on trouve à chaque fois le rejet de la révolution française qui annonce celui de la révolution bolchevique, le refus de l'individualisme qui est censé en découler, la volonté au contraire de maintenir une nation communautaire au fondement organiciste dont le catholicisme apparaît comme le seul ciment intemporel, un dédain constant envers les étrangers de toutes sortes incapables de se fondre dans une identité nationale catholique »¹⁶.

Mais la haine n'est pas seulement le vecteur des mouvements nationalistes français : ainsi que le confirme *M. Birnbaum*, il y a aujourd'hui en France « une banalité du mal » ; C'est ainsi que de dérapages en dérapages « les idées de haine se diffusent bien au delà des cercles nationalistes, jusqu'à toucher parfois certaines élites de droite comme de gauche »¹⁷.

Toutes ces analyses semblent encore bien d'actualité à la lecture du rapport 2000 de la Commission Nationale des Droits de l'Homme : les sondages effectués sur la population française démontrent « une évolution de l'ethnocentrisme », « un antisémitisme que l'on n'hésite moins à afficher »¹⁸.

Comment la constitution du 4 octobre 1958 permet-elle d'appréhender ces phénomènes ?

Depuis la consécration de la valeur constitutionnelle du Préambule de 1946 et de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen par le juge constitutionnel, ce dernier approfondit sans cesse la compatibilité des principes énoncés dans ces textes. De la recherche constante de ces principes naît une technique jurisprudentielle affirmée qui lui permet de lutter contre les formes variées d'incitation à la haine. Ainsi, s'il consacre la valeur constitutionnelle des libertés d'expression et d'opinion, de libre communication, il souligne

¹¹ Annick Durrafour : « Céline, un antijuif fanatique » et Robert Belot « Lucien Rebatet, ou l'antisémitisme comme événement littéraire », in « l'antisémitisme de plume, 1940-1944 Etudes et documents » p.149 .

¹² JP. Sirinelli : « L'extrême droite vient de loin ». rev. Pouvoirs « L'extrême droite en Europe » n°87, seuil p. 13

¹³ P. Birnbaum : « La France aux français », histoire des haines nationalistes », p. 41. Seuil, 1992.

¹⁴ P. Birnbaum : pré cité, p. 47 :

¹⁵ P. Birnbaum pré-cité p. 66

¹⁶ P. Birnbaum pré-cité p. 50

¹⁷ P. Birnbaum pré-cité p. 321 .

¹⁸ N. Mayer, G. Michelat, «analyse des chercheurs : sondages, mode d'emploi : xénophobie, racisme et antiracisme en France : attitudes et perceptions», rapport 2000 de la CNDH, la documentation Française » .

aussi la constitutionnalité de leurs limites. Dès lors, il accorde une légitimité accrue aux instruments juridiques de lutte contre ces différentes formes d'incitation à la haine. Mais au delà de cette approche frontale, le juge constitutionnel en consacrant d'autres principes plus généraux, souvent considérés comme fondateurs de la République, permet de consolider la lutte contre la barbarie, la haine, l'intolérance, la xénophobie, le racisme et de l'appuyer sur un édifice constitutionnel efficace.

Car la France s'est dotée d'un régime juridique particulier, fait d'un ensemble éclaté de normes distribuées dans tous les champs, du droit social au droit pénal, du droit civil au droit administratif, permettant la lutte contre les formes variées d'incitation à la haine, qui laisse peu de liberté « aux ennemis de la liberté » (I). A cette hétérogénéité du régime répond cependant l'unité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (II).

I. Le régime juridique éclaté

L'incitation à la haine fait l'objet de diverses qualifications juridiques dont la finalité commune est de poser comme principe son interdiction (A). Ce régime d'interdiction demeure conforme à nos engagements internationaux (B).

A) L'existence de plusieurs qualifications juridiques.

Le dispositif législatif mis en place se fonde sur les grandes lois sur la liberté de la presse. Dans le but de préserver au maximum cette dernière, l'Etat français a conçu le principe de l'interdiction de l'incitation à la haine comme un droit soumis à une procédure et un formalisme important. La première conséquence de cette protection, est l'existence de plusieurs qualifications possibles d'incrimination : ainsi l'incitation combattue sera celle de « la provocation à la haine raciale », de l'interdiction de « l'apologie des crimes de guerre ou d'actes de terrorisme » ou de la « contestation de l'existence des crimes contre l'humanité ». « Provocation », « apologie » et « contestation de l'existence » sont ainsi les différentes qualifications juridiques permettant la lutte contre l'incitation à la haine en droit français.

a. La provocation, vecteur de l'incitation à la haine :

La provocation à la haine raciale est l'une des formes de l'incitation à la haine fermement combattue en France. Elle peut s'accompagner de formes variées d'injures et de diffamations qui concourent à entretenir cette excitation des esprits que contient toute incitation à la haine. Elles sont toutes sanctionnées par des règles de droit pénal.

1. La France s'est dotée d'une infraction spécifique de « provocation à la haine raciale »

Le cadre législatif. L'incitation à la haine n'est pas sans lien aujourd'hui avec certaines des formes de discriminations raciales que de nombreuses associations de lutte contre le racisme¹⁹ tentent de combattre en recourant au juge pour les faire sanctionner, c'est-à-dire en portant plainte, de manière systématique, contre leurs auteurs. Comme le soulignent les rédacteurs du rapport d'activité 2000 de la Commission consultative des droits de l'homme, les recours se multiplient devant les juridictions françaises contre les discriminations constatées par exemple à l'entrée des discothèques, des boîtes de nuits, pour l'accès au logement, lors d'un entretien d'embauche, etc.... Toutefois, une nuance est perceptible entre la discrimination et la haine : la première, tout aussi humiliante est-elle pour celui qui la subit, paraît de nature moins violente que la seconde, car elle est plus passive qu'active. Pour cette

¹⁹ voir les tristes exemples sur le site internet de sos racisme : ex : Le 6. 12. 2000, l'annulation d'un DEA du négationniste Jean Plantin.

raison le cadre législatif français de lutte contre l'incitation à la haine est circonscrit par la notion de provocation. En effet on peut considérer, à la lecture des débats parlementaires, que la notion de provocation est équivalente à celle d'incitation.²⁰

La question de la lutte contre la provocation à la haine raciste a fait l'objet de plusieurs propositions de lois dès 1968 : qu'il s'agisse des propositions de loi de *Robert Ballanger*²¹, de *Maurice Andrieux*²², d'*Achille Fould*²³, d'*Edouard Charret*²⁴, de *M. Chazelles, M. G. Monnerville et P. Giraud*, jusqu'à la proposition de loi « visant à combattre l'incitation à la haine homophobe », déposée le 1^{er} février 2000 par le groupe communiste de l'Assemblée nationale Toutes ces propositions ont tenté de renforcer les sanctions dues au titre des formes variées d'incitation à la haine.²⁵

La loi du 1^{er} juillet 1972 a modifié la loi du 29 juillet 1881 sur la presse insérant une nouvelle définition des infractions à caractère racial relatives aux moyens de publication très largement définis, mais elle maintenait le rattachement du délit raciste à la liberté de la presse. Le délit constituait ainsi une limite à cette dernière étant entendu que toute limitation à une liberté n'est pas nécessairement illégitime. En effet avant cette date, il fallait se référer à un décret-loi du 21 avril 1939 dont l'application était difficile, car le délit n'était constitué que si l'on apportait la preuve que l'injure ou la diffamation avait été formulée dans « le but d'exciter à la haine entre les citoyens et les habitants ».

Ce rattachement à la loi sur la liberté de la presse, s'il est toujours maintenu aujourd'hui, n'est plus la seule base juridique du délit d'incitation de la haine que le droit pénal français requalifie sous l'expression de « provocation à la haine raciale ».

Dans le dispositif de lutte contre ce fléau, la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, (dite « loi Gayssot ») tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe²⁶ franchit un pas supplémentaire en apportant une précision essentielle dans son art . 1 ainsi rédigé : « *Toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion est interdite* ». Il ne s'agit plus à proprement parler de lutter seulement contre une provocation à la haine raciale mais de censurer toutes les conséquences d'une telle provocation lorsqu'elle aboutit à une discrimination négative, alors même qu'elles ne relèvent pas nécessairement d'une injure ou d'une diffamation.

De même, dans le cadre spécifique de la réglementation des activités de sport, la loi du 16 juillet 1984, modifiée par la loi du 13 juillet 1992 prévoit des sanctions spécifiques en cas de provocation à la haine. Enfin la loi du 9 septembre 1986, modifiée par la loi du 16 décembre 1992 a instauré un article 24 al 4 relatif à la provocation aux actes terroristes.

²⁰ Lors de la discussion de la loi de 1972 sur la liberté de la presse le Garde des Sceaux a clairement reconnu l'aspect synonyme des deux notions d'incitation et de provocation et à inviter l'Assemblée pour des raisons de commodités législative d'utiliser la seconde : « j'ai eu la curiosité de me reporter au dictionnaire Littré, où j'ai lu que « provoquer » était le synonyme « d'inciter » Puisque le mot provoquer est celui qui figure déjà dans d'autres articles de la loi sur la presse et dans beaucoup d'autres textes de lois, je préférerais que soit conservé le vocable actuellement en usage ». JORF, débats parlementaires, séance du 7 juin 1972, JO du 8.6. p.2293.

²¹ « tendant à réprimer la provocation à la haine raciste et à rendre plus efficace la législation sur la répression des menées racistes et antisémites

²² « tendant à réprimer pénalement la ségrégation ou les discriminations raciales »

²³ « portant interdiction et dissolution des associations et des groupements de fait provoquant la haine raciste »

²⁴ « tendant à la répression des discriminations raciales et à l'incitation à la haine raciste »

²⁵ Jacques Foulon-Pigagnol : « Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale, critique des propositions de loi en instance devant le Parlement », D.1970, chron. XXXV ; « la lutte contre le racisme : commentaire de la loi du 1^{er} juillet 1972 », D 1972. chron. XL

²⁶ J.O. Numéro 162 du 14 Juillet 1990

Il résulte de l'ensemble de ce dispositif législatif que les formes les plus classiques d'incitation à la haine sont celles de la provocation à la haine raciale et parfois aux actes de terrorisme. A ces provocations, s'ajoutent des injures et diffamations variées.

Il s'avère que ces provocations, injures et diffamations favorisent un terrain propice à la discrimination sous toutes ses formes. La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations dans le cadre des relations de travail²⁷ constitue une des réponses récentes pour une répression accrue des formes variées d'incitation à la haine. C'est aussi l'une des raisons pour laquelle dans la loi Gayssot, le législateur a utilisé un triptyque indissociable basé sur « la haine, la discrimination et la violence ». La juxtaposition des notions de « discrimination » de « haine » et de « violence » a permis d'éviter de définir le racisme et a ainsi facilité le combat contre toutes les manifestations xénophobes²⁸.

La provocation publique et directe La loi du 13 juillet 1990 étendait ainsi le champ d'application des poursuites tel qu'il fut défini en 1972, et venait compléter le dispositif de la sanction pénale d'une telle infraction. L'article 24 al. 6 de la loi du 29 juillet 1881 sanctionne en effet de peines correctionnelles *« ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de la même loi, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupement 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. »* Le principe de la pénalisation de la sanction ainsi posé permettait de remplir les obligations résultant des engagements internationaux de la France et notamment celles découlant de l'art. 4 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966.²⁹

La provocation « à la discrimination, à la haine ou à la violence » pour être incriminée doit répondre à un certain nombre de conditions : Elle doit être publique quel que soit son support.³⁰ La provocation doit être directe. L'évolution de la jurisprudence tend à montrer un retour à une conception stricte de la provocation à la haine : c'est en se fondant sur l'absence de ce caractère direct de la provocation que les juges du fond ont malheureusement considéré que les propos d'une maire qui affirmait l'existence d'une inégalité des races relevait d'une simple opinion et non d'une provocation à la haine raciale.³¹

Pour arriver à cerner ce type particulier de provocation, la Cour de Cassation a exigé que le propos ou l'écrit en cause comporte expressément des termes relevant indiscutablement d'une idéologie raciste ou xénophobe, c'est-à-dire « du rejet absolu d'une personne ou groupe de personnes pour des raisons relevant exclusivement de la race, de la nationalité, de

²⁷ J.O.RF Numéro 267 du 17 Novembre 2001 page 18311

²⁸ B. de Lamy : La liberté d'opinion et le droit pénal », LGDJ, bibl. des sc. Criminelles tome 34, p.318 : l'auteur souligne notamment que « cette énumération correspond à une réalité criminologique et qu'il y a une unité criminologique de l'infraction »

²⁹ « art. 4 : les Etats condamnent toute propagande et toute organisation qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité de la race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine couleur ethnique ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciale. Les Etats s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination ».

³⁰ « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet » (Article 23 de la loi du 29 juillet 1881).

³¹ CA, Aix en Provence, 9 mars 1998, JCP 1999, IV, n°2764. B. Lamy pré cite . 325

l'appartenance ethnique ou religieuse »³². Ainsi a-t-elle considéré que la provocation était caractérisée par l'emploi des expressions « envahisseurs », « occupants de notre sol » et « étrangers irrespectueux et nuisibles » dans un tract électoral. Ou encore un article qui après avoir mis en exergue une déclaration d'un ancien Président de la République française selon laquelle « la nation française ressent l'utilité de la présence d'immigrés » procède à une énumération de méfaits mettant en cause des personnes appartenant à des communautés étrangères ».³³

De même, en ce qui concerne la sanction de la provocation aux actes de terrorisme, la provocation n'est actuellement caractérisée que si elle est directe.

Le délai de prescription. Pour assurer la protection de la liberté de la presse et de la liberté d'expression la loi met en œuvre une procédure rigoureuse qui permet d'accorder à ce secteur un droit très protecteur dont une des manifestations est la définition d'un délai de prescription extrêmement défavorable aux victimes, puisqu'il n'est que d'une durée de trois mois révolus à compter de la date à laquelle les faits ont été commis.³⁴ Une réserve doit néanmoins être faite à l'encontre des délits effectués sur internet : il résulte en effet de la jurisprudence que les délits de presse sur internet ont le caractère d'une infraction continue.³⁵

Les auteurs de la provocation. Les auteurs ne peuvent invoquer la bonne foi. Le dispositif permettait de faciliter l'identification des auteurs de la provocation en responsabilisant les directeurs ou les éditeurs de publication qui sont qualifiés par la loi « d'auteurs principaux », puis les auteurs et enfin les imprimeurs. Ce système de responsabilité en cascade facilitait ainsi la mise en jeu des responsabilités en faveur des victimes, mais il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'Homme, le 23 septembre 1994, dans l'arrêt *Jerdsild c/ Danemark*, comme contraire à la convention.

Les victimes de la provocation. La définition des victimes à qui le législateur accordait le droit d'ester en justice, fut relativement large visant « toute personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Mais la Cour de cassation en fit une interprétation stricte et il faudra attendre son arrêt du 24 juin 1997, pour que la qualification ainsi donnée s'étende « aux étrangers résidant en France lorsqu'ils sont visés pour leur non appartenance à la nation française » au sens de l'art. 24 al 6 de la loi de 1881³⁶.

En dehors des victimes directes, la loi du 13 juillet 1990 reconnaît le droit d'action au ministère public ainsi qu'à : « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts, de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discriminations fondées sur leur origine nationale, ethnique raciale ou religieuse... » (art. 48-1). C'est d'ailleurs sur cette base que la Cour de cassation a accordé le droit d'agir ... à une association qui dans ses statuts se proposait de lutter contre le racisme

³² B. de Lamy : *La liberté d'opinion et le droit pénal* », p 322.

³³ B. de Lamy : *La liberté d'opinion et le droit pénal* », p 325-326.

³⁴ C. Korman « la répression des discours racistes en France », *RTDH*, n°46, 2001, p.385 à 401.

³⁵ TGI Paris, 17^{ème} chambre, 6 décembre 2000 c/ Lang c/ Tet R Meyssan et Association Réseau Voltaire. *Légipresse* février 2001, n°178, III, p. 10, commentaire E. Derieux ; E. Jung : « responsabilité des fournisseurs sur internet et sécurité juridique », in « dossier théories réalistes du droit » par E. Millard, Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart, M. Troper, nouvelle série PUF Strasbourg n°4, 2000, annales de la Faculté de droit de Strasbourg ; B. Adler : « la loi de 1881 à l'épreuve d'internet » *Légipresse*, juin 1997, n°142, II, p.65 ; JF. Chassaing : « L'internet et le droit pénal », *D.1996*, chron.329-334

³⁶ *Bull crim*, 27 juin 1997 n°253 ; C. Korman « la répression des discours racistes en France », *RTDH*, n°46, 2001, p.398 ; C. Korman « la situation française en matière de législation antiraciste » *légipresse*, 1998, 130-133 ; Y. Mayaud, *RSC* 1998, p. 102.

anti-français et anti-chrétien en considérant que l'art. 48 -I « s'entend de toute discrimination fondée sur l'origine et l'appartenance...sans restriction ni exclusion ».³⁷ Les associations remplissant les conditions fixées par l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse peuvent également exercer un droit de réponse prévu dans le cas où des imputations susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine, de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée auraient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle (Art. 6 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication).

La sanction de la provocation. La provocation à la haine est alors passible d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 300000 F ou de l'une de ces deux peines. La sanction peut être assortie des peines complémentaires telles que la privation des droits d'éligibilité, de l'exercice d'une fonction juridictionnelle et de la diffusion de la décision de la condamnation. Le Tribunal de Grande Instance , 20 novembre 2000, dans l' affaire Yahoo, obligea ainsi l'entreprise à mettre en place un filtrage des rubriques qui pourraient être jugées comme illicites par les autorités judiciaires. De plus, la loi permet d'aggraver les peines en cas de récidive.

Outre le juge judiciaire, le juge administratif peut également intervenir dans ce dispositif de sanction. Ainsi, le Conseil d'Etat , confirma la sanction administrative du Conseil supérieur de l'audiovisuel prise sur le fondement de l'art. 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 à l'encontre de l'association « Ici et maintenant », à la suite du constat à plusieurs reprises de propos racistes et antisémites tenus par des auditeurs lors d'émissions.³⁸

D'autres dispositions législatives, en matière sportive, sont venues s'ajouter au dispositif de la loi Gayssot, notamment la loi du 13 juillet 1992 qui prévoit un amende de 1000 000 F et une peine d'un an de prison pour lutter contre les provocations de haine ou de violence dans les enceintes de sports. Ce montant demeure inférieur à celui prévu par la loi Gayssot.³⁹

Mais l'injure et la diffamation peuvent aussi revêtir une forme d'incitation à la haine raciale.

2. Diffamations et injures, vecteurs d'incitation à la haine.

Les qualifications juridiques. La diffamation est « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur et /ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé » (art. 29). L'injure est constituée par « toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait » (art. 29 al 2) .⁴⁰

Il résulte de ces définitions que seule l'allégation d'un fait précis permet de distinguer la qualification de la diffamation de celle d'injure : « Pour être diffamatoire, une allégation ou une imputation 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. A défaut d'une telle articulation, il ne s'agit que d'une injure ».⁴¹ Ainsi, « l'adjonction, à la suite d'un nom de ministre dans un éditorial des lettres SS ...constitue, en l'absence d'imputation d'un fait

³⁷ Caas. Crim, 2 mars 1993, AGRIF c/ Y et X. Légipresse n°110-IIIp. 44

³⁸ CE, sects., 9 octobre 1996, Ici et maintenant, req. n° 173073

³⁹ L. Falacho : « les mesures prises pour lutter contre le hooliganisme à l'épreuve des libertés publiques ». RDP, n°2, 2001,p.419-444

⁴⁰ Jacques Foulon-Pigagnol : «Réflexions sur la diffamation raciale, éléments constitutifs du délit et imperfections du texte actuel» , D.1970, chron. XXIX p. 135 ; E. Derieux : « lutte contre le racisme », Légipresse , octobre 1996, n°135, II, p. 121.

⁴¹ C. Cass, crim. 6 mars 1974, bull. crim. n°96.

précis, un délit d'injures publiques envers un membre du ministère ». ⁴² Le critère permettant de distinguer la diffamation de l'injure résulte donc bien de l'existence ou non de référence à un fait précis.

Le contrôle de cette qualification de l'infraction relève de la compétence de la Cour de cassation. ⁴³ Cette dernière précise que, dans le cas de la diffamation ou de l'injure raciales, les juges du fond doivent vérifier que les propos ont été tenus en raison de l'origine, de l'appartenance ou de la non appartenance vraie ou supposée des victimes à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Ils doivent caractériser le mobile raciste à défaut de quoi le délit n'est pas constitué » ⁴⁴.

La sanction. En cas de *diffamation* à l'égard d'une race, la peine encourue était d'un mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 300 000 F. L'*injure* raciale est sanctionnée par 6 mois d'emprisonnement et 150 000 f d'amende.

La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime contient des dispositions relatives au droit de la communication qui a eu pour effet de dépenaliser un certain nombre de diffamations et d'injures ⁴⁵ mais elle maintient ces peines d'emprisonnement pour les diffamations et injures de caractère racial ⁴⁶. Il en est de même des provocations « à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale » (art. 24 de la loi de 1881), ainsi que des dispositions de la loi Gayssot relative à la contestation de crimes contre l'humanité (art. 24 bis) et l'apologie de crimes.

Face à l'éclatement des qualifications juridiques permettant de lutter contre les diverses manifestations d'incitation à la haine, un avant projet de loi « relatif à la lutte contre la diffusion d'idées racistes ou xénophobes en 1994 a tenté en vain une simplification : il permettait d'abandonner la distinction faite entre les trois infractions de « provocation à la discrimination ou à la haine ou à la violence », de diffamation et d'injure raciale et d'étendre le délai de prescription de 3 mois à un an. Son autre avantage eût été d'extraire ce délit de la loi sur la presse faisant de la diffusion de messages racistes ou xénophobes un délit de droit commun. ⁴⁷ Enfin il aurait eu le mérite d'aggraver les sanctions pénales (500000 F et 2 ans d'emprisonnement) pour le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales. ⁴⁸ Cet avant projet de loi n'a pas abouti.

Lorsque l'incitation à la haine contient par elle même des propos diffamatoires ou injurieux, ou lorsque ces manifestations sont les conséquences de comportements incitant à la haine, elle est ainsi pénalement sanctionnée. Mais l'incitation à la haine peut encore revêtir un degré supplémentaire de gravité lorsqu'elle prend la forme juridique d'apologie de crimes ou d'atrocités.

⁴² Ccass, crim 6 mars 1974, bull n° 97

⁴³ Ccass. Crim, 6 mars 1974, bull crim n°98

⁴⁴ B. de Lamy : La liberté d'opinion et le droit pénal », LGDJ, bibl. des sc. Criminelles tome 34, p. 220-221

⁴⁵ Cette suppression correspond à la réalité des juridictions qui ne prononçaient pas de peines d'emprisonnement pour ces délits : E. Derieux : « la loi du 15 juin 2000 et le droit de la communication ». LPA, 18.7.2000 n°142, p.16-19 et « droit à l'image et droit de l'image » LPA 11 avril 2000 n°79 p.9-15 et LPA 12 avril 2000 n°73 ; MN Louvet : « les nouveaux délits de presse de la loi du 15 juin 2000 », Légipresse 2000 n°177 p.142

⁴⁶ L'actuelle nouvelle discussion à l'Assemblée Nationale des aménagements qui pourraient être apportés au dispositif de la loi ne semble pas remettre en cause la pénalisation de la sanction étudiée. Le Monde du 11 janvier 2002.

⁴⁷ E. Derieux : « lutte contre le racisme », Légipresse, octobre 1996, n°135, II, p. 122 ; R. de Gouttes : « à propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme » ; Mélanges en hommage à Louis Ferdinand Pettiti, Bruylant, 1998, p.263

⁴⁸ D. Turpin : « la lutte contre le racisme, l'antisémitisme, la xénophobie et le révisionnisme ». LPA, 1994 n°117

b) L'incitation à la haine peut aussi revêtir la forme de l'apologie de crimes:

Lorsque l'incitation à la haine prend la forme d'apologie de crimes elle revêt également un régime hétérogène.

1. Les différentes formes de l'apologie de crimes:

La variété des qualifications . Il existe plusieurs formes d'apologie de crimes qui peuvent être analysées comme autant de justifications éloquents d'une transgression, d'un passage à l'acte interdit par les lois, relevant alors des formes d'incitation à la haine. L'apologie d'un crime est « le fait de présenter ce crime comme un acte digne d'éloges et d'en féliciter ou d'en glorifier l'auteur. Elle doit dénoter, par sa forme même, l'intention non de discuter une théorie, de soutenir une réforme, mais d'agiter et de remuer les passions (...) L'apologie est constituée non par le seul éloge de l'acte, mais également par sa justification ».⁴⁹ Le cadre législatif n'est pas unique. Plusieurs lois permettent de lutter contre ces manifestations de haine.

En premier lieu existe une forme d'apologie, non qualifiée expressément comme telle par le législateur, qui est celle qui vise les publications qui présenteraient « sous un jour favorable » la haine et qui pourraient toucher la jeunesse. La loi du 16 juillet 1949 en interdit la publication⁵⁰.

En deuxième lieu, le cadre de la loi du 5 janvier 1951 a incriminé toute apologie des crimes de guerre et des délits de collaboration avec l'ennemi tels qu'ils furent définis par l'ordonnance du 28 novembre 1944.

En troisième lieu, la loi du 9 septembre 1986 sanctionne l'apologie des actes terroristes.

Enfin, la loi du 31 décembre 1987 introduit dans la loi de 1881, par l'art. 24 al 1, un nouveau délit « la provocation aux crimes et délits », intégrant notamment l'apologie des crimes contre l'humanité ou de crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi. De plus, la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité⁵¹ dans son article 1^{er} énonce que « La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité ».

La variété des contentieux. Ont ainsi été qualifiés d'apologie directe et sanctionnés « tout texte de nature à inciter tout lecteur à porter un jugement de valeur morale favorable aux dirigeants du parti national-socialiste allemand condamnés comme criminels de guerre par le Tribunal international de Nuremberg et constituant un essai de justification partielle de leurs crimes ».⁵² Il en est de même des articles de presse qui tendaient à légitimer la collaboration avec l'ennemi du Maréchal Pétain et de Laval qui énonçaient que ces gouvernements « étaient légitimes et légaux ».⁵³ De même, la Cour de cassation a, le 16 novembre 1993, rejeté le pourvoi d'une association qui militait pour la réhabilitation du Maréchal Pétain et condamnée

⁴⁹ B. de Lamy : La liberté d'opinion et le droit pénal », LGDJ, bibl. des sc. Criminelles tome 34, p 356

⁵⁰ B. de Lamy : La liberté d'opinion et le droit pénal », LGDJ, bibl. des sc. Criminelles tome 34, p.353

⁵¹ J.O. Numéro 119 du 23 Mai 2001 page 8175

⁵² (Crim. 14 janvier 1971, *Bull. crim.* n° 14).

⁵³ Pour d'autres exemples : B. de Lamy : La liberté d'opinion et le droit pénal », LGDJ, p 360 et svtes.

pour apologie des crimes de collaboration avec l'ennemi par les juges du fond. La Cour a considéré « qu'en présentant comme digne d'éloge une personne condamnée pour intelligence avec l'ennemi, l'écrit a magnifié son crime et, ainsi, fait l'apologie dudit crime »⁵⁴. La Cour de cassation appuyait son raisonnement sur les limites possibles à la liberté d'expression que prévoit l'art. 10 §2 dès lors « qu'elles constituent, comme en l'espèce, des mesures nécessaires à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique ». Cette solution a néanmoins été considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme contraire à la liberté d'expression. Enfin, le 25 janvier 2002, les éditeurs du livre du Général Aussaresses décrivant et approuvant la torture pendant la guerre d'Algérie ont été condamnés par la 17ème chambre du Tribunal de Grande Instance pour apologie de crimes de guerre à payer la somme de 15 000 euros pour chaque éditeur et 7500 euros pour le général. Les associations qui s'étaient constituées parties civiles ont obtenu la réparation symbolique du préjudice moral.⁵⁵

2. La contestation de l'existence des crimes contre l'humanité.

Définition. La Cour de cassation a, à l'occasion du procès de Klaus Barbie, précisé que les crimes contre l'humanité pouvaient faire l'objet de poursuites sans que la notion de frontière et des règles extraditionnelles puissent être opposables⁵⁶ ; Elle affirmait ensuite que ces crimes étaient imprescriptibles par nature, à la différence des crimes de guerre⁵⁷, pour enfin leur donner une définition plus large que celle permettant de viser les seuls crimes effectués pendant la seconde guerre mondiale. Sont désormais visés tous : « les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre des adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».⁵⁸

La loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 crée un nouveau délit de contestation de crimes contre l'humanité par un art. 24 Bis : « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, 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. ». Il s'agissait de mettre un frein au négationnisme.

Les victimes. En dehors des victimes directes, « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi et en ce qui concerne l'infraction prévue par l'article 24 bis. » (l'art. 48-2.)

La sanction pénale. La loi du 13 juillet 1990 prévoit la sanction énoncée à l'art. 24 al 6 de la loi sur la presse ainsi que des peines complémentaires d'affichage et de publication de la

⁵⁴ Ccass. Crim, 16 novembre 1996, Bull n°341. B. Lamy pré-cité p. 363

⁵⁵ Le Monde, 27-28 janvier 2002, p.6

⁵⁶ Ccass. Crim, 6 octobre 1983, JCP1983, II. 20107

⁵⁷ Ccass. crim, 26 janvier 1984, JCP 1984, II, 20197

⁵⁸ Ccass. crim, 20 décembre 1985, JCP 1986,II,20655.

condamnation « dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue ».

La condamnation du négationnisme par les juridictions judiciaires françaises. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1990, le juge judiciaire avait déjà sanctionné les thèses révisionnistes d'un universitaire sur la base de la violation de son statut. Ainsi le Tribunal de Grande instance de Paris, le 8 juillet 1981 dans l'affaire « Faurisson », avait condamné à réparer le préjudice moral subi par des associations requérantes « l'historien qui conclut que le génocide des juifs, tout comme l'existence affirmée des chambres à gaz, ne forment qu'un seul et même mensonge historique ayant permis une gigantesque escroquerie politico – financière ». Le tribunal a considéré que l'historien avait manqué « aux obligations de prudence, de circonspection objective et de neutralité intellectuelle qui s'imposent au chercheur »⁵⁹ Cette affaire renforçait la teneur des propos de *M. Vidal Naquet*⁶⁰ et d'autres auteurs⁶¹ qui soulignaient l'imposture de l'entreprise révisionniste, de « l'apologie du crime par dissimulation du crime ».

L'entrée en vigueur de la loi Gayssot a permis la pénalisation des sanctions à l'encontre des thèses révisionnistes. M. Faurisson fut condamné, ainsi que M. Boizeau, rédacteur en chef du magazine d'extrême droite « le choc du mois », en sa qualité de complice par le TGI de Paris, comme coupable du délit de « contestation de crime contre l'humanité, jugement qui fut confirmé en appel le 9 décembre 1992. M. Faurisson ne s'était pas pourvu en cassation. M. Boizeau le fit et son pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation⁶². Cette dernière fonda son rejet sur la compatibilité de la loi Gayssot avec l'art. 55 de la constitution et considéra que son application était compatible avec les obligations contractées par la France, notamment celles relevant de l'art. 10 de la CEDH et de l'art. 19 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

De même, la Cour de cassation a retenu la qualification de contestation de l'existence de crimes contre l'humanité à l'encontre de propos visant à réduire de manière outrancière le nombre de victimes du génocide juif lorsqu'elle est faite de mauvaise foi.⁶³ Quant à la Cour d'Appel de Paris, elle a condamné M. Garaudy à une peine de trois mois d'emprisonnement avec sursis pour la publication d'un ouvrage « sur les mythes fondateurs de la politique israélienne ». Elle a considéré qu'il était coupable de l'incrimination de l'art. 24 bis ainsi que sur la base de la diffamation pour atteinte à l'honneur et à la considération de la communauté juive. Pour retenir cette incrimination, la Cour d'appel s'est appuyée sur la qualité d'universitaire et de spécialiste du moyen orient que le requérant revendiquait.⁶⁴

⁵⁹ TGI de Paris, 8 juillet 1981 Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres c/ C. Faurisson, D. 1982, jurisp. p. 59, note de B. Edelman p.60-63.

⁶⁰ P. Vidal-Naquet : « les assassins de la mémoire. Un Eichmann de papier et autres essais sur le révisionnisme ». Points seuil-Gallimard, 1985 p.81 ; 94 et 105. Il situe l'entreprise révisionniste dans le discours historique : « sa perfidie est précisément d'apparaître pour ce qu'elle n'est pas, un effort pour écrire et penser l'histoire. Il ne s'agit pas de construire un récit vrai. Il ne s'agit pas non plus de réviser les acquis prétendus de la science historique. Rien de plus naturel que la révision de l'histoire, rien de plus banal. Le temps lui-même modifie le regard non seulement de l'historien mais du simple laïc (...) mais nier l'histoire n'est pas la réviser »

⁶¹ Comme l'écrivent Nadine Fresco et Jacques Baynac « curieux historiens en vérité que ces gens qui au lieu de s'attacher connaître le déroulement exact des événements s'intitulent juges des pièces à conviction d'un procès qui n'a lieu que parce qu'il nient l'existence de l'objet du litige et qui à l'heure du verdict seront donc nécessairement amenés à déclarer fausses les preuves contraires à l'a priori dont ils ne démordent pas. » revue d'études palestiniennes n°1, 1981 auteurs cités par Vidal Naquet p. 150 ; R. Libchaber : « l'histoire aux prises avec le droit », RTDCiv. 1999, p.245

⁶² P. Washmann : « Liberté expression et négationnisme », RTDH, 2001, p. 597

⁶³ Ccass, 17 juin 1997, bull crim n°236

⁶⁴ CA, 11 ch., du 16.12.1998, R. Garaudy c/ Min. Public, Licra et autres. Légipresse 1999, LP. N°159,III, 35.

Le rôle des juridictions administratives françaises. Par ailleurs les auteurs de telles thèses ne sont pas à l'abri de poursuites devant les juridictions administratives par le biais des dispositions législatives protectrices des adolescents et mineurs ou de celles relatives aux enseignants chercheurs. Ainsi le Conseil d'Etat, le 29 juillet 1994, par son arrêt « Roques » confirma l'arrêté du ministre de l'intérieur qui interdisait de proposer, de donner ou de vendre « la revue d'histoire révisionniste » aux enfants et adolescents en raison « de la place faite à la discrimination ou à la haine raciale »⁶⁵. Pour reconnaître que l'arrêté n'était entaché d'aucune erreur de droit ni de détournement de procédure, le Conseil d'Etat s'appuyait sur la législation du 31 décembre 1987 modifiant la loi du 16 juillet 1949, assurant la protection des mineurs contre toute publication présentant un danger pour la jeunesse. De la même manière il confirma la décision du Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche statuant en matière disciplinaire qui avait considéré qu'un maître de conférences qui publiait un article contribuant à la campagne négationniste manquait à ses obligations de tolérance et d'objectivité relevant de l'art. 57 de la loi du 26 janvier 1984 relative au statuts des enseignants chercheurs.⁶⁶

Il nous reste à vérifier que l'ensemble de ce dispositif de lutte contre l'incitation à la haine comprenant la sanction des provocations, de l'apologie ou de la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité est conforme à nos engagements internationaux.

B) La sanction de la variété d'incitation à la haine est conforme à nos engagements internationaux

Les modes de sanction contre les formes variées d'incitation à la haine sont conformes aux engagements internationaux et européens de la France.

a- la conformité aux engagements internationaux.

La France est liée par un certain nombre d'engagements internationaux et européens qu'elle a ratifiés et pour lesquels elle a formulé parfois des réserves. Elle est aussi soumise au respect du droit de l'Union Européenne. L'ensemble des obligations internationales et européennes liant la France contribue à consolider la légitimité des atteintes formées à l'encontre de la liberté d'expression dès lors qu'il s'agit de sanctionner les différentes formes d'incitation à la haine.

1. Les normes internationales. Sur la base de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, les obligations découlent notamment de l'art. 2 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁶⁷ et du *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* adoptés par l'Assemblée Générale des Nations le 16 décembre 1966. Dans ce dernier cas, la France a formulé un certain nombre de réserves en rapport avec les formes d'incitation à la haine. Il s'agit essentiellement de l'art. 19⁶⁸, 20 et 27 : la France a

⁶⁵ CE, 2 et 6ème sections réunies, Roques, 29 juillet 1994, req. n°118.857

⁶⁶ CE, sects. 28 septembre 1998, Notin, req. n° 159236.

⁶⁷ les Etats parties s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine sociale, la fortune la naissance ou toute autre situation »

⁶⁸ art 19 § 1 « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions » et l'art.19 § 2 « Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de recherche, de recevoir et de répandre des informations, et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

notamment formulé une réserve sur l'art. 20 §2⁶⁹ en raison de la difficulté de compatibilité entre son énoncé large et le principe des restrictions à la liberté d'expression (art. 10 §2 CEDH) ainsi qu'avec l'art.17 CEDH qui permet des restrictions à la liberté d'expression pour limiter les manifestations à la haine et au racisme.⁷⁰

De plus la France est liée par l'art. 4 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966 en vertu duquel « les Etats condamnent toute propagande et toute organisation qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité de la race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou ethnique ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciale»⁷¹

Une autre réserve concerne l'art. 27 du Pacte international des droits civils et politiques à propos de la reconnaissance des groupes minoritaires dans une République qui se « déclare une et indivisible ».⁷²

Enfin de manière plus spécifique, d'autres obligations peuvent venir renforcer ce dispositif, comme celles découlant de la convention internationale du travail sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée le 25 juin 1958 et de la Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans l'enseignement adoptée le 14 décembre 1960.

2. La décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies conforte le dispositif français de lutte contre le négationnisme. La France a signé le protocole facultatif du Pacte de 1966 qui reconnaît la compétence au Comité des droits de l'homme des Nations Unies pour recevoir les plaintes des particuliers concernant les violations des Droits de l'Homme commises par un Etat partie. Cet engagement a permis de manière assez inattendue de renforcer la lutte contre le négationnisme en France.

En effet, la loi Gayssot n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, certains détracteurs tentèrent, en vain, d'obtenir le constat de son incompatibilité avec les engagements internationaux mentionnés. Alors même que les voies de recours internes n'étaient pas épuisées, le Comité avait déclaré recevable la communication de M. Faurisson en 1995 et avait notamment rejeté l'argument basé sur le protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en vertu duquel les droits individuels de M. Faurisson auraient été violés par la loi Gayssot. L'argumentaire du Comité reposait sur la suprématie du pacte international sur ladite loi. Il considérait alors que les restrictions à la liberté d'expression opérées par la loi Gayssot étaient compatibles avec l'art. 19 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 et notamment avec sa disposition en vertu de laquelle des restrictions à la liberté d'expression sont compatibles avec le respect des « intérêts d'autrui ou de la communauté dans son ensemble » : tel est le cas en l'espèce du « droit de la communauté juive de ne pas craindre de vivre dans un climat d'antisémitisme ». ⁷³ Cette solution va dans le sens de la jurisprudence internationale qui fait de l'interdiction de la

⁶⁹ Art. 20 §2 « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi. »

⁷⁰ CCE, « moyens juridiques pour combattre le racisme et la xénophobie », OPOCE, 1992

⁷¹ Adhésion de la France par la loi n° 71-392 du 28 mai 1971 ; Patrick Washmann : « liberté d'expression et négationnisme », RTDH, mars 2001, p.585 à 599

⁷² art. 27 : « Dans tous les Etats où existent des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

⁷³ Xavier Tracol, Légipresse, mai 1997, n°141, II-57 ; Patrick Washmann : « liberté d'expression et négationnisme », RTDH, mars 2001, p.595

discrimination raciale « une véritable règle du droit international coutumier ». ⁷⁴ On peut alors retenir la définition de la discrimination donnée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui vise toute mesure qui a pour « effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance, ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ⁷⁵

La décision de compatibilité de la loi avec le Pacte rendue par le Comité international des droits de l'homme a permis de consolider le dispositif législatif, donc de conforter la légitimité des interventions législatives en ce domaine.

Il en est de même des arrêts du 23 février 1993 et du 20 décembre 1994 de la Cour de Cassation qui ont confirmé la compatibilité des dispositions de la loi Gayssot avec l'art. 4 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966. Cette évolution confirme, selon l'expression de M. R. de Gouttes, « la déchéance » du principe de la liberté d'expression en faveur des auteurs des thèses négationnistes : « il ne s'agit pas d'une question d'opinion, c'est un délit punissable » ⁷⁶.

Si le droit international est largement venu conforter le dispositif de lutte contre les différentes formes d'incitation à la haine, le droit européen offre quant à lui un soutien plus contrasté (b).

b. Les obligations relevant du droit de l'Union Européenne et du droit européen.

Les principales obligations résultent de la convention européenne des sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et du traité sur l'Union européenne signé à Amsterdam et en vigueur depuis le 1^{er} mai 1999. Il s'avère d'une part que la protection offerte par la CEDH contribue à définir une limitation partielle du droit français. D'autre part, en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la récente prise en compte par le traité d'Amsterdam de la nécessité de sanctionner les différentes formes d'incitation à la haine mérite d'être approfondie.

1. Les obligations découlant de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. En ce qui concerne la CEDH, les dispositions les plus contraignantes en l'occurrence sont celles relatives à la liberté d'expression (art. 10) et l'art. 14 en vertu duquel la jouissance des droits et libertés qu'elle définit doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur « la race, la couleur, la langue, la religion, l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale ». Le protocole 12 facultatif relatif à la lutte contre les discriminations n'a pas été signé par la France. Le modèle européen de protection des droits de l'homme n'est pas en ce qui concerne la protection de la liberté d'expression aussi extrême que le droit américain qui accorde une place quasi absolue au premier amendement de la constitution, fragilisant ainsi toute législation antiraciste. ⁷⁷ Néanmoins l'œuvre du juge européen n'est pas sans poser de difficultés à la France qui y voit à la fois une aide à sa lutte contre certaines formes d'incitation à la haine et d'autre part une immixtion forte de la Cour dans sa marge d'appréciation de la lutte contre certains crimes.

⁷⁴ G. Cohen Jonathan : « le droit de l'homme à la non discrimination raciale », RTDH, 2001, p.665 à 688.

⁷⁵ obs. 18 (37) CCPR/C/21/rev.A/add.1

⁷⁶ R. de Gouttes : « à propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme » ; Mélanges en hommage à L.E.Pettiti, Bruylant, 1998, p.260 et G. Cohen Jonathan précité.

⁷⁷ K. Bird « l'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux Etats Unis ». RFDC n°46, 2001 p.265 à 289.

La commission européenne des droits de l'homme a toujours considéré que les requérants négationnistes invoquant une violation de la liberté d'expression étaient irrecevables et a toujours fait preuve d'une grande sévérité⁷⁸. A de multiples occasions, elle a fondé ses décisions sur l'art. 17 de la convention admettant la compatibilité de restrictions à la liberté d'expression comme nécessaire dans une société démocratique.⁷⁹ Le négationnisme entrait ainsi logiquement dans ce raisonnement.

Ce dernier fut confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lehideux et Orsoni c/ France* le 23 septembre 1998⁸⁰ qui précisa que le négationnisme ne permettait pas d'invoquer les dispositions protectrices de la liberté d'expression, en se basant sur l'art. 17 CEDH.

La Cour européenne a considéré depuis son arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside*, qu'en tant que « l'un des fondement essentiels d'une société démocratique », la liberté d'expression devait être protégée, même si cela impliquait que des propos tenus puissent « heurter, choquer ou inquiéter ». Dans le cadre de cette protection large du champ d'application de la liberté d'expression, la Cour a admis, dans l'affaire *Jersild*, que la sanction d'un journaliste ayant diffusé des propos d'un groupe de jeunes affichant des attitudes racistes constituait une ingérence dans la liberté d'expression prévue par la loi et poursuivait un but légitime. Néanmoins, considérant que la sanction pénale violait le principe de proportionnalité (le journaliste lui-même n'ayant pas émis de tels propos, son rôle ayant été simplement de sélectionner certaines parties de l'entretien recueilli), elle a condamné l'Etat, sur la base de la violation du principe de proportionnalité.⁸¹ On sait que cet arrêt a été particulièrement critiqué par la doctrine, notamment par la comparaison faite avec l'arrêt *Otto Preminger-institut* : La Cour avait alors considéré que la confiscation et la saisie du film du cinéaste qui consistait « en une satire assez vive de l'Eglise catholique sur la base du code pénal condamnant la diffusion de propos racistes ne violait pas le principe de proportionnalité ».⁸² La doctrine a critiqué le fait que le blasphème, condamné par une loi pénale relevant des « idées » soit aussi durement sanctionné au niveau européen, alors que quelques jours auparavant le journaliste ayant favorisé la diffusion des propos racistes faisait l'objet d'une protection excessive par la liberté d'expression.⁸³ De même, la Cour européenne, dans l'arrêt *Association Ekin*,⁸⁴ a montré qu'elle entendait contrôler la marge de manœuvre dont dispose l'Etat pour définir « le besoin social impérieux » justifiant les limites apportées à la liberté d'expression. Le ministre de l'intérieur français avait interdit la diffusion d'un ouvrage « *Euskadi en guerre* ». En l'espèce, la Cour a souligné un certain nombre de points négatifs concernant les

⁷⁸ Décisions citées par Patrick Washmann : « liberté d'expression et négationnisme », RTDH, mars 2001, p.593

⁷⁹ pour une analyse plus détaillée, voir Cohen Jonathan : « le droit de l'homme à la non discrimination raciale », RTDH, 2001 p. 667 et svtes.

⁸⁰ (55/1997/839/1045)

⁸¹ CEDH, 23 septembre 1994, *Jersild c/ Danemark*

⁸² CEDH, 20 septembre 1994 : *Otto Preminger-institut c/ Autriche* commentaire de F. Rigaux : « la liberté d'expression et ses limites », RTDH, 1995, p.401-415

⁸³ G. Haarscher : « le blasphémateur et le raciste », RTDH, 1995, p. 416-422. G. Cohen Jonathan « discrimination raciale et liberté d'expression » RUDH, 1995, p. 1 et le commentaire de l'art. 10 in « la CEDH, commentaire article par article. L.E. Pettiti, E. Derieux, PH. Imbert, Economica p.465-417; F. Sudre « droit de la convention européenne des droits de l'homme » JCP, 1995, I ;3823 ; R. Errera « la cour européenne des droits de l'homme –réflexions sur de singulières variations Gaz. Pal. 21-22 juin 1995, p.37 ; P. Lambert : « Racisme et liberté d'expression dans la coEDH » in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne », ed. Carl Heymanns Verlag KG p.735-742 . R. de Gouttes : « à propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme ». in les mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant, 1998, p.251 à 265

⁸⁴ CEDH, *Association EKIN c/ France* 17 juillet 2001

dispositions législatives dérogatoires en matière de publication de provenance étrangère en France (la compétence donnée au ministre de l'intérieur pour interdire sur l'ensemble du territoire français la circulation de ces écrits ; le caractère particulièrement flou de l'expression « de provenance étrangère », l'exclusion de tout sursis à exécution). Elle en a déduit que le contrôle juridictionnel existant en ce qui concerne ces publications ne réunit pas les garanties suffisantes pour éviter les abus ; elle estimait que l'arrêt ministériel visé ne répondait pas « à un besoin social impérieux » et « n'était pas proportionné au but poursuivi ». Elle en a conclu que l'art. 14 de la loi de 1881 ne pouvait pas être considéré comme « nécessaire dans une société démocratique ».

Mais l'étude du contentieux de la CEDH confirme aussi que la liberté d'expression peut, voire doit , être limitée dès lors que les écrits ou les propos tendent à la contestation de la réalité historique du génocide juif, ou conduisent à relativiser les atrocités commises à l'encontre des juifs pendant la seconde guerre, ou lorsque des activités fondées sur une idéologie nationale socialiste sont en cause : il s'agit , comme l'écrit M. P. Lambert, de ne pas reconnaître à la liberté d'expression une « primauté absolue sur tous les autres droits, ce qui ramène à la nécessité d'une échelle de valeurs ».⁸⁵

Ainsi si dans l'affaire l'affaire Lehideux et Orsoni c/ France le 23 septembre 1998, la Cour européenne a condamné le négationnisme, elle a, aussi rappelons le, condamné la France pour violation des limites de la liberté d'expression (art. 10 § 2). La Cour européenne a estimé, par quinze voix contre six, « la condamnation pénale subie par les requérants disproportionnée et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique. Partant, il y a eu violation de l'article 10 ». Plusieurs opinions dissidentes ont été publiées : Elles visaient essentiellement le respect de la marge d'appréciation dont dispose chaque Etat pour évaluer si l'ingérence était nécessaire ou non . Les juges dissidents ont considéré que les juridictions nationales étaient mieux placées que la Cour « pour se prononcer sur les éventuelles conséquences pénales de la publication de l'encart publicitaire litigieux et, dès lors, pour apprécier la nécessité de condamner les requérants, pour apologie des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi (article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) »⁸⁶.

Malheureusement, avec M. Cohen Jonathan, on ne peut que regretter cette solution ,en ce qu'elle permet « *d'absoudre l'apologie de la collaboration (...). La Cour dans cet arrêt à tout le moins insolite et d'une faiblesse juridique consternante a fait la preuve d'une incohérence supplémentaire en matière de détermination de la marge d'appréciation. Mais cette fois elle a franchi la ligne rouge difficilement supportable* »⁸⁷

Il résulte de cette brève analyse du contentieux européen un bilan mitigé quant à l'aide que ce dernier apporte à la lutte contre les différentes formes d'incitation à la haine. Si la Cour confirme dans l'ensemble le dispositif français de lutte contre les théories négationnistes et refuse à leurs auteurs le droit d'invoquer les dispositions relevant de la liberté d'expression, sur la base de l'art. 17, son contrôle du principe de proportionnalité de la peine laisse entrevoir une faille dans le dispositif de la lutte contre les différentes formes d'incitation à la haine.

⁸⁵ P. Lambert : « Racisme et liberté d'expression dans la coEDH » in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne », ed. Carl Heymanns Verlag KG.. p.742

⁸⁶ par exemple les opinions dissidentes de M. Casadeval et de M. Morenilla

⁸⁷ G. Cohen Jonathan : « le droit de 'homme à la non discrimination raciale », RTDH, 2001, p. 688

Quant au droit de l'Union européenne, sa récente prise en compte de ces phénomènes oblige à la patience pour y déceler une certaine efficacité.

2. Les obligations résultant du droit de l'Union Européenne.

Le droit issu de la convention européenne du 4 novembre 1950 n'est pas la seule source pour la définition des obligations mises à la charge de l'Etat dans le domaine de la répression de l'incitation à la haine. Les obligations découlant du droit de l'Union européenne lorsqu'elles concourent à mettre en place des dispositions de lutte contre les discriminations permettent aussi la limitation des diverses formes d'incitation à la haine.

Avec le traité sur l'Union européenne et le droit dérivé⁸⁸ coexistent un certain nombre de normes contraignantes. Tel est le cas lorsque le traité met notamment en place, avec l'art. 7 UE, un dispositif de protection contre « la violation grave et persistante par un Etat membre des principes énoncés par l'art. 6 UE »⁸⁹ ; c'est également le cas lorsque par les articles 12 et 13 CE, la compétence est reconnue concurremment au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen pour adopter toute « réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations » ou au Conseil seul et statuant à l'unanimité, après consultation du Parlement européen pour « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toutes les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » (art. 13 CE). S'il est vrai que la notion de citoyenneté européenne peut en revanche être exclusive à l'encontre des non ressortissants de l'un des Etats de l'Union, ces dispositions peuvent de par l'exclusion qu'elles impliquent entraîner insidieusement des formes d'incitation à la haine⁹⁰ : dès lors les mesures adoptées dans le cadre de l'Union relatives au droit d'asile, à l'harmonisation des politiques des visas, ou encore par la possibilité de créer des coopérations renforcées entre un nombre minimal d'Etats dès lors que cette coopération « a pour but de permettre à l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice », sont des mesures positives qui permettront au fil de leur approfondissement de lutter efficacement contre les différentes formes d'incitation à la haine. Il en est de même lorsque la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne consacre le principe selon lequel « la dignité humaine est inviolable » (art. 1), grâce à sa forte connotation symbolique et ceci malgré son absence de force contraignante.

L'Union doit donc, en même temps que le développement de sa politique d'élargissement œuvrer à l'approfondissement des politiques communes et intergouvernementales. Dans le cadre des politiques communes, l'affirmation des principes de liberté de circulation et d'égalité permet de renforcer le marché unique : dans le respect de ces principes, plus le marché unique sera effectif, moins les discriminations encore existante. devraient perdurer. Ceci devrait limiter de fait les différentes formes d'incitation à la haine.

Enfin, l'approfondissement des politiques intergouvernementales relatives à la coopération judiciaire, à l'immigration, l'asile devrait permettre d'œuvrer dans le même sens. Mais pour

⁸⁸ Directive 2000/43/CE du 20 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique (JOCE, L.180/22) : qui assure une protection aux victimes de comportement s racistes et xénophobes. Règlement 1035/97 du 2 juin 1997 portant création d'un observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes.

⁸⁹L'Union est fondée sur les principes de liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux Etats membres.

⁹⁰ JF Flauss : « l'action de l'union européenne dans a lutte contre le racisme et la xénophobie », RTDH, 2001 p.487 à 515. C. A. Gearty : « l'autre » intérieur et extérieur dans l'ombre juridique de l'union : racisme, intolérance religieuse et xénophobie en Europe » in « L'union européenne et les droits de l'homme » sous la direction de P. Alston, Bruylant 2001. n°10.

cela il faudrait que l'Union soit dotée de la personnalité juridique pour acquérir une place renforcée sur la scène internationale...Laissons lui le temps de se construire.

Il résulte de tout ce qui précède le constat de l'existence d'un dispositif assez complexe et éclaté des mécanismes juridiques français de lutte contre l'incitation à la haine. A cette hétérogénéité du régime répond l'unité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (II).

II. L'unité de la jurisprudence constitutionnelle

Le juge constitutionnel est venu consolider les moyens de lutte contre l'incitation à la haine tant de manière directe que de manière indirecte en réaffirmant la force de certains principes républicains..

A. L'approche frontale du juge :

Le juge constitutionnel depuis 1971 a élaboré un édifice très protecteur des libertés fondamentales. Pierre par pierre il a édifié un ensemble conséquent de principes à valeur constitutionnelle. Pour que cet édifice ne s'écroule pas comme un château de cartes, il recherche par diverses techniques de validation, de non conformité, ou de réserves d'interprétation, à rendre ces principes de valeur égale compatibles entre eux, à obliger leur conciliation réciproque pour garantir au mieux les valeurs des sociétés démocratiques. Pour cela, il a été amené directement à préciser les limitations législatives acceptables des libertés d'expression, d'opinion et de communication audiovisuelle pour enrayer les progrès des diverses formes d'incitation à la haine.

a. La lutte contre l'incitation à la haine confrontée à la liberté d'expression :

Le principe d'interdiction de toute incitation à la haine peut s'analyser en une véritable ingérence dans la liberté d'expression. A ce titre les formes d'incitation à la haine réprimées par le droit français peuvent constituer une atteinte à cette liberté dotée d'une valeur constitutionnelle sur le fondement de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. En effet si l'existence de l'ingérence du principe d'interdiction de toute incitation à la haine dans la liberté d'expression est incontestable, elle ne saurait suffire à elle seule à rendre l'arsenal législatif de lutte contre les formes variées d'incitation à la haine inconstitutionnel.

1 . La valeur constitutionnelle des libertés d'expression et d'opinion. En consacrant une valeur constitutionnelle à la liberté d'expression et d'opinion, le Conseil constitutionnel confirme que les incitations à la haine sont aussi des ingérences dans ces libertés.

La valeur constitutionnelle du Préambule de 1946. En insérant dans les normes de valeur constitutionnelle les dispositions du Préambule de 1946 et de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens du 26 août 1789, le juge a expressément reconnu la possibilité pour le législateur d'instaurer des limites à la liberté d'expression et aux manifestations de la liberté d'opinion. Le Conseil constitutionnel a consacré une valeur constitutionnelle au Préambule de 1946 et à la déclaration des droits de l'Homme et des citoyens du 26 août 1789 respectivement par les décisions du 16 juillet 1971⁹¹ et du 27 décembre 1973⁹². Ainsi la disposition du Préambule de 1946 selon laquelle « le peuple français...proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits

⁹¹ DC 71-44, du 16 juillet 1971 rec. I.24. L. Favoreu : « les grandes décisions du conseil constitutionnel » n°19

⁹² DC 73- 51, rec.I.28 L. Favoreu : « les grandes décisions du conseil constitutionnel » n°21

inaliénables et sacrés » a valeur constitutionnelle⁹³. La nécessaire protection de « ces droits inaliénables et sacrés » peut constituer une base juridique aux instruments de lutte contre les formes d'incitation à la haine.

La valeur constitutionnelle de la Déclaration. La même valeur constitutionnelle est accordée aux dispositions de la Déclaration qui énoncent que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.. » (art.1) ; que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses.... *pourvu que leurs manifestations ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* » (art. 10) , que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits des plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » (art. 11). On y trouve avec l'art. 10, la consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté d'opinion et avec l'art. 11 celle de la liberté d'expression, sachant que le juge a considéré que la liberté d'opinion était un principe fondamental reconnu par les lois de la république dans sa décision du 16 juillet 1971.⁹⁴

La conciliation des principes constitutionnels . Il revient alors au juge constitutionnel de signifier l'obligation pour le législateur d'assurer la conciliation entre les principes constitutionnels. Pour ce faire, il peut souligner quel est le principe auquel il convient d'attribuer la primauté eu égard à l'objet de la loi et aux intérêts généraux en présence.⁹⁵ On trouve une illustration de cette recherche de conciliation dans la décision du Conseil relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse : pour confirmer la constitutionnalité d'une disposition législative interdisant à un chef de service hospitalier de s'opposer à ce que des IVG soient effectuées dans son service, tout en lui concédant son droit à ne pas les effectuer lui-même, le Conseil constitutionnel a mis en concurrence l'art. 10 DDH⁹⁶ : et le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946⁹⁷. La liberté de conscience constitue ainsi l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République .Le Conseil renforce encore plus en l'espèce cette confrontation de principes à valeur constitutionnelle en précisant que « ces dispositions concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public.⁹⁸

Il résulte de ce qui précède que l'interdiction des formes d'incitation à la haine étudiées dans la première partie constitue sans nul doute possible, une limite à ces libertés constitutionnelles . Mais toute limitation à une liberté n'est pas nécessairement illégitime, l'art. 4 de la Déclaration faisait référence lui-même à ces « bornes ».

2. Une ingérence proportionnelle à l'objectif poursuivi.

⁹³ G. Koubi –« antinomies juridiques et contradictions politiques » in « Le Préambule de 1946 », CURAPP PUF ; « Le préambule de la constitution de 1946 ». Histoire, analyse et commentaire. Sous la direction de G. Conac, X. Pretot, G. Teboul, Dalloz. ;

⁹⁴ DC 71-44, rec.29

⁹⁵ G. Vedel : « la place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité » in « la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence », PUF, recherches politiques.

⁹⁶ « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »

⁹⁷ « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances »

⁹⁸ Décision n° 2001-446 DC - 27 juin 2001 - Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

Les textes ayant valeur constitutionnelle incluent eux-mêmes expressément la possibilité de limiter les libertés. Le juge constitutionnel vérifie ensuite que ces restrictions sont faites conformément au respect du principe de proportionnalité.

La constitutionnalité des limites aux libertés. Les mêmes textes mentionnés intègrent dans leur rédaction l'énoncé de certaines limites à la liberté d'expression dont il appartient ensuite au Conseil de vérifier la conformité de leur étendue à la constitution.

Tel est le cas de l'art. 10 lorsqu'il dispose que *les manifestations* de la liberté d'opinion, et non la liberté d'opinion elle-même, peuvent être limitées *lorsqu'elles constituent un trouble à l'ordre public établi par la loi* » et de l'art. 11 qui prévoit la possibilité de limiter le champ d'application de la liberté d'expression en cas d'« *abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* » (art. 11).

A ce titre l'art. 10 §2 de la CEDH n'est que l'écho de ces principes énoncés en 1789. Dès lors le principe même de la limitation est lui-même conforme à la constitution. Il appartient ensuite au juge gardien de la constitutionnalité de veiller à l'encadrement de ces limitations constitutionnelles.

Le respect du principe de proportionnalité. Dans le cadre du contrôle qu'il opère, le conseil constitutionnel s'attache à vérifier si les limites législatives imposées à la mise en œuvre des principes constitutionnels c'est-à-dire à la définition des modes de jouissance des libertés fondamentales sont proportionnelles à l'objectif poursuivi : l'ingérence doit être limitée.

Pour des raisons éminemment politiques, les parlementaires n'ont pas déféré la loi Gayssot au Conseil constitutionnel, la doctrine consacre la constitutionnalité de l'interdiction des thèses négationnistes en se fondant sur la déclaration des droits de l'homme : ainsi, comme le souligne M. Troper, « il est impossible de découvrir dans les principes du droit public français ce qui pourrait fonder une éventuelle liberté de publier des thèses négationnistes ». ⁹⁹ Le conseil constitutionnel a en revanche été saisi pour vérifier la conformité de la nouvelle loi sur la liberté de communication à la constitution.

b. La lutte contre l'incitation à la haine confrontée à la liberté de communication.

La liberté de communication est issue de l'art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle s'appuie sur le principe constitutionnel du pluralisme de toute société démocratique tel qu'il a été consacré par le Conseil constitutionnel. Néanmoins, comme pour la liberté d'expression, la liberté de communication peut être limitée pour lutter contre les moyens d'incitation à la haine, sans que ces limites soient contraires au droit constitutionnel. Il appartient alors au Conseil supérieur de l'Audiovisuel de veiller à limiter la diffusion des diverses formes d'incitation à la haine et en cas de besoin de sanctionner les porteurs de tels messages.

1. Le pluralisme est une condition de la démocratie

Le pluralisme de la société. La consécration de la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 a permis la reconnaissance de cette même valeur à la liberté de la communication, par le biais de l'art. 11 de la déclaration. Cette liberté de la communication s'appuie aujourd'hui essentiellement sur la reconnaissance de la qualité fondamentalement pluraliste de toute société démocratique tant sur le plan politique que sur le plan social, aucune société démocratique n'étant considérée comme homogène et uniforme.

⁹⁹ Michel Troper, « La loi Gayssot et la constitution » : Annales, Histoire, Sciences Sociales, 54(6), novembre-décembre 1999

Le Conseil constitutionnel a ainsi consacré comme objectif de valeur constitutionnelle, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels dans sa décision du 27 juillet 1982.¹⁰⁰ Le principe du pluralisme recouvre ainsi le champ d'application de l'art. 11 de la Déclaration des droits de l'Homme, considéré en 1986 comme « une condition de la démocratie »¹⁰¹ pour devenir en 1990, « le fondement de la démocratie »¹⁰². Ce principe est réaffirmé dans la décision du Conseil du 27 juillet 2000 sur la liberté de la presse reprenant sa formulation de 1986 : « Considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est *une des conditions de la démocratie* ; que la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information... »¹⁰³ Le Conseil constitutionnel a ainsi pu réaffirmer la place fondamentale du pluralisme dans les formes et domaines d'expression et d'information à l'occasion du contrôle de constitutionnalité opéré sur la nouvelle loi sur la presse promulguée le 1^{er} août 2000 et modifiant la loi du 30 septembre 1986¹⁰⁴.

La conciliation du pluralisme et de l'ordre public : même si le pluralisme est considéré comme un objectif, certes, de valeur constitutionnelle, ses prolongements peuvent être limités par sa confrontation avec d'autres principes constitutionnels. Ceci est réaffirmé par le conseil dans sa décision du 27 juillet 2000 : « Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, *de concilier*, en l'état de la maîtrise des techniques et des nécessités économiques d'intérêt général, l'exercice de la liberté de communication résultant de l'article 11 de la Déclaration de 1789 avec d'une part, les contraintes inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et de ses opérateurs et *d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte* ». Comme pour la liberté d'expression, les manifestations de la liberté d'opinion lorsqu'elles s'expriment dans le cadre de la liberté de communication peuvent faire l'objet de limitations qui sont compatibles avec le droit constitutionnel¹⁰⁵. Dans ce cas la conciliation des principes du pluralisme et de la sauvegarde de l'ordre public permet en réalité une véritable confrontation. C'est en raison de cette nécessaire confrontation que le législateur accorde au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.), son pouvoir de contrôle et de sanction contre les formes d'incitation à la haine

2. Le rôle du CSA dans la lutte contre l'incitation à la haine.

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel qui a remplacé l'ancienne Commission Nationale de la Communication et des Libertés (loi du 17 janvier 1989) est une autorité administrative indépendante dotée d'une mission de contrôle et d'un pouvoir de sanction administrative.

¹⁰⁰ DC 82-141, rec. 48. D. Rousseau : « droit du contentieux constitutionnel », Montchrétien, p.264-269.

¹⁰¹ DC 86-217 du 18 septembre 1986, rec.141.

¹⁰² DC 89-271 du 11 janvier 1990, rec..21

¹⁰³ DC 2000-433 du 27 juillet 2000

¹⁰⁴ K. Favro « secteur public de la communication audiovisuelle et service public » AJDA, 20.3. 2001, p.241-256

¹⁰⁵ E. Derieux : « sécurité nationale et liberté de communication en France », Légipresse 1995 n°125, II.p.75

Une mission de contrôle. Il lui appartient d'assurer le contrôle des services de communication. La nouvelle loi du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de la communication audiovisuelle a permis de confronter les principes de la liberté de communication et l'objectif de pluralisme aux moyens de lutter contre les formes variées d'incitation à la haine. En effet, le nouvel art. 15 de la loi dispose que le CSA « veille à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne dans les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle ». Sa mission de contrôle implique notamment qu'il « veille à ce que les programmes des services de radiodiffusion sonore et de télévision ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité ».

Un pouvoir de sanction administrative. Pour mener à bien cette mission, le CSA est doté d'un pouvoir de sanction administrative. La loi prévoit ainsi que qu'il peut infliger des sanctions en cas de programmation incitant à la haine en suspendant provisoirement la retransmission des services, selon une procédure définie par décret, sous certaines conditions. La sanction est applicable lorsque, par exemple, un animateur de radio tient des propos scandaleux¹⁰⁶.

Le Conseil constitutionnel, tout en rappelant qu'il n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement vérifie si ce pouvoir de sanction n'est pas contraire au principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et n'hésite pas à en sanctionner éventuellement les dispositions contraires¹⁰⁷.

Ce pouvoir de sanction administrative du CSA vient ainsi compléter le dispositif pénal étudié dans la première partie : rappelons en effet qu la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime contient des dispositions relatives au droit de la communication qui maintenaient les peines d'emprisonnement pour les diffamations et injures de caractère racial. Il en est de même des provocations « à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale » (art. 24 de la loi de 1881), ainsi que des dispositions de la loi Gayssot relatives à la contestation de crimes contre l'humanité (art. 24 bis) et l'apologie de crimes.

En dehors de cette insertion directe du juge constitutionnel dans l'analyse des limitations apportées par la loi à la liberté d'expression, la jurisprudence du juge constitutionnel témoigne aussi d'une action indirecte en faveur de la lutte contre l'incitation à la haine par la réaffirmation de la force des principes républicains (B).

B. La résistance des principes républicains

De par sa double fonction de juge de la constitutionnalité des lois et du contrôle de compatibilité des textes internationaux avec la constitution qu'il opère, le juge constitutionnel assure le respect des principes auxquels la République est fondamentalement attachée. De

¹⁰⁶ CE, 20 mai 1996, Sté Vortex

¹⁰⁷Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 : non conformité des art. 71 et 72 de la loi « Considérant que la sanction tenant à l'insertion d'un communiqué dans les programmes, en cas de manquement à ses obligations par un éditeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision, revêtirait, compte tenu de la modification législative opérée, un caractère automatique ; qu'une telle automaticité pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés ; qu'en conséquence, en interdisant au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce, la répression à la gravité du manquement reproché, le législateur a méconnu le principe de la nécessité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que, par suite, le VI de l'article 71, ainsi que le 1 du II de l'article 72 de la loi déferée, qui, pour les sociétés nationales de programme, a un objet identique à la précédente disposition, doivent être déclarés contraires à la Constitution ».

plus, avec la reconnaissance du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine au rang de principe constitutionnel, il a parachevé le dispositif constitutionnel de lutte contre l'incitation à la haine. On peut en effet voir dans l'ensemble de l'énoncé de ces principes une volonté républicaine d'intégration.

a. L'unité et l'indivisibilité de la République comme réponses constitutionnelles à l'incitation à la haine :

En consolidant l'indivisibilité de la République affirmée dans le premier article de la Constitution, le Conseil est à l'origine d'une jurisprudence qui au regard de son influence sur les moyens de lutte contre l'incitation à la haine peut être analysée de plusieurs manières. Ainsi certains verront dans son refus de reconnaître l'existence d'un « peuple corse » et la réaffirmation que le français est la seule langue de la République, le reflet de la volonté républicaine d'intégration. D'autres, au contraire, peuvent considérer que la réaffirmation de cette jurisprudence ne favorise pas la lutte contre l'incitation à la haine en raison de la faible place qu'elle laisse aux minorités nationales. Pour nuancer cette critique, nous verrons que le législateur et le juge ont parfois permis que soient apportés des aménagements à ces principes.

1. Un seul peuple, le « peuple français ». C'est en s'appuyant notamment sur l'indivisibilité de la République et l'unité du pouvoir législatif, que le Conseil constitutionnel refuse la dénomination de peuple corse et l'expansion de la fonction législative au profit des organes de la collectivité territoriale de la Corse. Or la violence qui existe dans cette partie du territoire de la République peut, lorsqu'elle s'appuie sur des moyens illégaux s'apparenter sociologiquement à une incitation à la haine. La jurisprudence du Conseil peut alors être analysée comme une réponse indirecte négative à la violence illégale existante sur l'île de Beauté.

Le refus de reconnaître « le peuple corse ». Le Conseil constitutionnel a, dans le cadre de l'étude du statut de la Corse rendu une décision le 9 mai 1991 consacrant la notion de « peuple français » particulièrement retentissante.¹⁰⁸ La loi qui lui était déférée prévoyait dans son article 1^{er} que la République « *garantissait à la communauté historique et culturelle que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle.... Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la constitution....* ». Pour déclarer cette disposition contraire à la constitution, le Conseil s'est appuyé tant sur la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen que sur le préambule de 1946, et considérant que la référence « au peuple français » figure depuis deux siècles dans des textes constitutionnels lui a consacré la valeur de principe constitutionnel. Il censure donc de l'ancien art. 2 de la constitution repris dans l'art 1 depuis la révision de la constitution en 1995 qui proclame que la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » ; ainsi « la mention faite par le législateur du peuple corse, composante du peuple français est contraire à la constitution, laquelle ne reconnaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

C'est toujours au sujet de la Corse, le 17 janvier 2002, que le Conseil constitutionnel réaffirme sa ligne de conduite en faveur d'une interprétation stricte de l'indivisibilité de la République lorsqu'il censure une délégation du pouvoir législatif au profit de la collectivité territoriale¹⁰⁹. C'est en s'appuyant sur les articles 3, 34 et 38 de la constitution qu'il constate

¹⁰⁸ DC 91- 290 du 9 mai 1991, rec. 50. L. Favoreu, L. Philip, « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel » n° 44.

¹⁰⁹ Décision n° 2001-454 DC - 17 janvier 2002, paragraphe 21 sur la loi relative à la Corse

l'inconstitutionnalité de la disposition : « Considérant, en l'espèce, qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogame et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution ; qu'il y a lieu, dès lors, de déclarer contraire à la Constitution le IV du nouvel article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales, dont les dispositions constituent un ensemble indivisible ».

La non reconnaissance constitutionnelle des minorités. La France reconnaît les mêmes libertés aux corses, aux bretons et aux basques, en raison de leur commune nationalité française. En consacrant le principe constitutionnel de l'unicité de peuple français, le Conseil constitutionnel réaffirmait ainsi leur solide ancrage dans la République indivisible et diversifiée. Cette jurisprudence s'inscrit dans un courant de pensées plus large qui ne laisse pas de place à la reconnaissance des droits des minorités. D'ailleurs, la France n'est pas signataire de la convention européenne sur la protection des minorités. Les minorités y sont définies comme « *un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, dont les membres qui ont la nationalité de cet Etat, possèdent des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques, différentes de celles du reste de la population et sont animés de la volonté de préserver leurs cultures, leurs traditions, leurs religions et leurs langues.* » (art. 1 de la Convention).¹¹⁰ Dans sa décision du 15 juin 1999, le Conseil constitutionnel a ainsi fermement rappelé que, dans la mesure où la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » et du fait que le principe d'unicité du peuple français a également valeur constitutionnelle « ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ». ¹¹¹ On peut voir dans cette position une volonté ferme de lutter contre les discriminations du fait de la désignation de groupes de population particuliers, fermet des incitations à la haine. D'une part le peuple français est composé de citoyens sans que puissent être définies d'autres modalités de distinction qu'entre électeurs et non électeurs, d'autre part, l'interdiction des discriminations n'a pas son seul fondement dans les dispositions du code pénal, elle a sa source dans l'article 1^{er} de la constitution.

Il en est de même lorsque le Conseil constitutionnel étend cette jurisprudence à la langue française.

2. Une seule langue : le français. L'article 2 de la constitution précise que la langue de la République est le français. Découle de cette disposition son apprentissage obligatoire à l'école. Cette règle est définie de manière restrictive par le Conseil constitutionnel dans deux décisions. La première, par une réserve d'interprétation, interdit le caractère obligatoire de l'apprentissage de la langue corse. La seconde impose la révision de la constitution pour permettre l'entrée en vigueur de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires signée à Strasbourg le 5 novembre 1992

Le caractère facultatif de l'apprentissage de la langue corse. C'est dans le cadre d'une loi relative à la Corse que le Conseil constitutionnel a réaffirmé, le 17 janvier 2002, le principe du respect et de l'emploi de la langue de la République tant par les autorités publiques que dans les services publics. Il reprend en cela sa propre jurisprudence élaborée à l'occasion de l'examen de la loi relative à l'emploi du français, dite "loi Toubon". La disposition qui lui

¹¹⁰ STE n°157 signée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 1er février 1995.

¹¹¹ Décision n°99-412 du 15 juin 1999 sur la charte européenne des langues régionales ou minoritaires, JORF du 18/6, p. 8964

était défermée était la suivante : " La langue corse est une matière enseignée dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires de Corse " .

Dans un premier temps le Conseil constitutionnel réaffirme le caractère facultatif de la langue corse : « *Considérant que, si l'enseignement de la langue corse est prévu " dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires " , il ne saurait revêtir pour autant un caractère obligatoire ni pour les élèves, ni pour les enseignants* »¹¹²;

Puis dans un second temps il précise que cet enseignement « *ne saurait non plus avoir pour effet de soustraire les élèves aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci* » Parmi les obligations mentionnées, apparaît celle qui est établie dans tous les établissements publics d'enseignement, à savoir que la langue principale d'enseignement est la langue française.

A contrario, le Conseil s'il réaffirme le principe constitutionnel affirmé dans l'article 2 de la constitution selon lequel la langue de la République est le français, par sa réserve d'interprétation à propos de l'art. 7 de la loi, reconnaît normalement la faculté d'apprendre d'autres langues, y compris le corse :: « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous réserve que l'enseignement de la langue corse revête, tant dans son principe que dans ses modalités de mise en oeuvre, un caractère facultatif, l'article 7 n'est contraire ni au principe d'égalité, ni à aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle* ».¹¹³

L'encadrement constitutionnel de la protection des langues régionales ou minoritaires.

La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires signée à Strasbourg le 5 novembre 1992 constitue le second exemple de frein du Conseil constitutionnel à une remise en cause de l'indivisibilité de la République¹¹⁴. L'objectif de cette convention est de protéger et d'assurer la promotion des langues régionales et minoritaires historiques. Son élaboration est justifiée par le souci de maintenir et de développer les traditions et le patrimoine culturel européen. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998 et la France a adopté la loi de ratification le 7 mai 1999. La France devait signaler une trentaine de dispositions constituant autant d'engagements directeurs pour élaborer de nouvelles politiques linguistiques. Elle avait notamment signé onze dispositions de la conventions relatives à l'enseignement, neuf relatives aux médias, huit relatives aux équipements culturels, cinq relatives à la vie économique et sociale, trois concernant les services publics, deux les échanges transfrontaliers et une la justice. Restait donc à obtenir la ratification de la Charte par le Parlement.

Cette charte a donc ensuite été soumise à la procédure de ratification des engagements internationaux relevant de l'art. 54 de la constitution. Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Président de la République. Il a rendu sa décision le 15 juin 1999¹¹⁵. Il a alors eu l'occasion de relever que "la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi", doit être conciliée avec le premier alinéa de l'article 2 de la Constitution selon lequel « La langue de la République est le français ». Puis il a constaté l'incompatibilité de dispositions de la Charte avec les principes d'indivisibilité,

¹¹² Décision n° 2001-454 DC - 17 janvier 2002 Loi relative à la Corse § 24:

¹¹³ Décision n° 2001-454 DC - 17 janvier 2002 Loi relative à la Corse §25:

¹¹⁴ STE 148

¹¹⁵ Décision n°99-412 du 15 juin 1999 sur la charte européenne des langues régionales ou minoritaires .JORF du 18/6, p. 8964

d'unité et d'égalité devant la loi issus de la constitution : « *la charte reconnaît la protection des langues en faveur de groupes minoritaires sur une « aire géographique d'un territoire » ; En conférant de tels droits à des groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées, la charte porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la république, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français. »*

De plus il considère que la convention remet en cause l'article 2 de la constitution lorsqu'elle énonce que « *l'usage de la langue minoritaire dans la vie privée « mais aussi dans la vie publique » ; il existe une violation de l'art. 2 : « les dispositions de la charte tendent à reconnaître un droit à pratiquer une autre langue que le français non seulement dans la vie privée mais aussi dans la vie publique, à laquelle la charte rattache le justice et les autorités administratives et les services publics »*. Dès lors la conséquence était inévitable : sans révision de la constitution, cette convention ne sera pas applicable en France.

Du reste, l'ensemble des dispositions pour lesquelles la France avait signifié son engagement et procédé à la signature de la Charte, a été quant à lui considéré conforme à la constitution en ce qu'il s'agit de résolutions dont le plupart se bornent à reconnaître des pratiques déjà mises en œuvre par la France en faveur des langues régionales.

Le Conseil constitutionnel a permis d'accroître le seuil de protection des formes de lutte contre l'incitation à la haine en consacrant d'autres principes à valeur constitutionnelle, comme le principe de sauvegarde de la dignité humaine.

b Le principe de sauvegarde de la dignité humaine comme rempart constitutionnel à l'incitation à la haine.

Le principe de sauvegarde de la dignité humaine peut apparaître comme un moyen essentiel dans le rouage constitutionnel de lutte contre l'incitation à la haine. S'il n'est pas le seul élément constitutif de ce dispositif de lutte, de par sa conception large (à la différence des principes d'indivisibilité et d'unité de la République), il est assurément le plus fédérateur. Le Conseil constitutionnel en lui accordant une valeur constitutionnelle a reçu un très large écho tant chez le législateur que chez le juge qui lui assurent de très nombreux prolongements comme autant d'exemples de remparts aux formes modernes d'incitation à la haine.

1. La consécration constitutionnelle du principe. En qualifiant le principe de sauvegarde de la dignité humaine de principe à valeur constitutionnelle en 1984, le Conseil a consacré le principe qui justifie tant sur le plan philosophique que juridique les moyens de lutte contre les formes variées d'incitation à la haine. Le succès qu'il a ensuite rencontré tant par des consécutions législatives que jurisprudentielles témoigne de l'intérêt de ce principe à vocation universelle qui permet d'appréhender pour les sanctionner les diverses formes d'incitation à la haine moderne.

La décision du 27 juillet 1994. C'est la première phase du préambule de la constitution faisant référence aux droits inaliénables et sacrés de la personne humaine qui va servir de base à la décision, reconnaissant le principe constitutionnel de la dignité humaine : saisi par le Président de l'Assemblée nationale et 68 députés, le conseil considéra alors que la loi sur la bioéthique qui lui était déférée énonçait un certain nombre de principes « au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité, l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que ces principes ainsi affirmés

tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »¹¹⁶.

La réception du principe par les juges administratifs et judiciaires. Le Conseil d'Etat a considéré que le respect de la personne humaine étant une des composantes de l'ordre public, un maire avait la compétence pour interdire une attraction « de lancer de nains » consistant à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; le spectacle par son objet même porte atteinte à la dignité humaine.¹¹⁷

De même les juridictions judiciaires ont condamné la publicité de *Bennetton* dont le corps humain était affiché tatoué des initiales de « VIH » : la Cour d'Appel de Paris avait considéré qu'elle constituait une image dégradante « pour la dignité » des personnes atteintes par cette maladie, faisant prévaloir ce nouveau principe sur celui de la liberté d'expression et de communication : « en imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer : considérant qu'elles ont de la sorte abusé de leur liberté d'expression.....¹¹⁸ Dans cette affaire, la dignité humaine apparaît comme « un rempart contre un libéralisme sauvage »¹¹⁹.

Avec ces deux exemples de contentieux du droit français on voit bien que le principe de dignité humaine permet de sanctionner des comportements abusifs des libertés et notamment de celles d'expression et d'opinion dès lors qu'ils consistent en des représentations dégradantes des individus. Dès lors, il est désormais tout à fait envisageable que le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine constitue un rempart efficace, si ce n'est le meilleur rempart de lutte contre les formes variées d'expression de l'incitation à la haine.

2. Un principe en expansion fédérateur des moyens de lutte contre l'incitation à la haine.

Les lois - comme les décisions du conseil constitutionnel¹²⁰ - qui se fondent sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine vont en nombre croissant et dans des domaines très variés. Trois exemples récents permettront de montrer comment le recours à ce principe peut permettre indirectement de juguler les formes modernes d'incitation à la haine.

Harcèlement moral et incitation à la haine. L'art. 170 de la nouvelle loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 sur la modernisation sociale, déclarée conforme à la constitution consacre la pénalisation de la sanction du harcèlement moral dans le cadre professionnel.¹²¹ Si l'objet

¹¹⁶ Décision n°94-343-344, §18, DC, rec. 100 ; L. Favoreu, L. Philip. « Les grandes décisions du conseil constitutionnel » n°47, Dalloz.

¹¹⁷ CE, Ass, 27 octobre 1995, Ville d'Aix en Provence, RFDA 1995, p. 1204, conclusion Frydman :

¹¹⁸ CA Paris, 28 mai 1996, Sté Benetton Group SPA c/ Association Aides Fédération nationale D. 1996, juris., note de B. Edelman p. 617

¹¹⁹ B. Edelman « la personne en danger », PUF collection doctrine juridique p. 525.

¹²⁰ A titre d'exemples non exhaustifs, dans les domaines de la liberté de communication (n° 88-248 DC) ; sur le don du corps humain à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (DC94-343/344) ; sur l'habitat (DC n° 94-359) ; sur la répression du terrorisme (DC 96-377) ; lutte contre les exclusions (DC n° 98-403) ; du Pacte Civil de Solidarité, DC n° 99-419 ; l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception DC n° 2001-446....

¹²¹ " Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende "Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale (compatibilité de la

direct de cette loi n'est certainement pas la lutte contre l'incitation à la haine, on peut néanmoins considérer que lorsque le harcèlement moral rencontrera des manifestations de racisme ou de xénophobie, la loi permettra de renforcer le dispositif déjà existant de lutte contre cette incitation. A ce titre le principe de la sauvegarde de la dignité humaine est fédérateur.

Présomption d'innocence et incitation à la haine. La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime¹²² consacre son titre II à des dispositions renforçant les droits des victimes, dont le chapitre I énonce des dispositions réprimant l'atteinte à la dignité humaine d'une victime d'une infraction pénale. Est ainsi créée, un art. 35 quater au sein de la loi du 29 juillet 1881 : « la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière est punie de 100 000 F d'amende ». Là encore en limitant la publicité de la violence qu'implique la reproduction d'un crime ou d'un délit, la loi limite les possibilités d'expression d'incitation à la haine que pourrait engendrer une telle diffusion. Certes l'incitation à la haine n'est pas l'objet immédiat de la loi. Il n'empêche que des circonstances factuelles peuvent permettre cette rencontre. Le principe de la sauvegarde de la dignité humaine permettra là encore de fédérer ces moyens de lutte.

Bioéthique et incitation à la haine. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juin 2001 est une décision de conformité à la constitution de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse : le Conseil a considéré qu'en « en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la *dignité de la personne humaine* contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». ¹²³ Lorsque l'on a en mémoire les violences physiques et morales qui traduisent une certaine forme « de haine de l'autre », qui sont encore perpétrées, sur les personnels pratiquant des IVG et sur les femmes y recourant, on voit bien la nécessité de réaffirmer que ces situations de détresse doivent être protégées et c'est par la référence au principe de la dignité humaine que peuvent être justifiées les lois qui s'emploient à assurer ces garanties. Là encore le principe de sauvegarde de la dignité humaine peut être fédérateur dans la lutte contre l'incitation à la haine. Il en serait de même des discussions actuelles qui se tiennent au Parlement et qui visent à limiter les conséquences de l'arrêt Perruche par l'adoption d'une nouvelle loi.

L'incitation à la haine fait l'objet d'un dispositif de lutte mettant en œuvre un régime juridique éclaté et de nombreux acteurs. Si la réaction de la France est

disposition). la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale publiées au JORF du 18.1.2002, p. 1053 et 1008.

¹²² JORF du 16.06.2000, p.9038, commentaire E. Derieux : « la loi du 15 juin 2000 et le droit de communication », LPA, 18.07.2000, n°142, p.16-19 ; M.N. Louvet : « les nouveaux délits de presse de la loi du 15 juin 2000 », Légipresse n°177, déc. 2000, p.142-145.

¹²³ Décision n° 2001-446 DC - 27 juin 2001 - Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception §5. La même décision refuse de reconnaître la moindre valeur constitutionnelle au principe de précaution.

répressive et pénale, on a pu constater que la jurisprudence du juge constitutionnel est une œuvre positive qui s'inscrit dans la perpétuelle remise en question que le sujet impose.