

**Paris, le 28 février 2024**

## **Observations du Syndicat de la Magistrature sur la proposition de loi visant à renforcer la réponse pénale contre les infractions à caractère raciste ou antisémite**

L'augmentation récente du nombre d'infractions commises en raison de l'origine, de l'ethnie, de la nation, d'une prétendue race ou de la religion, et des délits d'apologie et de négation des crimes contre l'humanité est documentée par la CNCDH<sup>1</sup> qui a notamment relevé une hausse de 16 % du nombre des atteintes « à caractère raciste » enregistrés par les forces de l'ordre entre 2020 et 2021 et de 10 % entre 2021 et 2022, dont 65% étaient des injures, provocations ou diffamations publiques.

Le Syndicat de la magistrature déplore cette inflation délétère et souscrit à la nécessité de lutter pleinement et efficacement contre ces phénomènes, de surcroît lorsqu'ils prennent de l'ampleur, en ce qu'ils fragilisent le débat démocratique ainsi que l'espace public, autant qu'ils portent atteinte aux conditions élémentaires du vivre-ensemble.

L'attention du législateur doit toutefois être attirée non seulement sur le caractère globalement inadapté et bien souvent contre-productif d'une répression accrue en ces matières – qui plus est par la voie de l'emprisonnement ferme – mais surtout sur le mouvement de démantèlement à l'œuvre depuis plus d'une décennie, de la spécificité du droit de la presse. En effet, depuis la loi du 13 novembre 2014, le régime des infractions de presse tend, réforme après réforme à s'aligner sur le régime des infractions de droit commun, et ce le plus souvent au nom de la lutte contre les discours de haine, racistes et antisémites. La présente proposition de loi pourrait s'inscrire en partie dans cette démarche. Nous soutenons que ces atteintes à la spécialité du droit de la presse sont susceptibles de se révéler, à l'usage, disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi de lutte contre les expressions à caractère antisémite et raciste.

En 1881, il a été fait le choix d'un régime juridique spécifique, autonome et équilibré, pour toutes les manifestations de la pensée, sans exception. L'élaboration de ce dispositif a été guidé par la proclamation de la liberté d'expression et de sa protection, à la fois comme droit fondamental et comme condition du pluralisme démocratique (article 10 DDHC et article 11 CESDH). Cette spécificité s'oppose au régime qui prévaut pour les infractions de droit commun qui répriment des actes et des comportements, compris comme ayant un impact qui dépasse, par nature, celui des opinions. Dans le même temps, la loi de 1881 a permis d'organiser la sanction des usages abusifs de la parole lorsqu'ils ont des conséquences graves ou dangereuses, notamment lorsqu'ils constituent des provocations à la haine, des injures ou des diffamations publiques ou non publiques à caractère raciste ou antisémite.

---

1 <https://www.cncdh.fr/publications/rapport-2022-sur-la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la-xenophobie>

Comme le suggèrent les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel sur ces questions<sup>2</sup>, ces sanctions ne sauraient prospérer dans notre pyramide des normes qu'à la seule condition qu'équilibre et proportionnalité soient toujours recherchés par le législateur pour continuer de garantir la liberté d'expression. La recherche d'un tel équilibre a pour objectif de prémunir la société contre des formes trop amples de censure et de préserver le pluralisme en démocratie.

A cet égard, nous attirons l'attention des députés sur l'examen à venir par le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise le 13 février 2024 par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Celle-ci pourrait en effet perturber l'adoption ou la mise en œuvre de la proposition de la loi si elle était adoptée, puisqu'elle interroge l'existence d'un PFRLR (principe fondamental reconnu par les lois de la République) tenant au jugement des délits de presse selon une procédure spécifique et donc emportant des garanties particulières. Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi être amené à s'interroger sur la constitutionnalité des dispositions qui permettent de traiter certains délits de presse sous le régime du droit commun.

## **I - Sur l'alignement du régime d'exécution des peines d'emprisonnement en matière de presse sur celui du droit commun**

### ***L'approche à la fois efficace et différenciée du régime en vigueur***

Le régime actuel d'exécution des peines en matière de presse permet déjà, selon nous, de conjuguer l'impératif de préservation de l'expression publique et l'impératif tout aussi nécessaire de lutte contre l'expression de la haine, du racisme et de l'antisémitisme à travers, notamment, l'apologie et la négation des crimes contre l'humanité.

En effet, le **régime des peines** en vigueur permet d'ores et déjà d'appréhender le caractère particulièrement grave des délits d'apologie et de contestation de crimes contre l'humanité. D'une part, il facilite la poursuite de ces délits, contrairement aux autres délits de presse, grâce à des délais de prescription étendus (un an contre trois mois pour les délits de presse simples), et grâce à des requalifications possibles de la diffamation en injure publique aggravée (ce qui est impossible pour des délits de presse simples). D'autre part, si la législation actuelle limite les peines de restriction de liberté en matière d'infraction d'expression – la diffamation publique simple est ainsi punie d'une peine d'amende simple –, c'est précisément pour mieux réserver celles-ci aux délits d'expression aggravés, notamment par leur caractère raciste ou antisémite, puisqu'elle prévoit, outre des peines d'amende plus importantes, des peines d'emprisonnement pour ces infractions spécifiques.

S'agissant du **régime d'exécution de ces peines**, les imperfections de la législation actuelle ne nous semblent pas suffisamment démontrées : lorsque la personne condamnée est partie à l'étranger, la peine peut ainsi être mise à exécution dès son retour sur le territoire national<sup>3</sup>.

Le fait que l'incarcération immédiate d'une personne condamnée pour de telles infractions (ou la délivrance d'un mandat d'arrêt) ne soit pas prévue par les textes ne fait pas obstacle à l'exécution des peines prononcées.

---

<sup>2</sup> Voir notamment : décision CC, n°2016-745, 26 janvier 2017 et décision CE, n°414819 11 juillet 2018;

<sup>3</sup> Pour preuve du caractère pleinement exécutoire de ces peines, il convient de rappeler l'exemple d'Hervé Lalin, dit Ryssen, qui a été condamné à plusieurs reprises à des peines d'emprisonnement entre 2017 et 2020 en raison de propos antisémites, négationnistes et de provocation à la haine contre les juifs, et qui a été incarcéré le 18 septembre 2020 en exécution de ces peines. Il a exécuté une partie de sa peine en détention, une autre sous bracelet électronique.

La différence de régime avec le droit commun permet de maintenir une distinction légitime entre les modalités de répression des manifestations de la pensée et celles des passages à l'acte.

Outre le risque d'affaiblissement de cette distinction, l'article 1 de la proposition de loi emporte des risques d'illisibilité et de disproportion de la sanction, au détriment de la cohérence d'ensemble du dispositif.

### ***Les risques d'illisibilité et de disproportion de la proposition de loi au détriment de la cohérence d'ensemble du dispositif***

Les délits d'apologie de certains crimes – parmi lesquels des atteintes aux personnes, des agressions sexuelles, des crimes de guerre – sont punis de cinq ans d'emprisonnement mais les contestations de crimes contre l'humanité sont punies d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Pour quelle raison soumettre à un régime plus sévère ces délits et créer une différence de traitement avec, par exemple, la diffamation publique à caractère raciste ou antisémite, qui est pourtant également punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ?

En terme de lisibilité de la loi, d'échelle des valeurs sociales protégées et de cohérence de la répression, il est difficilement compréhensible de prévoir la délivrance de mandats de dépôt et de mandats d'arrêt pour seulement une partie des délits d'expression à caractère raciste et antisémite. Nous tenons néanmoins à souligner qu'il serait disproportionné d'élargir la modification proposée du régime d'exécution des peines à l'ensemble des délits d'expression aggravés, et ce pour les motifs exposés ci-après.

La délivrance de mandats de dépôts et de mandats d'arrêts à l'audience pour tous les délits d'apologie visés à l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi risque d'aggraver le niveau de répression pour des atteintes de moindre gravité que celles visées dans l'exposé des motifs, correspondant à des cas emblématiques et médiatiques. Par exemple, les délits d'apologie, semblent moins souvent émaner de discours argumentés et étayés que d'expressions ponctuelles et excessives lancées sous le coup de l'ivresse ou de l'emportement, autrement dit, des formes tristement actualisées de l'outrage.

Il est légitime de mettre en lien l'apologie des crimes visés avec les passages à l'acte violents qu'elle peut inspirer. Néanmoins, la répression la plus sévère de leurs manifestations les moins construites pourrait manquer son effet.

### ***La nécessité de développer des mesures alternatives à l'emprisonnement pour lutter contre les discours de haine***

D'autres moyens que le renforcement de la loi pénale et des dispositifs répressifs articulés sur le paradigme de l'incarcération doivent impérativement être trouvés et employés pour combattre les délits d'expression de haine raciste ou antisémite.

En effet, lorsqu'ils émergent et se multiplient, ces abus ressemblent souvent plus à la manifestation d'un certain malaise au sein de notre communauté politique. Leur résolution par une répression excessive risque d'être incomprise, voire contre-productive.

Le recours à des peines alternatives à l'emprisonnement comportant une véritable dimension éducative, à l'image des stages de citoyenneté ou des travaux d'intérêt général, nous semble ainsi d'autant plus nécessaire dans cette matière, où les objectifs pédagogiques de fond doivent primer sur l'affichage d'une répression accrue.

## **II - Sur les dispositions relatives à la requalification des contraventions d'expression non-publique**

A faible distance – 7 années – de la réforme technique réalisée par le décret n°2017-1230 du 3 août 2017, la proposition de loi conduit à un changement de paradigme : il ne s'agit plus d'opérer un déplacement horizontal sur l'échelle des sanctions contraventionnelles en matière de diffusion non publique de propos discriminatoires provocants, diffamatoires ou injurieux, mais de franchir le cap de la « délictualisation » de ces expressions.

Si les textes d'incrimination incarnent la position que la société entend allouer à la sanction de telle ou telle expression, ils doivent respecter, comme évoqué plus haut, des équilibres nécessaires et proportionnés entre valeurs opposées et poursuivre un objectif d'effectivité.

L'exposé des motifs de la proposition de loi se montre sibyllin sur la justification de l'aggravation des sanctions encourues en cas de diffusion non publique de propos discriminatoires provocants, diffamatoires ou injurieux. Il est ainsi noté : « (...) *la différence entre injure publique ou non publique est, dans la pratique, extrêmement ténue* ».

Cette affirmation nous semble largement contredite par la pratique judiciaire qui, au contraire de ce qui est avancé, a tissé un canevas d'indices et de présomptions suffisamment étoffé pour que la frontière entre ces deux circonstances apparaisse de manière nette. Ainsi, la diffusion échappe au critère de publicité lorsque ses destinataires sont liés entre eux par une communauté d'intérêts et non lorsqu'ils constituent un ensemble indéterminé de personnes<sup>4</sup>.

Plus largement, la proposition de « délictualisation » de la diffusion non publique de propos discriminatoires nous semble se heurter à deux séries d'objections : la première tient à un risque d'absence de proportionnalité en considération de l'objectif poursuivi, la seconde tient à une absence de nécessité.

### ***Le risque de non proportionnalité d'une « délictualisation » de la diffusion non publique de propos discriminatoires provocants, diffamatoires ou injurieux***

Depuis le décret du 25 mars 2005, les provocations, diffamations et injures publiques discriminatoires sont plus sévèrement sanctionnées que celles dépourvues d'un tel caractère<sup>5</sup>. Le décret du 3 août 2017 assigne à ces expressions une peine d'amende plus lourde. Aux termes de ce texte, ces dernières ne sont plus sanctionnées d'une peine d'amende contraventionnelle de 4<sup>e</sup> classe (750 euros), mais de 5<sup>e</sup> classe (1 500 euros). En cas de provocation, de diffamation ou d'injure discriminatoires non publiques, les peines encourues s'étendent également à des peines complémentaires de travail d'intérêt général et d'obligation d'accomplir, le cas échéant aux frais du condamné, un stage de citoyenneté. En ce sens, le texte de 2017 respecte la gradation juridique distinguant sanction de la diffusion publique et non publique de propos discriminatoires provocants, diffamatoires ou injurieux<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Par définition, la loi du 29 juillet 1881 limite les propos ayant une portée publique, c'est-à-dire ceux qui ont « *pénétré d'une manière ou d'une autre le domaine public* ». Voir spécialement DREYER (E.), « Injures publiques et non publiques », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2016 (actualisation août 2017), n°294.

<sup>5</sup> Décret n°2005-284 du 25 mars 2005 relatif aux contraventions de diffamation, d'injure et de provocation non publiques à caractère discriminatoire et à la compétence du tribunal de police et de la juridiction de proximité, JORF du 30 mars 2005, NOR : JUSD0530048D.

<sup>6</sup> L'ordonnancement des infractions d'expression recouvre dès lors quatre degrés de gravité : (1.) les injures, provocations et diffamations publiques discriminatoires qui entrent dans la catégorie des délits (2.) les injures, provocations et diffamations publiques non discriminatoires qui entrent dans la catégorie des délits; (3.) les injures, provocations et diffamations non publiques discriminatoires qui entrent dans la catégorie des contraventions de cinquième classe ; (4.) les

Doit-on, dès lors, comprendre de la réforme proposée que le caractère « simplement » contraventionnel des infractions visées ne serait pas suffisamment adapté ou proportionné aux buts qui lui sont assignés ? En toute hypothèse, cela remet en cause l'équilibre entre sanction des diffusions publiques et non publiques des propos discriminatoires.

En premier lieu, le principe d'égalité devant la loi est formellement préservé par le droit positif en ce que si des situations similaires (diffusion publique *ou* diffusion non publique) méritent un traitement identique, des situations différentes (diffusion publique *versus* diffusion non publique) commandent l'application de traitements différents. En ce sens, l'argument tiré de la difficulté pratique d'isoler de manière hermétique caractère public et non public de la diffusion des propos discriminatoires est inopérant. La réception du propos haineux n'atteint pas la même cible : elle est plus vaste en cas de diffusion publique. C'est donc bien cette considération objective, ou « volumique », qui doit prévaloir sur l'échelle des sanctions et non celle liée à l'inadmissibilité de principe incontestable et indépassable du propos raciste, antisémite ou sexiste.

En second lieu, le rapport de proportionnalité entre, d'une part, préservation de la liberté d'expression et respect de la vie privée, et, d'autre part, la sanction nécessaire des propos haineux, a été examiné par le Conseil d'État. Dans sa décision rendue le 11 juillet 2018<sup>7</sup>, celui-ci était invité à se prononcer sur la conformité du décret de 2017 aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Dans cette décision, le Conseil d'État a admis que « *l'élargissement des infractions de provocation non publique à la discrimination, à la haine et à la violence à l'égard d'une personne ainsi que de diffamation et d'injure non publiques au cas où celles-ci sont commises en raison de l'identité de genre de la victime et le passage, pour les deux dernières, de la catégorie des contraventions de quatrième classe à celle de cinquième classe ne fixent à la liberté d'expression (...) que des limites nécessaires et proportionnées à la défense de l'ordre, au respect de la liberté et de la vie privée des personnes, ainsi qu'à celui de l'égalité entre les personnes* »<sup>8</sup>.

En outre, le Conseil d'État a considéré que le « *décret attaqué ne porte pas une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée en tant qu'il range dans la catégorie des contraventions de la cinquième classe les infractions de diffamation et d'injure non publiques qui ne concernent les propos ou écrits exprimés en dehors des lieux ou réunions publics qu'à la condition d'avoir été tenus ou diffusés dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel* »<sup>9</sup>.

Cette décision consacre un rapport de proportionnalité entre protection des libertés, garanties conjointement par le droit interne et européen, et sanction nécessaire des expressions discriminatoires. Une « délictualisation » des infractions visées par la proposition est susceptible de rompre cet équilibre et d'encourir la censure, nationale ou européenne, pour défaut de proportionnalité à l'objectif poursuivi.

### ***L'inopportunité potentielle d'une « délictualisation » de la diffusion non publique de propos discriminatoires provocants, diffamatoires ou injurieux***

Aux termes de la loi du 29 juillet 1881, telle que modifiée par la loi [n°2021-1109 du 24 août 2021](#), les délits de provocation et d'injure publiques discriminatoires sont respectivement sanctionnés d'un an

---

injures, provocations et diffamations non publiques non discriminatoires qui entrent dans la catégorie des contraventions de première classe. Voir spécialement sur ce point, AZOULAY (W.), « Du renforcement des infractions de diffamation et d'injures non publiques à leur élargissement », *Dalloz actualité*, 20 septembre 2017.

7 CE, 11 juillet 2018, n°414819.

8 *Idem*, §7.

9 *Idem*, considérant n°5. Nous soulignons.

d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Lorsqu'ils sont commis par une personne dépositaire de l'autorité publique, ces peines sont portées à 3 ans et 75 000 euros d'amende<sup>10</sup>.

Le délit de diffamation publique discriminatoire, s'il est puni des mêmes peines, n'encourt aujourd'hui aucune forme d'aggravation lorsque son auteur est une personne dépositaire de l'autorité publique. L'aggravation visée par la proposition de loi en matière de diffamation discriminatoire non publique en pareille circonstance apparaît ainsi manquer de cohérence. Cette circonstance témoigne d'un risque d'inopportunité de la « délictualisation » proposée.

Les infractions de diffusion non publique discriminatoires ne bénéficient en effet, à l'inverse des diffusions publiques, que d'un taux réduit de poursuites compte tenu, notamment, de la charge de travail aujourd'hui assumée par les parquets en général, et les magistrats du pôle national de lutte contre la haine en ligne en particulier. Or, augmenter le niveau de la peine encourue en pareil circonstance n'est pas, en lui-même, de nature à accroître ce taux et risquerait ainsi de manquer son objectif.

### ***Le risque d'une répression plus sévère des délits d'expression non-publique que des délits d'expression publique***

Il convient de rappeler que la jurisprudence accorde aux contraventions d'expressions, extérieures à la loi de 1881, un régime procédural identique à celui assigné aux infractions prévues par cette dernière. Avec la « délictualisation » proposée, le risque de voir s'appliquer un régime plus sévère pour des infractions moins graves, car non publiques, est loin d'être exclu. A ce titre, le formalisme spécifiquement requis par les dispositions des articles 42 à 65-4 de la loi de 1881, pour les poursuites et la répression des infractions plus graves, pourrait aussi échapper aux infractions non publiques telles que visées par la proposition de loi.

D'une manière plus topique encore, la proposition de loi instaure une possibilité d'orientation pénale en comparution immédiate pour les infractions de diffamation et d'injure non publiques commises par une personne dépositaire de l'autorité publique. Cette situation est porteuse de paradoxe alors que, d'une part, cette orientation est aujourd'hui expressément proscrite par l'article 397-6 du code de procédure pénale pour ce qui relève du délit d'injure publique discriminatoire et que, d'autre part, la diffamation publique discriminatoire à l'initiative d'une personne dépositaire de l'autorité publique n'est pas retenue en l'état du droit comme une circonstance aggravante. Cet exemple peut, *mutatis mutandis*, trouver des expressions similaires pour ce qui relève du régime de la garde à vue ou des mandats d'arrêt par exemple

L'objectif légitime et incontestable de lutte contre le racisme et l'antisémitisme ne saurait ainsi s'accommoder durablement d'un texte de loi, *in fine* peu lisible, fondé sur l'espoir d'un gain procédural trop hypothétique alors que le régime graduel actuel s'avère satisfaisant.

D'autres outils peuvent utilement être mobilisés, voire vitalisés, au bénéfice du dispositif actuel si l'on considère le travail de fond largement engagé par les réseaux associatifs, au demeurant souvent soutenus par les autorités de poursuite. Comme évoqué précédemment, la dimension pédagogique de la lutte contre les propos haineux, racistes ou antisémites, est particulièrement justifiée dans ces matières. Elle a d'ailleurs été de nouveau valorisée par la CNCDH dans son dernier rapport annuel publié<sup>11</sup>.

---

10 Articles 24 (concernant la provocation publique discriminatoire) et 33 (concernant l'injure publique discriminatoire) de la loi du 29 juillet 1881 modifiée.

11 Voir point 2 des « 12 recommandations prioritaires », CNCDH, « Rapport sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie », 2022, p. 31.