

Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter efficacement contre l'incitation à la haine tout en garantissant la liberté d'expression ?

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter efficacement contre l'incitation à la haine tout en garantissant la liberté d'expression ? », *Working Papers Series*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2012-comment-les-pouvoirs-publics-peuvent-ils-lutter-efficacemen>

Benoit Frydman

LA question du statut du discours qui incite à la haine dans les sociétés démocratiques est une question classique, difficile, dange-reuse et j'oserai dire passionnante car elle nous impose de sonder le cœur et les reins de notre système et de nos passions démocratiques. Classiquement rangée sous la question philosophique de savoir s'il faut accorder des libertés aux ennemis de la liberté, le dilemme du statut du discours de haine se trouve posé très concrètement dans le champ de la politique et du droit. Nous avons même la possibilité de l'étudier de manière quasi-expérimentale en raison de la différence radicale de statut assigné à ce type de discours de part et d'autre de l'Atlantique. En Europe, les discours qui incitent à la haine et à la violence sont souvent considérés comme non seulement scandaleux, mais très dangereux et à ce titre combattus par les pouvoirs publics et dans nombre de cas condamnés par la loi, exposant ceux qui les tiennent à des sanctions civiles et souvent pénales. Aux Etats-Unis, au contraire, le discours de haine, comme les discours racistes ou xénophobes par exemple, sont considérés comme une variété de discours politique et, à ce titre, non seulement ils ne sont pas interdits, mais à l'inverse ils bénéficient d'un haut degré de protection constitutionnelle. Cela signifie que les auteurs de ces types de discours ne peuvent être sanctionnés par les cours et tribunaux ; mais aussi que les collectivités publiques ne peuvent prendre des mesures pour les combattre ou limiter leur audience. Il n'en va autrement que pour la catégorie limite des « fighting words » par laquelle on vise des propos tellement provocateurs, qu'ils ne peuvent que provoquer à un acte de violence ceux à qui ils sont tenus. Le poids de cette exception est cependant limité par l'exigence que de tels propos soient tenus face à face, ce qui exclut donc tous les discours qui utilisent la voie d'un média quelconque.

Cette différence spectaculaire du statut juridique du discours de haine en Europe et aux Etats-Unis, qui ne manque pas de susciter une certaine perplexité, s'explique en partie par des raisons historiques. L'attitude européenne très vigilante, hostile et volontiers répressive trouve certainement sa raison d'être dans l'histoire du continent au 20^{ème} siècle. On n'a pas manqué de stigmatiser la faiblesse et l'impuissance des démocraties à se défendre contre la montée en puissance et l'arrivée au pouvoir des régimes fascistes et en particulier du régime hitlérien, tout entier pétri d'un esprit de haine, de violence, de revanche et de destruction, qui a jeté le monde dans la guerre et perpétré l'extermination organisée de millions d'être humains stigmatisés pour leur « race », leur religion, leurs mœurs ou leur handicap. On a pu mesurer avec horreur les conséquences du « passage à l'acte » d'une propagande antisémite virulente, tolérée, voire de bon ton et accueillie avec faveur par une opinion publique fanatisée, dont on confortait au demeurant les préjugés millénaires. Si les Etats-Unis n'ont pas connu la guerre et les camps sur leur continent, ils n'ont

Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter effi...

bien sûr pas échappé, comme on sait, aux violences racistes. Leur droit pénal en porte la trace qui prévoit, dans de nombreux Etats et pour beaucoup d'infractions, une circonstance aggravante et donc des peines plus lourdes lorsque le crime ou le délit est motivé par la haine notamment raciale ou la discrimination. Ces législations inspirent d'ailleurs des réformes du même type en Europe. Toutefois, si les actes ainsi motivés sont plus sévèrement punis, les discours eux sont non seulement libres mais protégés. Ce statut, on ne le sait pas assez, ne trouve pas nécessairement sa source dans une sorte de laxisme ou de tolérance à l'égard de ces propos, mais bien dans l'histoire contemporaine des luttes politiques aux Etats-Unis, en particulier dans le mouvement des Noirs américains pour la fin de la ségrégation et la lutte pour les droits civils. Plusieurs arrêts importants, notamment en matière de protection presque absolue de la presse, ont été rendus à cette époque par la Cour suprême au départ d'affaires initiées par des pouvoirs locaux ségrégationnistes, notamment dans les Etats du Sud, qui invoquaient la diffamation, l'incitation à la violence ou la menace à la paix civile, pour tenter de censurer les médias et surtout justifier le recours à la force par les autorités pour faire taire les manifestations, les protestations et les campagnes d'opinion des Noirs. C'est donc de la question noire et du mouvement d'émancipation que le discours raciste aux Etats-Unis et plus généralement le discours de haine tient son statut politique et par suite sa protection constitutionnelle.

Il faut cependant immédiatement relativiser la portée effective de cette protection en notant que l'interdiction de contrôler les discours vise uniquement les autorités publiques et couvre dès lors exclusivement l'espace public, mais ne s'étend pas aux espaces privés, où les Américains passent en pratique le plus clair de leur temps, comme l'entreprise, mais aussi l'école, l'université, la bibliothèque, le centre commercial, mais aussi le cinéma, la télévision et une grande partie de l'Internet et des réseaux sociaux... Ces espaces privés sont sous le contrôle de leurs propriétaires, qui ne sont pas soumis à l'interdiction constitutionnelle d'intervenir dans les débats publics, et peuvent donc réguler les discours et les propos comme ils l'entendent. Il en résulte, dans beaucoup d'entre eux, des régimes d'interdiction et de contrôle sévères, beaucoup plus restrictifs parfois que ce qui est pratiqué en Europe. Jack Balkin de Yale s'est appuyé sur ce point pour illustrer sa thèse (néanmoins contestable) selon laquelle la quantité de censure est relativement constante dans les différentes sociétés, seule variant les formes et les canaux que celle-ci emprunte.

Mais considérons à présent, indépendamment de l'histoire et du contexte, les arguments justifiant les deux thèses contraires de la nécessaire répression ou au contraire de la nécessaire protection des discours de haine ou plus généralement des discours agressifs. En résumant à l'extrême, on peut opposer l'argument de la « pente glissante » (*slippery slope*), souvent mis en avant aux Etats-Unis, à celui de

Benoit Frydman

la « pente fatale », qui sous-tend la position européenne. L'argument de la « pente glissante » soutient que, faute d'un critère précis pour déterminer ce qui entre dans la catégorie des discours de haine, leur interdiction est susceptible de couvrir un champ indéfiniment extensible, en sorte de porter atteinte au débat public. L'argument de la « pente fatale » soutient que les discours de haine mènent souvent, voire nécessairement aux actes de violence et parfois aux meurtres de masse et qu'il faut donc les sanctionner pour prévenir ou limiter ces violences. Ainsi présenté, l'argument européen semble péremptoire et paraît devoir l'emporter. Que vaut l'argument, au demeurant technique, de la pente glissante, qu'une bonne législation devrait pouvoir rencontrer, par rapport au risque de voir la société sombrer dans la violence, la destruction ou le massacre ?

S'il vaut donc mieux prévenir que guérir, on peut se demander si la même logique ne devrait pas conduire non seulement à réprimer plus largement ou plus fortement les discours de haine, mais aussi à empêcher qu'ils soient tenus, à interdire les manifestations ou forums où ils sont susceptibles d'être proférés, bref à les censurer. On se heurte cependant ici à un principe constitutionnel qui interdit la censure et le contrôle préventif des discours, dont la portée a été réaffirmée récemment par un important arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Dans l'affaire *RTBF c. Belgique*, la Cour vient d'affirmer qu'il n'existait pas en Belgique, en l'état actuel des choses, de loi, au sens large de la Convention, permettant à un juge de pratiquer un contrôle préventif des discours¹. Cette décision, bien que rendue dans une matière différente (en l'espèce l'atteinte à la réputation professionnelle d'un médecin), semble bien avoir une portée tout à fait générale et donc viser aussi notre propos. Dont acte.

Pour en revenir à notre débat, les deux positions antagonistes relatives à la protection ou à la répression des discours agressifs reflètent des conceptions philosophiques différentes sur le droit et sa fonction sociale. Nous autres, sur le continent européen, considérons généralement que le droit remplit une fonction symbolique éminente, la mission d'énoncer la règle, de tracer la limite entre le permis et l'interdit et par suite de condamner les comportements nuisibles et antisociaux. De sorte que la thèse aux termes de laquelle le discours de haine, bien que nuisible et dangereux devrait néanmoins être toléré voire même protégé par le droit apparaîtra aux yeux de beaucoup comme dangereusement paradoxale et expose celui qui la soutient au soupçon de complaisance douteuse, sinon de complicité hypocrite. Les juristes de Common Law, plus pragmatiques, conçoivent quant à eux le droit plutôt comme un instrument utile, dans certains cas, pour remédier à des maux qui affligent la société. Il s'agit moins de dire que de faire (ou plutôt de faire faire), moins de déclarer que de produire

1. CEDH 29 mars 2011 *RTBF v. Belgique*.

Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter effi...

un effet. Encore faut-il que le juriste dispose d'un « remède » (*remedy*) adéquat, susceptible de produire l'effet recherché et que ce remède ne se révèle pas pire que le mal. *Primum non nocere*, comme l'enseigne la médecine hippocratique. Cette conception pragmatique de la règle, inspirée de l'utilitarisme, a le mérite de nous ramener aux réalités en nous invitant à ne pas considérer seulement la formule ou l'intention mais également les effets actuels ou potentiels de la règle de droit², voire à effectuer une analyse des coûts et des bénéfices au sens large de ceux-ci.

C'est dans cette perspective pragmatique que l'argument de la « pente glissante » prend son sens. Si certains discours sont inacceptables et devraient être punis, comment en pratique fixer la limite du permis et de l'interdit, comment ajuster le spectre du « remède » afin d'éviter des effets secondaires indésirables ? Les propos racistes sont particulièrement scandaleux. Mais si on décide de les réprimer, peut-on s'accommoder de réserver un sort différent aux propos sexistes ou homophobes, à ceux qui stigmatisent les handicapés, les vieux, les faibles ? Dans une autre direction, lorsqu'on mesure le risque de violence du racisme, peut-on tolérer les propos nationalistes exacerbés ou les propos agressifs à l'égard des adeptes de telle ou telle religion ou qui bafouent leurs croyances les plus sacrées ? Dans une troisième direction, la pénalisation des propos racistes implique celle des propos négationnistes de la Shoah, qui constituent, explique-t-on à juste titre, une forme particulièrement perverse d'antisémitisme. Mais ce qui vaut pour un génocide ne doit-il pas valoir également pour tous les autres, y compris, comme on en décide actuellement en France, pour le génocide arménien et le négationnisme d'Etat dont il fait l'objet ? Et peut-on oublier les crimes de masse des régimes totalitaires et dictatoriaux d'aujourd'hui et d'hier ? La règle ne devrait-elle pas valoir aussi pour l'esclavage, qui a fait au cours des siècles tant de victimes si longtemps ignorées et méprisées, et pour le colonialisme, dont certains vantent parfois encore les bienfaits, ou pour le néo-impérialisme qui aurait pris sa suite ? Que dire encore des propos « sionistes » ? Faut-il les condamner sur la base de la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU qui considère le sionisme comme une forme de racisme ou plutôt condamner les propos qui relèvent d'un antisionisme radical, souvent dénoncé comme la forme euphémique contemporaine de l'antijudaïsme ? Ou devrait-on interdire et réprimer les deux, au risque de rendre bientôt impossible tout débat sur cette question ?

Cette difficulté à fixer la limite de l'inacceptable nous conduit sur une pente glissante, qui risque bien de mener au politiquement correct, comme on a pu le constater aux Etats-Unis et de plus en plus souvent chez nous. Prenons l'exemple du film récent *Intouchables*, qui

2. Pour faire écho à un concept mobilisé par ailleurs dans le débat, il s'agit de considérer les énoncés juridiques comme des actes de langage, des énoncés performatifs.

Benoit Frydman

connaît en France et en Belgique un succès considérable et touche au cœur un très large public par le regard qu'il pose sur les handicapés et le message d'entraide et d'espoir qu'il véhicule. Savez-vous que ce film est dénoncé par certains outre-Atlantique comme un film raciste, qui véhicule les clichés les plus stigmatisants contre lesquels les Noirs américains luttent depuis des décennies³ ? Différence radicale de perception qui s'explique sans doute par la différence de point de vue et de contexte. Autre exemple d'actualité, l'homme politique socialiste français Arnaud Montebourg accusé de toutes parts en France de « germanophobie » pour avoir reproché à la Chancelière Merkel de mener une « politique à la Bismarck ». Le propos, considéré comme outrancier et extrêmement offensant en France, avait cependant été ressenti beaucoup moins violemment de l'autre côté du Rhin où Bismarck est plutôt considéré comme un héros national.

A cette difficulté de déterminer la limite de l'interdit, s'ajoute celle d'en mesurer les effets. Si l'indifférence et *a fortiori* la tolérance et la protection des discours de haine reviennent à renoncer à endiguer le dévouement de la haine qui prend dans nos sociétés, dans les nouveaux médias et de par le monde des proportions inquiétantes, l'interdiction ou la répression de ces propos produit-il pour autant les effets bénéfiques escomptés ? Le problème est-il la haine ou son expression ? En interdisant l'expression de certains propos haineux, agressifs ou méprisants, contribue-t-on à lutter efficacement contre les idées interdites ? Ou bien ceux qui se taisent n'en pensent-ils pas moins ? Traitons-nous efficacement le mal ou tentons-nous de rassurer les bien-pensants en supprimant le symptôme ? Ne nous exposons-nous pas à un retour du refoulé et à des passages à l'acte d'autant plus violents que les pulsions auront été sévèrement réprimées ? D'autant que les discours nauséabonds s'adaptent aux nouvelles règles et deviennent « résistants », notamment en trouvant des formes rusées d'expression, qui donnent des signes repérables à leurs adeptes, tout en restant en apparence dans les limites de la loi, qu'il faut dès lors sans cesse réviser dans le sens d'une interdiction plus étendue. Sans compter que leurs auteurs se posent en victimes et brandissent sans vergogne l'étendard des libertés et de la démocratie, que pourtant ils combattent, mais que nous avons négligé de porter assez haut.

Ainsi, la traduction juridique de la volonté bien intentionnée de lutter contre les discours les plus odieux nous expose à ce que les juristes qualifient, à la suite de Jean Carbonnier, d'« effet macédonien »⁴. A savoir, lorsqu'on détermine les règles générales en fonction des

3. Critique du film publiée dans le célèbre *Variety* par le critique Jay Weissberg, consultable en ligne sur <http://www.variety.com/review/VE1117946269/>.

4. Rien à voir avec la Macédoine ou ses habitants. Il s'agit de la référence, d'ailleurs partiellement erronée, à un certain Macedo, usurier romain, dont les pratiques ont suscité un décret de l'empereur Vespasien nommé d'après lui « macédonien ».

Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter effi...

attitudes extrêmes, on restreint souvent la liberté de tous au-delà de ce qui est nécessaire ou même acceptable. En l'occurrence, les conflits d'intérêts et de valeurs qui traversent les sociétés, spécialement les sociétés pluralistes, et les sensibilités à fleur de peau des uns et des autres sont telles que ce qui apparaît à l'un comme un propos légitime est perçu par d'autres comme une violence inacceptable.

Nous enseignons à juste titre à nos enfants que la démocratie est un régime précieux, mais fragile et plutôt une exception dans l'histoire ; que nous ne devons pas la tenir pour acquise, mais au contraire demeurer vigilants et être prêts à combattre pour la défendre. Mais prenons-nous véritablement au sérieux nous-mêmes ce que nous inculquons aux plus jeunes ? Beaucoup se résignent, souvent au nom de la raison ou du droit, à nos déficits démocratiques, au remplacement des élus par des technocrates, à l'abaissement des contre-pouvoirs et aux atteintes ou restrictions à la liberté d'expression. La marge de tolérance de notre société par rapport à ce qui peut se dire et être débattu se restreint dangereusement, ce que traduit la montée de « la pensée unique » ou du « politiquement correct ». Nous ne mesurons pas assez, je le crains, les risques de ce mouvement. La démocratie n'est pas un régime tranquille et consensuel, mais le lieu d'expression et de l'arbitrage des conflits. C'est un mode de gouvernement et de vie politique qui prétend éviter la guerre civile et que le sang coule en traduisant en débats les conflits d'intérêts et de valeurs qui traversent la société. Il ne s'agit pas de nier les conflits ni de refouler la violence politique, mais de la canaliser. C'est ce pari, certes risqué, qui est à l'origine de la distinction politique et juridique que les régimes démocratiques tracent entre les paroles et les actes. Cette distinction nous impose de tolérer des propos qui pourtant nous heurtent, nous choquent, nous inquiètent, parfois jusqu'au plus profond de notre être. Par contre, elle ne nous oblige pas à être d'accord avec eux. Au contraire, elle nous accorde la même liberté et la même protection, ô combien précieuse, pour les combattre et les réfuter, ce qui est plus difficile et plus épuisant, mais en définitive plus stimulant que de les mettre hors la loi.