

Analyse juridique de la définition opérationnelle de l'antisémitisme adoptée au sein de l'IHRA

6 novembre 2020

Avis de droit

établi à la demande
du Service de lutte contre le racisme
du Département fédéral de l'intérieur

L'analyse juridique reflète l'opinion personnelle des auteures et n'engage que celles-ci.

I.	Mandat, objet et plan de l'étude.....	3
II.	Contexte d'adoption de la définition opérationnelle	4
A.	Origine et adoption par l'IHRA	4
B.	La définition opérationnelle à l'aune des débats entourant la notion d'antisémitisme	9
C.	Survol des critiques.....	12
D.	Conclusion	14
III.	Aperçu de la pratique d'autres Etats et organismes internationaux	14
A.	Royaume-Uni	15
B.	France	17
C.	Allemagne	20
D.	Autriche	22
E.	Canada	23
F.	Etats-Unis d'Amérique	24
G.	Organismes internationaux	25
1.	Union européenne	25
2.	OSCE	26
3.	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme.....	27
H.	Conclusion	28
IV.	Analyse de la définition opérationnelle.....	29
A.	Observations liminaires	29
B.	Structure de la définition au sens large	31
C.	Définition de base.....	32
D.	Exemples	40
1.	Portée des exemples	41
2.	Exemples sans lien prépondérant avec Israël.....	44
3.	Exemples avec lien prépondérant à Israël.....	47

E.	Evaluation de la définition à l'aune des standards internationaux.....	56
F.	Conclusion	58
V.	Impact de la définition opérationnelle sur des domaines de droit choisis	59
A.	Droit pénal : l'exemple de la discrimination raciale	60
1.	Limitation aux manifestations graves de racisme et d'antisémitisme.....	61
2.	Formes d'antisémitisme en lien avec Israël.....	62
3.	Evaluation	63
B.	Droit civil : l'exemple de la protection de la personnalité.....	64
1.	Affaire CICAD c. Suisse	66
2.	Affaire GRA c. Suisse	68
3.	Evaluation	69
C.	Droit administratif : l'exemple de l'exercice des libertés de communication faisant usage des biens de l'Etat	72
D.	Conclusion	74
VI.	Modes de reconnaissance de la définition opérationnelle.....	75
A.	Statut et effets juridiques de la définition	75
B.	Instruments envisageables en vue de l'adoption de la définition	79
1.	Adoption par le Conseil fédéral.....	79
2.	Adoption par l'Assemblée fédérale	80
C.	Le contenu de l'acte d'adoption	80
D.	Conclusion	81
VII.	Conclusion générale	82
	Annexe 1 : Working Definition of Anti-Semitism (EUMC)	86
	Annexe 2 : Working Definition of Antisemitism (IHRA).....	87
	Liste des abréviations.....	88

I. Mandat, objet et plan de l'étude

Le 21 juin 2019 Paul Rechsteiner a déposé un postulat sur la « Définition de l'antisémitisme adoptée par l'International Holocaust Remembrance Alliance » (19.3942) au Conseil des Etats, dans lequel il charge le Conseil fédéral de présenter un rapport sur l'opportunité d'utiliser, dans la politique intérieure et extérieure de la Confédération, la définition de l'antisémitisme adoptée par l'Alliance internationale pour la mémoire de l'Holocauste (International Holocaust Remembrance Alliance, IHRA), analysant en particulier les points suivants :

1. Conséquences de l'utilisation de la définition, du point de vue juridique, pour la politique intérieure et extérieure ;
2. Avantages pour la sensibilisation, la prévention, le travail de conseil et les interventions aux niveaux fédéral, cantonal et communal ;
3. Utilité pour la collecte de données sur les cas et pour la recherche ;
4. Manière dont la définition est utilisée ou pourrait être utilisée par les tribunaux.¹

Le 12 septembre 2019, Paul Rechsteiner a souligné au Conseil des Etats qu'une acceptation du postulat était un signe fort contre toutes les formes de racisme et d'incitation à la haine.² Le Conseil fédéral s'est ensuite exprimé favorablement sur l'adoption du postulat, en relevant l'utilité d'une analyse approfondie de la définition pour apporter une base factuelle au débat politique complexe sur ce qui constitue l'antisémitisme,³ sur quoi le postulat a été accepté.⁴

Le présent avis de droit sur les aspects juridiques de la définition de l'IHRA mandaté par le Service de lutte contre le racisme (SLR) du Département fédéral de l'intérieur (DFI) servira de base de réflexion pour l'élaboration du rapport demandé par le postulat. En parallèle, Le SLR a mandaté la réalisation d'une deuxième étude portant sur la mise en œuvre des mesures de lutte contre l'antisémitisme aux niveaux fédéral, cantonal et communal.

Conformément au mandat du SLR, le présent avis de droit devrait s'articuler autour de cinq points d'analyse :

1. Un aperçu du contexte d'élaboration de la définition, des débats politiques y relatifs et de son utilisation dans d'autres Etats ;
2. Une analyse textuelle des éléments constitutifs de la définition, y compris une évaluation à l'aune des obligations internationales liant la Suisse, en particulier la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (CERD)⁵;
3. Une discussion des exemples illustratifs accompagnant la définition ;

¹ Postulat Paul Rechsteiner « Définition de l'antisémitisme adoptée par l'International Holocaust Remembrance Alliance » (19.3942), déposé le 21 juin 2019, [<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193942>] (15.04.2020).

² Transcription du débat sur le Postulat Paul Rechsteiner au Conseil des Etats, in : Assemblée fédérale, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale du 12 septembre 2019 [En ligne]. Postulat Paul Rechsteiner (19.3942), [<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=47030>] (15.04.2020), Intervention du conseiller aux Etats Paul Rechsteiner.

³ Idem, Intervention du conseiller fédéral Alain Berset.

⁴ Idem, Décision.

⁵ RS 0.104.

4. Une réflexion quant à son potentiel d'utilisation dans différents domaines du droit ;
5. Une description des modes de reconnaissance de la définition et leurs effets juridiques respectifs.

5 L'avis traitera de ces différents points dans l'ordre indiqué. Nous étayerons d'abord le contexte de l'adoption de la définition (ch. I) et la pratique d'autres Etats et organismes internationaux (ch. II). Puis, nous analyserons la structure et les éléments constitutifs de la définition au sens large, et l'évaluerons à l'aune des standards internationaux (ch. III). Nous examinerons ensuite l'impact potentiel de la définition opérationnelle dans différents domaines du droit (ch. IV). En dernier lieu, nous nous interrogerons sur les modes de reconnaissance à disposition des autorités suisses (ch. V). L'avis se clôt sur une conclusion générale qui reprend et relie les principaux constats des différents chapitres.⁶

II. Contexte d'adoption de la définition opérationnelle

A. Origine et adoption par l'IHRA

6 La définition opérationnelle de l'IHRA provient d'une définition publiée par l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, EUMC) en 2005, figurant sous Annexe 1. Fruit d'une coopération avec l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), différentes organisations juives et un groupe d'experts et expertes spécialisées dans la recherche sur l'antisémitisme, la définition était conçue comme outil pour recueillir des données fiables et comparables sur les crimes antisémites en Europe.⁷ Huit ans plus tard, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (European Union Agency for Fundamental Rights, FRA), organisation successeur à l'EUMC, a effacé la définition de son site internet, en raison d'incertitudes autour de son efficacité comme outil de collecte de données.⁸ Depuis, la FRA se base

⁶ Certaines mise à jour ponctuels ont été ajoutées après la fin du travail (6 novembre 2019).

⁷ Voir les témoignages de Kenneth S. Stern et Rabbi Andrew Baker devant le Committee on the Judiciary de la Chambre des Représentant des Etats-Unis, in : United States House of Representatives/ Committee on the Judiciary, Hearing on Examining Anti-Semitism on College Campuses. Written Testimony of Kenneth S. Stern, 7 novembre 2017, [<https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=1930>] (27.02.2020), pp. 5-6 ; et United States House of Representatives/Committee on the Judiciary, Hearing on Examining Anti-Semitism on College Campuses. Testimony of Rabbi Andrew Baker, 7 novembre 2017, [<https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=1930>] (27.02.2020), pp. 1-3. Pour une critique de la sélection des experts et expertes invitées à collaborer dans l'élaboration de la définition, voir Antony Lerman, The Farcical Attack on the UCU For Voting Against Use of the EUMC 'Working Definition' of Antisemitism, 2 juin 2011, [<https://antonylerman.com/2011/06/02/the-farcical-attack-on-the-ucu-for-voting-against-use-of-the-eumc-working-definition-of-antisemitism/>] (02.05.2020); pour une critique d'ordre méthodologique, voir François Dubuisson, La définition de l'antisémitisme par l'European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC) : vers une criminalisation de la critique de la politique d'Israël ?, juillet 2005, [<http://www.eccpalestine.org/wp-content/uploads/2018/01/Dubuisson-Definition-Antisemitism.pdf.pdf>], pp. 2 ss.

⁸ Quant à l'existence de questions sur l'efficacité de la définition, voir p.ex. Ministry of Housing, Communities and Local Government, All-Party Inquiry into Antisemitism. Government Response to the One year on Progress Report, 12 mai 2008, [<https://www.gov.uk/government/publications/all-party-parliamentary-inquiry-into-antisemitism-government-response-one-year-on>] (27.02.2020), p. 6. Quant à l'effacement de la définition voir p.ex. Peter Ullrich, Gutachten zur « Arbeitsdefinition Antisemitismus » der International Holocaust Remembrance Alliance (mandaté par la Fondation Rosa-Luxemburg et medico international e.V.), octobre 2019, [<https://www.rosalux.de/publikation/id/41168/gutachten-zur-arbeitsdefinition-antisemitismus-der-ihra/>] (16.01.2020), p. 7.

dans ses rapports sur la perception et les expériences de la communauté juive, plutôt que de fournir une définition positive de l'antisémitisme.⁹

Suite à la publication de plusieurs études alertant d'une nouvelle montée de l'antisémitisme en Europe, en lien avec la guerre de Gaza de 2014, le comité d'experts et expertes sur l'antisémitisme et le déni de l'Holocauste de l'IHRA a résolu de s'affirmer dans le domaine de la lutte contre l'antisémitisme.¹⁰ L'IHRA trouve son origine dans un groupe de travail pour la coopération internationale sur l'éducation, la mémoire et la recherche sur l'Holocauste (Task Force for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research, ITF), établi comme organisme intergouvernemental en 2000 dans le but de renforcer et promouvoir l'enseignement, la recherche et la mémoire de la Shoah.¹¹ Aujourd'hui l'IHRA compte 34 Etats membres, majoritairement européens, mais aussi Israël, les Etats-Unis et le Canada.¹²

En 2015, le Comité sur l'antisémitisme et le déni de l'Holocauste de l'IHRA a décidé de reprendre l'ancienne définition de l'antisémitisme de l'EUMC, et a réussi à forger un consensus international autour de cette définition, moyennant quelques modifications (infra, n. 12).¹³ Sur recommandation du Comité, et sous la présidence très active de la Roumanie, soutenue également par l'Allemagne qui présidait l'OSCE à l'époque,¹⁴ la plénière, organe décisionnel de l'IHRA comptant alors 31 Etats membres dont la Suisse, a adopté la définition par consensus lors de sa réunion du 25 mai 2016 à Bucarest, sous réserve de son caractère non contraignant vis-à-vis des Etats.¹⁵

La définition, que nous appellerons ici définition de base, se lit comme suit :

« L'antisémitisme est une certaine perception des Juifs qui peut se manifester par une haine à leur égard. Les manifestations rhétoriques et physiques de l'antisémitisme visent des individus juifs ou non et/ou leurs biens, des institutions communautaires et des lieux de culte. »¹⁶

⁹ FRA, Young Jewish Europeans: perceptions and experiences of antisemitism, 4 juillet 2019, [https://fra.europa.eu/en/publication/2019/young-jewish-europeans-perceptions-and-experiences-antisemitism] (05.07.2020) ; David Feldman, Sub-Report for the Parliamentary Committee against Antisemitism, 1 janvier 2015, [http://www.bbk.ac.uk/history/our-staff/academic-staff/prof-david-feldman] (04.03.2020), p. 4.

¹⁰ IHRA, Antisemitism and Holocaust Denial, [https://www.holocaustremembrance.com/antisemitism-and-holocaust-denial] (02.05.2020).

¹¹ IHRA, About us, [https://www.holocaustremembrance.com/about-us] (02.05.2020). Le document fondateur de l'IHRA, la déclaration de Stockholm de 2000, peut être consulté sous IHRA, Stockholm Declaration, [https://www.holocaustremembrance.com/about-us/stockholm-declaration] (02.05.2020).

¹² IHRA, Countries and Membership, [https://www.holocaustremembrance.com/about-us/countries-membership] (02.05.2020).

¹³ IHRA, Antisemitism and Holocaust Denial, [https://www.holocaustremembrance.com/antisemitism-and-holocaust-denial] (02.05.2020) ; Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 7.

¹⁴ Voir le Rapport 2016 de la délégation Suisse auprès de l'IHRA. Concernant le rôle d'initiateur de l'Allemagne, voir également Auswärtiges Amt, Bundesregierung unterstützt internationale Arbeitsdefinition von Antisemitismus, 22 septembre 2017, [https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/kulturdialog/-/216610] (17.02.2020).

¹⁵ IHRA, Working Definition of Antisemitism, 19 juillet 2018, [https://www.holocaustremembrance.com/news-archive/working-definition-antisemitism] (02.05.2020).

¹⁶ IHRA, La définition opérationnelle de l'antisémitisme utilisée par l'IHRA, 26 mai 2016, [https://www.holocaustremembrance.com/fr/resources/working-definitions-charters/la-definition-operationnelle-de-lantisemitisme-utilisee-par?focus=antisemitismandholocaustdenial] (04.10.2020). La définition en version originale (anglais) est reproduite en Annexe 2.

10 Elle s'accompagne d'un texte explicatif et d'une liste d'exemples :

« Les exemples suivants, destinés à guider le travail de l'IHRA, illustrent cette définition :

L'antisémitisme peut se manifester par des attaques à l'encontre de l'État d'Israël lorsqu'il est perçu comme une collectivité juive. Cependant, critiquer Israël comme on critiquerait tout autre État ne peut pas être considéré comme de l'antisémitisme. L'antisémitisme consiste souvent à accuser les Juifs de conspirer contre l'humanité et, ce faisant, à les tenir responsables de « tous les problèmes du monde ». Il s'exprime à l'oral, à l'écrit, de façon graphique ou par des actions, et fait appel à des stéréotypes inquiétants et à des traits de caractère péjoratifs.

Parmi les exemples contemporains d'antisémitisme dans la vie publique, les médias, les écoles, le lieu de travail et la sphère religieuse, on peut citer, en fonction du contexte et de façon non exhaustive :

- l'appel au meurtre ou à l'agression de Juifs, la participation à ces agissements ou leur justification au nom d'une idéologie radicale ou d'une vision extrémiste de la religion ;
- la production d'affirmations fallacieuses, déshumanisantes, diabolisantes ou stéréotypées sur les Juifs ou le pouvoir des Juifs en tant que collectif comme notamment, mais pas uniquement, le mythe d'un complot juif ou d'un contrôle des médias, de l'économie, des pouvoirs publics ou d'autres institutions par les Juifs ;
- le reproche fait au peuple juif dans son ensemble d'être responsable d'actes, réels ou imaginaires, commis par un seul individu ou groupe juif, ou même d'actes commis par des personnes non juives ;
- la négation des faits, de l'ampleur, des procédés (comme les chambres à gaz) ou du caractère intentionnel du génocide du peuple juif perpétré par l'Allemagne nationale-socialiste et ses soutiens et complices pendant la Seconde Guerre mondiale (l'Holocauste) ;
- le reproche fait au peuple juif ou à l'État d'Israël d'avoir inventé ou d'exagérer l'Holocauste ;
- le reproche fait aux citoyens juifs de servir davantage Israël ou les priorités supposés des Juifs à l'échelle mondiale que les intérêts de leur propre pays ;
- le refus du droit à l'autodétermination des Juifs, en affirmant par exemple que l'existence de l'État d'Israël est le fruit d'une entreprise raciste ;
- le traitement inégalitaire de l'État d'Israël, à qui l'on demande d'adopter des comportements qui ne sont ni attendus ni exigés de tout autre État démocratique ;
- l'utilisation de symboles et d'images associés à l'antisémitisme traditionnel (comme l'affirmation selon laquelle les Juifs auraient tué Jésus ou pratiqueraient des sacrifices humains) pour caractériser Israël et les Israéliens ;
- l'établissement de comparaisons entre la politique israélienne contemporaine et celle des Nazis ;
- l'idée selon laquelle les Juifs seraient collectivement responsables des actions de l'État d'Israël.

Un acte antisémite est une infraction lorsqu'il est qualifié ainsi par la loi (c'est le cas, par exemple, du déni de l'existence de l'Holocauste ou de la diffusion de contenus antisémites dans certains pays).

Une infraction est qualifiée d'antisémite lorsque les victimes ou les biens touchés (comme des bâtiments, des écoles, des lieux de culte et des cimetières) sont ciblés parce qu'ils sont juifs ou relatifs aux Juifs, ou perçus comme tels.

La discrimination à caractère antisémite est le fait de refuser à des Juifs des possibilités ou des services ouverts à d'autres. Elle est illégale dans de nombreux pays. »¹⁷

Les avis divergent sur l'étendue de la décision d'adoption. Un premier point de vue consiste à dire que la décision d'adoption portait uniquement sur la définition de base. Cette position trouve un certain appui dans l'analyse textuelle et la mise en page du document adopté, reproduit en Annexe 2.¹⁸ Le document est structuré en deux parties, chacune introduite par une phrase liminaire. Le mot « adopt » figure dans la phrase introductive de la première partie et semble donc concerner uniquement celle-ci, à l'exclusion des explications et exemples, qui ne sont pas « adoptés », mais simplement reconnus comme instruments « destinés à guider le travail de l'IHRA (to guide IHRA in its work) ». Différents Etats membres de l'IHRA soutiennent cette lecture restrictive, dont l'Allemagne, l'un des principaux partisans de l'adoption de la définition,¹⁹ de même que le Secrétariat permanent de l'IHRA, selon un article de presse.²⁰ D'autres, dont la plupart des Etats membres de l'IHRA et le chef de la délégation suisse,²¹ soutiennent que la définition a été adoptée dans son ensemble, explications et exemples compris. De plus, le site Internet de l'IHRA, géré par son secrétariat permanent, indique la définition dans son ensemble dans 25 langues.²² Relevons que l'IHRA aurait aussi pu envisager de placer les exemples illustratifs en annexe, une option qui n'a manifestement pas été retenue.

En tout cas, l'isolement de la définition de base et l'insertion d'une nouvelle phrase précisant que les exemples sont *uniquement* [implicite] destinés aux travaux de l'IHRA étaient des éléments clés du compromis.²³ Ce sont également les plus importantes modifications introduites par l'IHRA par rapport à la définition originale de l'EUMC. Une autre modification concerne la disposition des explications et exemples. Alors que la version de l'EUMC sépare les exemples en deux passages, le premier portant sur des formes contemporaines de l'antisémitisme en général, et le second sur des formes d'antisémitisme se manifestant par rapport à l'Etat d'Israël, la version de l'IHRA regroupe tous les exemples dans une seule liste. Le contenu des passages explicatifs et des exemples reste inchangé.

Le terme « définition opérationnelle » (« working definition ») provient également de l'EUMC. Il soulignait dans un premier temps le caractère provisoire que l'EUMC attribuait à la définition, perçue

¹⁷ Ibid. La définition en version originale (anglais) est reproduite en Annexe 2.

¹⁸ Le document figure également en ligne sous IHRA, Working Definition of Antisemitism, 26 mai 2016, [<https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-antisemitism?usergroup=6>] (10.04.2020).

¹⁹ Auswärtiges Amt, Bundesregierung unterstützt internationale Arbeitsdefinition von Antisemitismus, 22 septembre 2017, [<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/kulturdialog/-/216610>] (17.02.2020) : « Mit der Aufnahme des letzten Satzes zur Bekämpfung von israelbezogenem Antisemitismus geht die Bundesregierung zudem über die von der IHRA konsenterte Fassung hinaus ».

²⁰ Christian Müller, Sie kritisieren Israel – und wurden gefeuert, in: *Infosperber* [En ligne], 13 décembre 2018, [<https://www.infosperber.ch/FreiheitRecht/Menschenrechte-Redefreiheit-Israel-Lobby>] (04.09.2020), Nachtrag vom 13. Dezember 2018, 15 Uhr.

²¹ Indication donnée par le chef de la délégation suisse auprès de l'IHRA lors de la réunion du Groupe de travail interdépartemental Postulat Rechsteiner du 31 août 2020.

²² <https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-antisemitism?focus=antisemitismandholocaustdenial> (05.11.2020).

²³ A noter que la formulation « to guide IHRA in its work » ne figure pas dans la première définition adoptée par l'IHRA, la Définition pratique de la négation et de la distorsion de l'Holocauste. Voir IHRA, Définition pratique de la négation et de la distorsion de l'Holocauste, [<https://www.holocaustremembrance.com/fr/resources/working-definitions-charters/definition-pratique-de-la-negation-et-de-la-distorsion-de>] (14.09.2020).

comme un travail en cours.²⁴ Rien n'indique toutefois que l'IHRA considère la définition toujours comme inachevée. Le maintien du terme « opérationnel » s'explique probablement par le fait qu'il revêt encore un autre sens, visant à souligner la visée pratique de la définition, conçue comme un outil de travail à des fins de la collecte de données, et non dans un but théorique ou scientifique.²⁵ Cette deuxième interprétation du terme « opérationnel » est étayée par le fait qu'ailleurs l'IHRA traduit, selon les cas, le terme « working definition » non seulement par « définition opérationnelle » mais aussi par « définition pratique ».²⁶

- 14 Notons enfin que la définition opérationnelle de l'antisémitisme n'est ni la seule ni la première définition adoptée par l'IHRA. Le 10 Octobre 2013, l'assemblée plénière de l'IHRA a adopté la définition pratique de la négation et de la distorsion de l'Holocauste.²⁷ Une autre définition, sur l'antitsiganisme/la discrimination anti-Roms, similaire dans sa construction (définition de base et quelques exemples illustratifs) à celle sur l'antisémitisme, a été adoptée le 8 octobre 2020.²⁸ Les deux ont fait l'objet de longues et, parfois, ardues négociations des Etats membres, réfléchissant et pesant chaque mot. Voulant éviter un scénario similaire, la présidence roumaine a, par rapport à la définition opérationnelle sur l'antisémitisme, suivi une procédure accélérée dans le cadre de laquelle la définition a été présentée et adoptée en bloc.²⁹ La phase des négociations interétatiques a ainsi pu être raccourcie à moins de deux semaines,³⁰ toutefois au détriment de la clarté du texte, comme le montrent les controverses persistantes sur l'objet même de la décision d'adoption.

²⁴ Ministry of Housing, Communities and Local Government, Report of the All-Party Parliamentary Inquiry into Antisemitism. Government Response, mis en ligne le 29 mars 2007, [<https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-all-party-parliamentary-inquiry-into-antisemitism-government-response>] (27.02.2020), p. 3 ; Ministry of Housing, Communities and Local Government, All-Party Inquiry into Antisemitism. Government Response to the One year on Progress Report, 12 mai 2008, [<https://www.gov.uk/government/publications/all-party-parliamentary-inquiry-into-antisemitism-government-response-one-year-on>] (27.02.2020), p. 6.

²⁵ P.ex. Dina Porat, The Road to an Internationally Accepted Definition of Antisemitism, in : Charles Asher Small (éd.), The Yale Papers : Antisemitism in Comparative Perspective, New York (ISGAP) 2015, p. 98 ; Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), pp. 8-9.

²⁶ L'IHRA traduit parfois le terme « Working Definition of Holocaust Denial and Distortion » par « Définition pratique de la négation et de la distorsion de l'Holocauste », voir p.ex. [<https://www.holocaustremembrance.com/fr/resources/working-definitions-charters/definition-pratique-de-la-negation-et-de-la-distorsion-de>] (04.09.2020).

²⁷ IHRA, Définition pratique de la négation et de la distorsion de l'Holocauste, [<https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-holocaust-denial-and-distortion?usergroup=7>] (04.09.2020).

²⁸ <https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-antigypsyism-anti-roma-discrimination>.

²⁹ Indication donnée par le chef de la délégation suisse auprès de l'IHRA, lors de la réunion du Groupe de travail interdépartemental Postulat Rechsteiner du 31 août 2020, et le Rapport 2016 de la délégation Suisse auprès de l'IHRA.

³⁰ Voir le Rapport 2016 de la délégation Suisse auprès de l'IHRA qui précise que le premier projet fut soumis moins de deux semaines avant la plénière.

B. La définition opérationnelle à l'aune des débats entourant la notion d'antisémitisme

La définition s'inscrit dans les débats entourant l'antisémitisme en général, et plus spécifiquement ceux portant sur l'existence d'un « nouvel antisémitisme » en Europe, s'exprimant sous forme de rejet de l'Etat d'Israël.³¹ 15

Il existe de nombreuses définitions de l'antisémitisme, la définition de Helen Fein figurant sans doute parmi les plus citées. Cette auteure définit l'antisémitisme comme 16

« [u]ne structure latente et persistante de croyances hostiles à l'égard des Juifs en tant que collectivité, qui se manifeste sous forme d'attitudes sur le plan individuel, sous forme de mythe, d'idéologie, de folklore et d'images sur le plan culturel, ainsi que sous forme d'actes – discrimination sociale ou juridique, mobilisation politique contre les Juifs, et violences collectives ou d'état – et ayant pour conséquence et/ou pour vocation d'éloigner, de déplacer ou de détruire les Juifs en tant que Juifs. »³²

Malgré la pluralité des définitions, le cœur du phénomène antisémite fait largement consensus, soit un sentiment d'hostilité envers les Juifs. D'où la remarque de nombreux chercheurs et chercheuses que l'antisémitisme devrait plus justement s'appeler racisme anti-juif.³³ 17

En Suisse, l'antisémitisme est généralement considéré comme une expression du phénomène général du racisme,³⁴ en ligne avec l'approche de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), qui souligne que « la lutte contre l'antisémitisme, tout en requérant des mesures qui prennent en compte sa spécificité, fait partie intrinsèque et intégrante de la lutte contre le racisme ». ³⁵ Comme le montre cette citation, tout en faisant partie du champ du racisme, l'antisémitisme présente aussi des spécificités. Cette relation de ressemblances et différences est reflétée dans la terminologie usuelle qui se réfère à la lutte contre le *racisme et l'antisémitisme*. Pour comprendre l'antisémitisme, il faut donc s'intéresser tant aux traits qu'il partage avec le racisme qu'à ses traits distinctifs. 18

L'ECRI définit le racisme comme « croyance qu'un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique justifie le mépris envers une personne ou un groupe de personnes ou l'idée de supériorité d'une personne ou d'un groupe de personnes », ³⁶ définition 19

³¹ Pour une analyse historique sur l'évolution des définitions de l'antisémitisme, et l'historique de la définition opérationnelle de l'IHRA, voir Porat (2015) (supra note de bas de page n° 24), pp. 19-32.

³² Traduction par l'EUMC in : EUMC, Les manifestations de l'antisémitisme dans l'Union européenne 2002-2003, 2004 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/184-AS-main-report-FR.pdf] (05.07.2020), p. 188.

³³ Voir p.ex. Monique Eckmann, Antisémitisme – racisme antijuifs. Point de vue no. 6, in : Manuel Boucher/ Mohamed Belqasmi (dir.), Guide pédagogique de l'antiracisme en formation sociale, Paris (Vuibert) 2008, pp.176-185, 176.

³⁴ Service de lutte contre le racisme (SLR), Rapport du Service de lutte contre le racisme 2012 : Tour d'horizon et champs d'action, mars 2013, [<https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/frb/rapports-et-monitorage/rapport.html>] (09.06.2020), p. 8.

³⁵ ECRI, Recommandation de politique générale n° 9 sur la lutte contre l'antisémitisme du 25 juin 2004, CRI(2004)37, préambule.

³⁶ ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale du 13 décembre 2002 et amendée le 7 décembre 2017, CRI(2003)8 REV. I.1.a. La note 1 dans la définition met en garde contre le terme « race », relevant que l'organisation « rejette les théories fondées sur l'existence de 'races' différentes. Cependant, afin d'éviter de laisser sans protection juridique les personnes qui sont généralement et erronément perçues comme appartenant à une 'autre race', l'ECRI utilise ce terme dans la présente Recommandation. »

qui inclut selon l'ECRI aussi l'antisémitisme.³⁷ Il ressort de cette définition que les idéologies racistes consistent essentiellement à classer les personnes sur la base de certaines caractéristiques réelles ou fictives en des groupes différents (« nous » et « les autres ») et d'établir une hiérarchie entre ces groupes. Le groupe « des autres » est considéré comme inférieur (objet de « mépris »), ce qui justifie des tendances d'exclusion, d'agression, d'inféodation et de discrimination. En conséquence, les personnes « autres » sont réduites aux caractéristiques soi-disant typiques du groupe et ne sont plus traitées comme des individus, en fonction de leurs mérites, talents et caractéristiques individuelles.³⁸ Dans ce processus de construction sociale des groupes, les préjugés et stéréotypes jouent un rôle central.³⁹

- 20 Pour comprendre les caractéristiques de l'antisémitisme, comme par ailleurs d'autres phénomènes tombant dans le champ large du racisme (islamophobie, antitsiganisme, racisme anti-Noir, etc.), il faut s'intéresser aux préjugés et stéréotypes à la base de la construction des différences. Font partie de ces préjugés et stéréotypes ceux qui décrivent les personnes juives notamment comme un groupe sournois, manipulateur, puissant, cherchant à s'accaparer le pouvoir. Ils montrent que l'antisémitisme se caractérise souvent par la supériorisation des victimes.⁴⁰ Un trait de caractère qui pourrait donc en soi être considéré comme étant positif (p.ex. une intelligence particulière, un grand talent en matière financière) peut, lorsqu'il est utilisé pour qualifier les personnes juives, inspirer la peur et alimenter l'hostilité et des attitudes de rejet.
- 21 L'antisémitisme se caractérise aussi par son « épaisseur historique ».⁴¹ L'antisémitisme plonge ses racines loin dans l'histoire, comme l'illustre l'antijudaïsme chrétien, alors que le racisme est souvent considéré comme un phénomène plus récent, associé à la traite esclavagiste transatlantique, au colonialisme et à l'impérialisme européen, culminant dans les théories des races fondées sur des bases pseudo-scientifiques. L'ancienneté de l'antisémitisme et la perdurance de ce phénomène expliquent également la multitude des idéologies, qui ont servi de terrain fertile à l'antisémitisme. Ces idéologies qui se sont succédées dans l'histoire et coexistent encore, vont de l'antijudaïsme chrétien à la théorie

³⁷ Voir l'exposé des Motifs relatif à la Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale du 13 décembre 2002 et amendée le 7 décembre 2017, CRI(2003)8 REV, figurant en annexe à ladite Recommandation, par. 6.

³⁸ Voir les définitions figurant sur le site de la CFR [<https://www.ekr.admin.ch/themes/f260.html>] et du SLR [<https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/frb/demandes-et-reponses/comment-le-service-de-lutte-contre-le-racisme-definit-il-le-raci.html>] et les approfondissements dans Tarek Naguib, *Notions en lien avec le racisme : acceptions en Suisse et au plan international. Un état des lieux de la pratique, du droit constitutionnel et du droit international* (mandaté par le SLR), Berne 2014, pp. 12 ss.

³⁹ Sur la notion de préjugé, voir Naguib (2014) (*supra* note de bas de page n° 37), p. 20, le décrivant comme « une attitude consciente ou inconsciente reposant, au plan cognitif, sur des stéréotypes et au plan affectif sur des sentiments négatifs ».

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Régis Meyran, « Michel Wieviorka, La Tentation antisémite : haine des juifs dans la France d'aujourd'hui », *L'Homme* [En ligne], n° 175-176, juillet-septembre 2005, mis en ligne le 30 novembre 2006, [<http://journals.openedition.org/lhomme/2072>] (01.06.2020), pp. 545-547, n. 2.

pseudo-scientifique des races au marxisme, et à une série d'autres théories, donnant lieu à différentes formes de l'antisémitisme (religieux, social, politique, nationaliste, raciste⁴²).⁴³

Un autre fondement idéologique, celui de l'antisionisme et l'opposition à l'Etat d'Israël et sa politique, est au centre du concept du « nouvel antisémitisme » préconisé par certains chercheurs et chercheuses depuis le début du millénaire. Ce concept a suscité des réserves chez d'autres estimant que les éléments prétendument nouveaux, soit la référence à Israël ou aux personnes musulmanes en tant qu'acteurs et actrices antisémites, étaient des simples mises à jour de phénomènes bien connus.⁴⁴ Ces réserves mettent en relief des controverses sur la portée du « nouvel antisémitisme », et les conditions moyennant lesquelles le rejet de l'Etat d'Israël mérite d'être qualifiée d'antisémite.⁴⁵ Une position qu'on pourrait qualifier de maximaliste considère que l'antisionisme et l'hostilité à l'Etat d'Israël sont des positions en soi antisémites. Selon une autre position, réticente à admettre l'existence d'une « nouvelle » forme d'antisémitisme, le rejet de l'Etat d'Israël peut être qualifié d'antisémite s'il fait appel à des vieux stéréotypes antisémites.⁴⁶ Ce dernier courant, qu'on pourrait qualifier de minimaliste, se situe dans la continuité de l'antisémitisme traditionnel et fait l'objet d'un consensus assez large. Suivant cette approche « minimaliste », Klug, par exemple, considère le reproche d'antisémitisme justifié aux conditions suivantes :

« If the text projects the figure of the 'Jew', directly or indirectly (a) onto Israel for the reason that Israel is a Jewish state, or (b) onto Zionism for the reason that Zionism is a Jewish movement, or (c) onto Jews, individually or collectively, in association with either (a) or (b), then that text is anti-Semitic. »⁴⁷

En s'appuyant sur les résultats des recherches sur le « nouvel antisémitisme », la définition opérationnelle, dans sa forme large, accorde une importance particulière à l'antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël. Cinq exemples illustratifs ont un lien prépondérant à Israël⁴⁸ et certains se réfèrent potentiellement au conflit au Moyen-Orient. Rabbi Andrew Baker, Directeur des affaires juives internationales de l'American Jewish Committee (AJC) et co-rédacteur de la définition originale, y voit

⁴² Classification reprise du deuxième rapport du Unabhängiger Expertenkreis Antisemitismus, 2017, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/heimat-integration/expertenkreis-antisemitismus/expertenbericht-antisemitismus-in-deutschland.html] (17.02.2020), pp. 25-26, Klassische Ideologieförmungen des Antisemitismus.

⁴³ Sur l'antisémitisme et différents mouvements idéologiques, voir Barbara Liegl/ Doris Angst, Rassismusbekämpfung in Europa, in : Doris Angst/ Emma Lantschner (éds.), ICERD. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Baden-Baden/ Wien/ Zürich/ St.Gallen (Dike) 2020, pp. 73-96, n. 8.

⁴⁴ Premier rapport du Unabhängigen Expertenkreises Antisemitismus, 10 novembre 2011, [http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/bt?rp=http://dipbt.bundestag.de/dip21.web//searchProcedures/simple_search.do?nummer=17/7700%26method=Suchen%26wahlperiode=%26herausgeber=BT] (06.04.2020), p. 11 ; Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 10 ; All-Party Parliamentary Group against Antisemitism, Report of the All-Party Parliamentary Inquiry into Antisemitism, septembre 2006, [https://antisemitism.org.uk/the-appg/publications/] (01.03.2020), p. 17.

⁴⁵ Pour une discussion, voir p.ex. Brian Klug, « Interrogating 'new anti-Semitism' », Ethnic and Racial Studies [En ligne], vol. 36, n° 3, 2013, pp. 468-482.

⁴⁶ Voir p.ex. Rapport du rapporteur spécial de l'ONU, Ahmed Shaheed, sur la liberté de religion ou de conviction du 20 septembre 2019, A/74/358, [https://undocs.org/fr/A/74/358], par. 17 ; pour des exemples, voir l'exemple 9 de la définition opérationnelle de l'IHRA.

⁴⁷ Klug (2013) (supra note de bas de page n° 44), p. 480.

⁴⁸ Voir infra, n. 121, 132 ss.

l'acquisition principale de la définition, l'animus anti-israélien étant selon lui à l'origine de nombreuses attaques physiques contre des personnes juives faussement qualifiées de délits politiques.⁴⁹

- 24 Selon Kenneth Stern, auteur principal de la définition originale, la définition opérationnelle est censée déplacer l'accent, pour la collecte des crimes à motivation antisémite, de la question de savoir si l'auteur ou auteure a agi par haine envers les personnes juives vers celle de savoir s'il ou elle s'en est pris à la victime parce qu'elle est juive, peu importe le motif de ce choix.⁵⁰ Ainsi une personne qui commettrait un acte de violence à l'encontre d'une personne juive fondé sur un stéréotype « positif »⁵¹ (comme la prétendue richesse des personnes juives) commettrait aussi un crime à caractère antisémite.⁵² Stern pense par ailleurs aux situations où un auteur ou une auteure agit pour démontrer son opposition à la politique israélienne sans partager les stéréotypes antisémites.⁵³ Ce changement d'approche fut motivé par des événements concrets menant à des discussions ardues sur le caractère antisémite ou non de certains crimes, notamment le cas d'un jeune Juif enlevé en France, détenu pour rançon, torturé et finalement tué, parce que ses ravisseurs croyaient dans la prétendue richesse des personnes juives.⁵⁴

C. Survol des critiques

- 25 Signe d'une actualisation importante de la définition de l'antisémitisme pour certains et certaines, les passages et exemples en lien avec Israël ont suscité des vives réactions chez d'autres. Les critiques et craintes sont extrêmement variées et se situent à différents niveaux d'analyse.⁵⁵ Sans prétendre à l'exhaustivité, nous mentionnerons ici quatre aspects, ou lectures, de la définition déplorés par différents experts et expertes, dans le but de déchiffrer et résumer le débat actuel autour de la définition opérationnelle.
- 26 Le premier concerne la possibilité que la liste d'exemples soit utilisée comme inventaire d'actes et de discours *ipso facto* antisémites.⁵⁶ A titre d'exemple, on peut citer la critique de Peter Ullrich, qui rattache ce risque au mélange dans la liste d'exemples de cas clairs avec des phénomènes qui ne peuvent être qualifiés d'antisémites qu'à l'aide d'informations supplémentaires, dont les propos sur l'Etat d'Israël.⁵⁷ Ou encore, les réflexions de Kenneth Stern qui, dans son témoignage devant le *Committee on the Judiciary* de la Chambre des Représentants des Etats-Unis, mit en garde contre une interprétation de la

⁴⁹ Baker (2017) (supra note de bas de page n° 6), p. 2.

⁵⁰ Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), pp. 5-6.

⁵¹ Le terme « positif » peut induire en erreur. Il s'agit en effet, compte tenu de la tendance de supériorisation des victimes inhérente à l'antisémitisme, de stéréotypes négatifs (supra, n. 20).

⁵² Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), pp. 5-6.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Pour une analyse critique détaillée, voir p.ex. Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7) ; Hug Tomlinson, In the Matter of the Adoption and Potential Application of the International Holocaust Remembrance Alliance Working Definition of Anti-Semitism (mandaté par Speech on Israel, Independent Jewish Voices, Jews for Justice for Palestinians, et Palestine Solidarity Campaign), 8 mars 2017, [<https://freespeechonisrael.org.uk/ihra-opinion/#sthash.sPLEKqJe.dpbs>] (16.01.2020) ; et Geoffrey Robertson, Anti-Semitism: The IHRA Definition and its Consequences for Freedom of Expression (mandaté par Palestinian Return Centre), mis en ligne le 31 août 2018, [<https://prc.org.uk/en/post/3992>] (16.01.2020).

⁵⁶ Voir infra n. 110.

⁵⁷ Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), pp. 13, 16. Voir aussi Tomlinson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 22.

définition qui rattacherait une présomption de motif antisémite aux phénomènes décrits dans les exemples.⁵⁸

Un deuxième volet de critiques s'attaque plus spécifiquement au critère de démarcation entre critique politique normale ou admissible, d'une part, et tentation antisémite d'autre part. La définition inclut parmi les exemples illustratifs « le traitement inégalitaire de l'Etat d'Israël, à qui l'on demande d'adopter des comportements qui ne sont ni attendus ni exigés de tout autre Etat démocratique » (infra n. 146 ss), évoquant le concept du double standard du test 3D (Délégitimation, Double standard, Diabolisation) d'identification de l'antisémitisme de Natan Sharansky.⁵⁹ Alors que certains et certaines critiquent avant tout le caractère vague de cette règle,⁶⁰ d'autres, comme David Feldman, contestent de façon plus générale son utilité pour identifier les propos antisémites.⁶¹

Une troisième critique s'attache à l'« antisionisme », souvent rapproché à la définition opérationnelle,⁶² qui, sans mentionner ce concept explicitement, inclut parmi les exemples « le refus du droit à l'autodétermination aux Juifs » (infra n. 142 ss). Peter Ullrich, par exemple, alerte d'une confusion entre les positions antisionistes qui côtoient effectivement l'antisémitisme et d'autres formes d'antisionisme se basant sur des positions laïques et antinationales, ou sur la théologie juive.⁶³ Malgré leurs positions de départ très différentes, Kenneth Stern rejoint Ullrich sur cette troisième critique, bien que pour d'autres motifs. Il relève que les accusations d'antisionisme dirigées contre des personnes juives sont souvent l'expression d'un débat au sein de la communauté juive sur qui est inclus et qui ne l'est pas, dont la politique devrait se tenir à l'écart.⁶⁴

Certains experts et expertes se doutent enfin des effets juridiques que la définition opérationnelle pourrait déployer en matière de liberté d'expression malgré son caractère non contraignant, en tant que modèle de référence à suivre ou moyen de pression à disposition des groupes d'intérêt.⁶⁵ Les actions politiques et judiciaires contre certaines universités anglo-saxonnes sont souvent citées en exemple.⁶⁶

⁵⁸ Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), p. 12.

⁵⁹ Natan Sharansky, 3D Test of Antisemitism: Demonization, Double Standards, Delegitimization, 23 décembre 2010, [<https://antisemitism.org.il/en/17763/>] (07.04.2020).

⁶⁰ Voir aussi Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 18.

⁶¹ Feldman (2015) (supra note de bas de page n° 8), p. 4.

⁶² Voir p.ex. le discours d'Emmanuel Macron à l'occasion de la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv du 16 juillet 2017, [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/07/18/discours-du-president-de-la-republique-francaise-a-loccasion-de-la-commemoration-de-la-rafle-du-vel-dhiv>] (11.02.2020).

⁶³ Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), pp. 13-14. Voir également, Rebecca Ruth Gould, « The IHRA Definition of Antisemitism: Defining Antisemitism by Erasing Palestinians », *The Political Quarterly* [En ligne], Early View, 28 juillet 2020, [<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1467-923X.12883>] (04.10.2020), p. 4.

⁶⁴ Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), p. 10.

⁶⁵ Voir p.ex. Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 16 ; et Gould (2020) (supra note de bas de page n° 62), pp. 3 ss, qui rallie le risque de l'instrumentation politique et de l'effet dissuasif aux ambiguïtés entourant le statut juridique de la définition. Au sujet des possibles effets juridiques du soft law, voir p.ex. Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi : Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne (Stämpfli) 2019, pp. 318 ss.

⁶⁶ Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), pp. 4, 14-15 ; Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 42; Gould (2020) (supra note de bas de page n° 62), p. 5.

D. Conclusion

- 30 La définition opérationnelle de l'IHRA provient d'une définition de l'EUMC conçue pour harmoniser la collecte de données sur les crimes antisémites en Europe. En 2016 les Etats membres de l'IHRA, dont la Suisse, ont adopté la définition par consensus lors de la réunion de l'assemblée plénière à Bucarest, sous réserve de son caractère non contraignant vis-à-vis des Etats. L'IHRA a introduit quelques modifications au texte original, notamment l'isolement d'une partie du texte (définition de base) des autres passages et exemples. L'objet exact de la décision d'adoption est controversé. Alors que certains et certaines soutiennent que la décision d'adoption porte uniquement sur la définition de base, d'autres estiment qu'elle s'étend également aux autres passages.
- 31 La définition au sens large se démarque par son emphase sur l'antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël et la prise de distance d'une vision de l'antisémitisme centrée sur la motivation de l'auteur ou l'auteure de l'acte.
- 32 Une partie importante des critiques de la définition s'attache aux passages en lien avec Israël, qui pourraient donner lieu à des interprétations limitant de façon excessives les libertés de communication.

III. Aperçu de la pratique d'autres Etats et organismes internationaux

- 33 A ce jour, de nombreux Etats ont adopté ou endossé la définition opérationnelle. La grande majorité d'entre eux sont des Etats membres, des pays dit de liaison ou encore des pays observateurs de l'IHRA.⁶⁷ L'IHRA tient une liste des Etats ayant adopté la définition, soit le Royaume-Uni (12 décembre 2016), Israël (22 janvier 2017), Autriche (25 avril 2017), Roumanie (25 mai 2017), Allemagne (20 septembre 2017), Bulgarie (18 octobre 2017), Belgique (14 décembre 2018), Slovénie (20 décembre 2018), Lituanie (24 janvier 2018), République de Macédoine du Nord (6 mars 2018), Pays-Bas (27 novembre 2018), Slovaquie (28 novembre 2018), République de Moldavie (18 janvier 2019), République Tchèque (25 janvier 2019), Hongrie (18 février 2019), Canada (27 juin 2019), Luxembourg (10 juillet 2019), Grèce (8 novembre 2019), France (2 décembre 2019), Chypre (18 décembre 2019), Italie (17 janvier 2020), Suède (21 janvier 2020), Uruguay (27 janvier 2020), Serbie (27 février 2020), et l'Argentine (4 juin 2020).⁶⁸ Une liste similaire, dernièrement mise à jour en septembre 2020, se retrouve sur le site de l'AJC.⁶⁹ Elle inclut en sus l'Espagne et le Kosovo.
- 34 De telles listes doivent être utilisées avec une certaine prudence, parce que les Etats y figurant se sont exprimés dans des termes variés, dont certains sont peu contraignants (p.ex. en Autriche « zustimmend zur Kenntnis nehmen ») et ne peuvent que difficilement être assimilés à une « adoption » de la

⁶⁷ A l'exception de Chypre et du Kosovo. Pour une liste des Etats membres, des pays dits de liaison et des pays observateurs, voir IHRA, Countries & Membership, [<https://www.holocaustremembrance.com/about-us/countries-membership>] (05.09.2020).

⁶⁸ IHRA, Fact sheet on working Definition on Antisemitism, 23 juin 2020, [https://www.holocaustremembrance.com/sites/default/files/inline-files/Fact%20Sheet%20Working%20Definition%20of%20Antisemitism_25_0.pdf] (5.11.2020).

⁶⁹ AJC, Adoption of the Working Definition, dernièrement mis à jour en septembre 2020, [<https://www.ajc.org/adoption-of-the-working-definition>] (04.10.2020).

définition.⁷⁰ A noter également que l'AJC mentionne, sous une rubrique intitulée « Endorsement of the working definition », une citation de l'ancien conseiller fédéral Didier Burkhalter dans sa fonction de président en exercice de l'OSCE. Selon l'AJC, Didier Burkhalter aurait au moment de la clôture de l'événement commémoratif de haut niveau à l'occasion du 10^e anniversaire de la Conférence sur l'antisémitisme à Berlin confirmé l'utilité de la définition pour expliquer comment l'antisionisme dissimule souvent des formes d'antisémitisme.⁷¹ Une lecture de la citation dans son contexte montre toutefois que cette affirmation est fautive. Le passage cité fait partie d'un résumé des différents avis exprimés durant la conférence et ne comporte pas de prise de position personnelle.⁷²

Dans l'objectif de donner un aperçu de la variété des approches existantes, les pratiques du Royaume-Uni, de l'Autriche, de l'Allemagne, de la France, du Canada, des Etats-Unis et de différents organismes internationaux seront décrites plus en détail dans ce chapitre. Le cas du Royaume-Uni a attiré notre attention en raison de l'initiative, pourtant infructueuse, du Comité parlementaire consultatif de clarifier par l'ajout de deux précisions la distinction entre critiques d'Israël légitimes et critiques antisémites. L'expérience française et allemande se distingue par l'implication du parlement, ayant lieu dans des contextes très différents. Le cas autrichien interpelle par le choix du libellé de la décision gouvernementale (« zustimmend zur Kenntnis nehmen »), qui exprime une position à mi-chemin entre adoption et non-adoption. Le gouvernement canadien a « adopté » la définition en l'intégrant dans un document de stratégie ou planification politique. Enfin, pour évoquer aussi un exemple d'un Etat qui n'a jusqu'à présent pas adopté la définition, la présente section décrira brièvement la situation et les discussions aux Etats-Unis. 35

A. Royaume-Uni

Le Royaume-Uni fut un des premiers Etats à reprendre la définition opérationnelle de l'IHRA. Il en fallut cependant deux tentatives. La question de l'adoption de la définition opérationnelle se posa pour la première fois en 2007, bien avant que l'IHRA n'aborde la question définitionnelle. Suite à une enquête nationale sur l'antisémitisme, le groupe parlementaire interpartis contre l'antisémitisme recommanda au gouvernement d'adopter la définition opérationnelle alors utilisée par l'EUMC.⁷³ Bien que le gouvernement reconnût l'utilité du travail accompli par l'EUMC, notamment en termes d'identification des diverses formes du discours antisémite, il refusa de l'endosser officiellement, renvoyant à sa nature 36

⁷⁰ Voir également Gould (2020) (supra note de bas de page n° 62), p. 3, soulignant l'absence d'un consensus par rapport à la signification du terme « adoption » dans le contexte de la définition opérationnelle.

⁷¹ « In 2014, the Swiss Federal President Didier Burkhalter, as OSCE Chairperson-in-Office, said that Working Definition is, 'a useful document for government and civil society in explaining how anti-Zionism is frequently a mask for antisemitism, and Jewish communities are often targets for anti-Israel animus.' » AJC, Adoption of the Working Definition, dernièrement mis à jour en septembre 2020, [https://www.ajc.org/adoption-of-the-working-definition] (04.10.2020).

⁷² OSCE, 10th Anniversary of the OSCE's Berlin Conference on Anti-Semitism. Swiss OSCE Chairmanship conclusions, 14 novembre 2014, [https://www.eda.admin.ch/eda/en/meta/agenda/2014/november/ypen-gedenken.html/eda/en/meta/agenda/2014/november/osze-antisemitismuskonferenz-in-berlin.html] (04.10.2020), pp. 1-2. « During discussions, OSCE participating States [...] Noted that the Working Definition of Anti-Semitism, disseminated by the EUMC in 2005 and employed by monitoring organizations in various OSCE participating States, remains a useful document for governments and civil society in explaining how anti-Zionism is frequently a mask for anti-Semitism, and Jewish communities are often targets for anti-Israel animus ; [...] ».

⁷³ All-Party Parliamentary Group against Antisemitism, Report of the All-Party Parliamentary Inquiry into Antisemitism, septembre 2006, [https://antisemitism.org.uk/the-appg/publications/] (01.03.2020), par. 25-26.

inachevée. Il s'engagea pourtant à réexaminer la question une fois la définition finalisée.⁷⁴ En 2008 le gouvernement confirma cette position, tout en précisant que le Bureau des affaires étrangères et du Commonwealth restait en contact avec la FRA au sujet de la définition.⁷⁵

- 37 Suite à la reprise de la définition opérationnelle par l'IHRA en 2016, le Comité des affaires intérieures de la Chambre des communes choisit d'étudier à nouveau la question de l'adoption de la définition. Divers entretiens menés par le Comité relevèrent cependant qu'il existait, à côté des avis favorables, un certain nombre de voix critiques,⁷⁶ dont celle de David Feldman chargé de rédiger une étude secondaire sur le discours antisémite dans le débat public sur la guerre de Gaza de 2014.⁷⁷ En guise de compromis, le Comité recommanda au gouvernement d'adopter la définition opérationnelle, tout en y ajoutant deux clarifications, à savoir « [i]l n'est pas antisémite de critiquer le gouvernement d'Israël, sans preuves supplémentaires d'intention antisémite [traduction⁷⁸] » et « [i]l n'est pas antisémite de tenir le gouvernement d'Israël aux mêmes standards que les autres démocraties libérales, ni de s'intéresser particulièrement aux politiques ou actions du gouvernement israélien, sans preuve supplémentaire d'intention antisémite [traduction⁷⁹] ». ⁸⁰
- 38 Le 12 décembre 2016, le gouvernement donna suite à cette recommandation et adopta officiellement (« formally adopted ») la définition opérationnelle au sens large,⁸¹ sans toutefois la compléter par les deux clarifications proposées par le Comité des affaires intérieures. Suivant le gouvernement, l'affirmation dans la définition selon laquelle « critiquer Israël comme on critiquerait tout autre Etat ne peut pas être considéré comme de l'antisémitisme » suffirait à garantir la liberté d'expression.⁸² Le 13 juin 2017, le gouvernement écossais annonça l'adoption de la définition, tout comme le

⁷⁴ Ministry of Housing, Communities and Local Government, Report of the All-Party Parliamentary Inquiry into Antisemitism. Government Response, mis en ligne le 29 mars 2007, [<https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-all-party-parliamentary-inquiry-into-antisemitism-government-response>] (27.02.2020), p. 3.

⁷⁵ Ministry of Housing, Communities and Local Government, All-Party Inquiry into Antisemitism: Government Response to the One year on Progress Report, 12 mai 2008, [<https://www.gov.uk/government/publications/all-party-parliamentary-inquiry-into-antisemitism-government-response-one-year-on>] (27.02.2020), p. 6.

⁷⁶ House of Commons Home Affairs Committee, Antisemitism in the UK, mis en ligne le 16 octobre 2016, [<https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/home-affairs-committee/inquiries/parliament-2015/inquiry2/>] (03.03.2020), p. 11.

⁷⁷ Feldman (2015) (supra note de bas de page n° 8).

⁷⁸ Traduit par les auteures. Texte original : « It is not antisemitic to criticise the Government of Israel, without additional evidence to suggest antisemitic intent. »

⁷⁹ Traduit par les auteures. Texte original : « It is not antisemitic to hold the Israeli Government to the same standards as other liberal democracies, or to take a particular interest in the Israeli Government's policies or actions, without additional evidence to suggest antisemitic intent. »

⁸⁰ House of Commons Home Affairs Committee United Kingdom, Antisemitism in the UK, mis en ligne le 16 octobre 2016, [<https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/home-affairs-committee/inquiries/parliament-2015/inquiry2/>] (03.03.2020), par. 24-25.

⁸¹ David Torrance, UK Government's adoption of the IHRA definition of antisemitism, 4 octobre 2018, [<https://commonslibrary.parliament.uk/home-affairs/communities/uk-governments-adoption-of-the-ihra-definition-of-antisemitism/>] (27.02.2020).

⁸² Ministry of Housing, Communities and Local Government United Kingdom, Response to Home Affairs Committee Report: 'Anti-Semitism in the UK', décembre 2016, [<https://www.gov.uk/government/publications/response-to-home-affairs-committee-inquiry-into-anti-semitism>] (06.04.2020), p. 5. Critiqué par Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 42 point 3.

gouvernement gallois dix jours plus tard. Aucun des deux ne cita les exemples dans sa décision d'adoption.⁸³

L'acte d'adoption du gouvernement prit la forme d'un communiqué politique, sans base légale.⁸⁴ La 39
décision n'est pas juridiquement contraignante et les organismes publics restent donc libres de suivre, ou pas, l'invitation du gouvernement à utiliser la définition.⁸⁵ La définition peut néanmoins devenir contraignante si un organisme public décide de l'appliquer dans le cadre de ses politiques.⁸⁶

Déjà avant son adoption par le gouvernement, à savoir depuis 2014, le College of Policing, un organisme 40
professionnel pour la police en Angleterre et au Pays de Galles, recourait à la définition opérationnelle pour former les forces policières.⁸⁷ Il l'utilise comme outil pour expliquer certaines caractéristiques pouvant être présentes dans les crimes de haine antisémite.⁸⁸ Outre le domaine de la formation et sensibilisation des autorités pénales, le gouvernement du Royaume-Uni encourage l'utilisation de la définition par les organismes publics, les partis politiques,⁸⁹ et les universités.⁹⁰

B. France

En France, l'adoption de la définition fut annoncée le 20 février 2019, dans le cadre du discours annuel 41
du Président de la République devant le Conseil représentatif des institutions juives de France (CRIF), une annonce qui s'inscrit dans la continuité des discours prononcés le 16 juillet 2017 lors de la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv⁹¹ et le 7 mars 2018 devant le CRIF.⁹² Il s'agirait de préciser et

⁸³ David Torrance, UK Government's adoption of the IHRA definition of antisemitism, 4 octobre 2018, [<https://commonslibrary.parliament.uk/home-affairs/communities/uk-governments-adoption-of-the-ihra-definition-of-antisemitism/>] (27.02.2020).

⁸⁴ Tomlinson (2017) (supra note de bas de page n° 54), par. 11. L'adoption fut annoncée par le Premier ministre lors d'un déjeuner du Parti conservateur, Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 9.

⁸⁵ Tomlinson (2017) (supra note de bas de page n° 54), par. 11 ; Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 42 point 5.

⁸⁶ Tomlinson (2017) (supra note de bas de page n° 54), par. 13.

⁸⁷ House of Commons Home Affairs Committee United Kingdom, Antisemitism in the UK, mis en ligne le 16 octobre 2016, [<https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/home-affairs-committee/inquiries/parliament-2015/inquiry2/>] (03.03.2020), par. 19.

⁸⁸ College of Policing, Hate Crime Operational Guidance, mai 2014, mis en ligne le 9 mai 2014, [<https://www.app.college.police.uk/app-content/major-investigation-and-public-protection/hate-crime/>] (06.04.2020), pp. 36-38.

⁸⁹ David Torrance, UK Government's adoption of the IHRA definition of antisemitism, 4 octobre 2018, [<https://commonslibrary.parliament.uk/home-affairs/communities/uk-governments-adoption-of-the-ihra-definition-of-antisemitism/>] (27.02.2020) ; Ministry of Housing, Communities and Local Government United Kingdom, Response to Home Affairs Committee Report: 'Anti-Semitism in the UK', décembre 2016, [<https://www.gov.uk/government/publications/response-to-home-affairs-committee-inquiry-into-anti-semitism>] (06.04.2020), p. 5.

⁹⁰ Department for Education United Kingdom/ The Rt Hon Chris Skidmore MP, Universities told to stamp out antisemitism on campus, 17 mai 2019, [<https://www.gov.uk/government/news/universities-told-to-stamp-out-antisemitism-on-campus>] (27.02.2020).

⁹¹ Dans le discours du président de la République française à l'occasion de la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv du 16 juillet 2017, Emmanuel Macron associa l'antisionisme à une « forme réinventée de l'antisémitisme », [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/07/18/discours-du-president-de-la-republique-francaise-a-loccasion-de-la-commemoration-de-la-rafle-du-vel-dhiv>] (11.02.2020).

⁹² Dans la déclaration du président de la République au 33^e dîner annuel du CRIF du 7 mars 2018, Emmanuel Macron condamna les formes contemporaines de l'antisémitisme qui, loin d'être une simple importation du conflit israélo-palestinien,

raffermir les pratiques des forces de l'ordre, des magistrats et magistrates et des enseignantes et enseignants, et de leur permettre de « mieux lutter contre ceux qui cachent derrière le rejet d'Israël la négation même de l'existence d'Israël. La haine des Juifs la plus primaire ». ⁹³ Les explications du gouvernement publiées ultérieurement suggèrent que celui-ci reprit également les passages explicatifs et la liste des exemples. ⁹⁴ Le gouvernement parle d'un « endossement » de la définition, qui ne lui confère pas de force contraignante, et ne vise ni à créer un nouveau délit, ni à « réprimer l'antisémitisme ». ⁹⁵

- 42 Malgré la position claire du gouvernement, la question d'une éventuelle application de la définition en droit pénal resurgit peu après au Parlement, dans le cadre des délibérations sur la loi visant à lutter contre la haine sur internet. ⁹⁶ Plusieurs propositions d'amendements ⁹⁷ présentées en première lecture visèrent à inclure la haine contre l'Etat d'Israël, ⁹⁸ la remise en cause de l'existence de cet Etat, ⁹⁹ et l'apologie de l'antisémitisme ¹⁰⁰ dans la liste des contenus manifestement illicites que les opérateurs de plateformes seraient tenus d'effacer sur notification. ¹⁰¹ Puisque la proposition de loi renvoyait pour la définition des contenus manifestement illicites à la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse et au code pénal, ces propositions auraient exigé un débat plus général sur l'interprétation du droit pénal, et, le cas échéant, la création d'une nouvelle infraction. La majorité considéra toutefois qu'une loi sur la haine sur internet n'était pas le bon véhicule pour traiter de ce sujet complexe, d'autant plus que la loi s'appliquerait

l'antisémitisme contemporain raviverait « le pire de ce que nous avons parfois connu, la détestation de certains citoyens pour ce qu'ils sont », [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/03/07/conseil-representatif-des-institutions-juives-de-france>] (11.02.2020).

⁹³ Discours d'Emmanuel Macron au CRIF du 20 février 2019, [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/02/20/antisemitisme-plus-jamais-ca>] (11.02.2020).

⁹⁴ Délégation interministérielle à lutter contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH) République française, Qu'est-ce que la « définition de travail de l'antisémitisme » élaborée par l'International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA)?, 1 mars 2019, [<https://www.gouvernement.fr/qu-est-ce-que-la-definition-de-travail-de-l-antisemitisme-elaboree-par-l-international-holocaust>] (12.02.2020).

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Assemblée nationale République française, Discussion en séance publique n° 2062 : Texte de la commission n° 2062-A0, [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/lutte_contre_haine_internet?etape=15-AN1] (06.02.2020).

⁹⁷ Assemblée nationale République française, Discussion en séance publique n° 2062 : Amendements 25 (déposé le 26 juin 2019), 152 (déposé le 28 juin 2019), 254 (déposé le 28 juin 2019), 284 (déposé le 28 juin 2019) et 359 (déposé le 29 juin 2019), [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/lutte_contre_haine_internet?etape=15-AN1] (06.02.2020).

⁹⁸ Assemblée nationale République française, XVe législature Session extraordinaire de 2018-2019 : Amendement 359 présenté par M. Pupponi et al., 20 juin 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2062/AN/359>] (06.02.2020).

⁹⁹ Assemblée nationale République française, XVe législature Session extraordinaire de 2018-2019 : Amendement 152 présenté par Mme Le Grip et al., 28 juin 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2062/AN/152>] (06.02.2020).

¹⁰⁰ Assemblée nationale République française, XVe législature Session extraordinaire de 2018-2019 : Amendement 254 présenté par Mme Bergé et al., 28 juin 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2062/AN/254>] (06.02.2020).

¹⁰¹ L'article 1^{er} de la proposition de loi prévoyait que les opérateurs de plateformes en ligne seront tenus de retirer ou de rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes, tout contenu contrevenant manifestement aux infractions mentionnées au troisième alinéa du 7 du I de l'article 6 de la présente loi et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

uniquement aux propos « manifestement » illicites, dont les propos sur Israël ne feraient pas partie.¹⁰² Suite à son adoption, le contenu de la loi fut quasi intégralement censuré par le Conseil constitutionnel, y compris l'obligation des opérateurs de plateformes d'effacer sur notification les contenus manifestement illicites.¹⁰³

En décembre 2019, l'Assemblée nationale examina à son tour la question de l'adoption de la définition opérationnelle. A la veille des délibérations, la Commission nationale consultative des droits de l'homme publia un avis défavorable à l'adoption de la définition opérationnelle. De l'avis de la Commission, la définition singularise une forme spécifique du racisme et fragilise ainsi l'approche républicaine du combat antiraciste qui s'inscrit dans une vision universaliste de l'humanité. Elle ouvre, par ailleurs, la voie à des atteintes au droit de critiquer l'Etat d'Israël et repose sur une vision biaisée de l'antisémitisme, la « nouvelle judéophobie » s'articulant autour d'une image négative d'Israël apparaissant très minoritaire en France par rapport aux vieux préjugés antisémites.¹⁰⁴ 43

Aux fins de réunir une majorité favorable, la résolution soumise à l'Assemblée nationale proposait uniquement l'adoption de la définition de base, à l'exclusion des explications et exemples.¹⁰⁵ Une référence à l'antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël fut toutefois insérée dans le texte de la résolution, selon lequel la définition opérationnelle serait un « instrument efficace de lutte contre l'antisémitisme dans sa forme moderne et renouvelée, en ce qu'elle englobe les manifestations de haine à l'égard de l'Etat d'Israël justifiées par la seule perception de ce dernier comme collectivité juive ». L'exposé des motifs précisait, par ailleurs, que « [c]ritiquer l'existence même d'Israël en ce qu'elle constitue une collectivité composée de citoyens juifs revient à exprimer une haine à l'égard de la communauté juive dans son ensemble, tout comme rendre collectivement responsables les juifs de la politique menée par les autorités politiques israéliennes est une manifestation d'antisémitisme. De telles dérives font de plus en plus de l'antisionisme 'une des formes contemporaines de l'antisémitisme' [...] ». ¹⁰⁶ 44

En conséquence, les discussions à l'Assemblée tournèrent essentiellement autour de la distinction entre critique d'Israël admissible et tentation antisémite. Tant la ligne de démarcation proposée par la définition que les différents exemples apportés à la discussion furent sujets à vives controverses, dont 45

¹⁰² Assemblée nationale République française, XVe législature Session extraordinaire de 2018-2019 : Compte rendu intégral de la deuxième séance du mercredi 03 juillet 2019, 3 juillet 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2018-2019-extra/20191004.asp>] (06.02.2020), avis de la Commission et du Gouvernement sur les différents amendements.

¹⁰³ Par rapport à l'obligation d'effacer les contenus haineux ou sexuel le Conseil constitutionnel précisa : « Compte tenu des difficultés d'appréciation du caractère manifestement illicite des contenus signalés dans le délai imparti, de la peine encourue dès le premier manquement et de l'absence de cause spécifique d'exonération de responsabilité, les dispositions contestées ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateformes en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites. Elles portent donc une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adoptée et proportionnée. » Conseil constitutionnel République française, Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 - Communiqué de presse, 18 juin 2020, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2020-801-dc-du-18-juin-2020-communique-de-presse>] (07.09.2020).

¹⁰⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) République française, Lettre aux membres de l'Assemblée nationale, 26 novembre 2019, [<https://www.ujfp.org/spip.php?article7542&lang=fr>] (07.04.2020).

¹⁰⁵ Voir en particulier la présentation de la proposition de résolution par M. Sylvain Maillard, reproduite dans Assemblée nationale République française, XVe législature Session extraordinaire de 2018-2019 : Compte rendu intégral de la première séance du mardi 3 décembre 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200090.asp>] (12.02.2020).

¹⁰⁶ Assemblée nationale République française, Proposition de résolution visant à lutter contre l'antisémitisme, 12 novembre 2019, [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2403_proposition-resolution] (06.02.2020).

l'opposition à l'existence même de l'Etat d'Israël et son droit à l'autodétermination, sa diabolisation obsessionnelle, le détournement des rhétoriques antiracistes et anticoloniales pour refuser aux personnes juives une identité nationale, l'application d'un double standard, la comparaison d'Israël au régime nazi, et l'appel au boycott des produits israéliens.¹⁰⁷ La résolution fut finalement adoptée par 154 votes favorables sur 577 députés siégeant à l'Assemblée. 72 votèrent contre. Plus de la moitié des membres de l'Assemblée n'avaient pas pris part au vote.¹⁰⁸

- 46 Alors que l'Assemblée nationale s'écartera de la voie proposée par le gouvernement, en adoptant seulement la définition de base, elle rejoignit l'exécutif sur la question des domaines d'utilisation, les situant avant tout dans l'éducation et dans l'identification et la poursuite des attaques antisémites.¹⁰⁹

C. Allemagne

- 47 Tout comme en France, le pouvoir législatif fut également impliqué dans l'adoption de la définition en Allemagne, toutefois dans des contextes très différentes. En effet, le contenu de la définition ne suscita aucun débat au Bundestag, comme nous le verrons plus loin.

- 48 L'impulsion première à l'adoption de la définition provint du pouvoir exécutif, plus particulièrement du Ministre fédéral de l'intérieur et du Ministre fédéral des affaires étrangères qui portèrent l'affaire au Bundeskabinett (Conseil des ministres).¹¹⁰ Le 20 septembre 2017, ce dernier adopta une variante de la définition opérationnelle, selon laquelle la définition de base fut complétée par l'ajout d'une nouvelle phrase à la fin de la définition (ci-dessous en italique) qui reprend la première phrase de la partie explicative de la définition :

« L'antisémitisme est une certaine perception des Juifs qui peut se manifester par une haine à leur égard. Les manifestations rhétoriques et physiques de l'antisémitisme visent des individus juifs ou non et/ou leurs biens, des institutions communautaires et des lieux de culte. *L'antisémitisme peut en*

¹⁰⁷ Voir notamment les prises de position de M. Sylvain Maillard, Mme Constance Le Grip, M. Meyer Habib, M. François Pupponi, et M. Christophe Castaner, reproduites dans Assemblée nationale République française, Xe législature/ Session extraordinaire de 2018-2019 : Compte rendu intégral de la première séance du mardi 3 décembre 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200090.asp>] (12.02.2020).

¹⁰⁸ Assemblée nationale République française, Xe législature Session extraordinaire de 2018-2019 : Compte rendu intégral de la première séance du mardi 3 décembre 2019, [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200090.asp>] (12.02.2020). Au sujet des absences voir Manon Rescan, « La résolution controversée sur la lutte contre l'antisémitisme adoptée par les députés », in : *Le Monde* [En ligne], 3 décembre 2019, mis à jour le 12 décembre 2019, [https://www.lemonde.fr/politique/article/2019/12/03/l-assemblee-nationale-adopte-une-resolution-controversee-sur-la-lutte-contre-l-antisemitisme_6021535_823448.html] (07.04.2020). Le texte intégral de la résolution peut être accédé sous Assemblée nationale République française, Résolution visant à lutter contre l'antisémitisme, adoptée le 3 décembre 2019, T.A. n°361, [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0361_texte-adopte-seance] (12.02.2020).

¹⁰⁹ Assemblée nationale République française, Résolution visant à lutter contre l'antisémitisme, adoptée le 3 décembre 2019, T.A. n°361, [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0361_texte-adopte-seance] (12.02.2020) ; Délégation interministérielle à lutter contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH) République française, Qu'est-ce que la «définition de travail de l'antisémitisme» élaborée par l'International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA)?, 1 mars 2019, [<https://www.gouvernement.fr/qu-est-ce-que-la-definition-de-travail-de-l-antisemitisme-elaboree-par-l-international-holocaust>] (12.02.2020).

¹¹⁰ Ministerium des Innern, für Bau und Heimat Bundesrepublik Deutschland, Kampf gegen Antisemitismus gehört zu unserer Staatsräson, 20 septembre 2017, [<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2017/09/definition-antisemitismus.html>] (17.02.2020).

outré se manifester par des attaques à l'encontre de l'Etat d'Israël lorsqu'il est perçu comme une collectivité juive [traduction¹¹¹]. »¹¹²

De cette manière, le Bundeskabinett intégra une référence générale à l'antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël dans la définition de base, sans endosser officiellement les autres explications et les exemples illustratifs.¹¹³ 49

La décision d'adoption du Bundeskabinett prit la forme d'une approbation politique (« politische Indossierung ») non contraignante, assortie d'une recommandation aux organismes publics de la prendre en compte, en particulier dans l'enseignement scolaire, l'éducation des adultes et la formation du personnel judiciaire et administratif.¹¹⁴ Dans une prise de position individuelle de la ministre fédérale de justice Katarina Barley, les ministères de justice des Bundesländer furent par ailleurs invités à utiliser la définition pour recenser et punir les actes antisémites de façon plus uniforme.¹¹⁵ 50

Le Bundestag salua l'adoption de la définition opérationnelle par le Conseil des Ministres dans une résolution du 18 janvier 2018, aux motifs que la définition aidait à clarifier les diverses formes d'antisémitisme et contribuait ainsi à l'identification et au combat des développements indésirables à un stade précoce.¹¹⁶ La résolution fut soutenue par une large fraction de CDU/CSU, SPD, FDP et le BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN et adoptée sans vote contre.¹¹⁷ Elle prévoit toute une série de mesures pour renforcer la lutte contre l'antisémitisme, dont la création d'un nouveau poste de délégué ou déléguée interministérielle à la lutte contre l'antisémitisme, permettant au gouvernement fédéral d'exercer une fonction de coordination entre les ministères fédéraux et les Bundesländer, sachant que les deux principaux domaines d'utilisation de la définition envisagés par le gouvernement fédéral, l'enseignement scolaire et la formation policière, relèvent de la compétence des Bundesländer.¹¹⁸ Le Bundestag se positionna par ailleurs fermement contre l'incinération publique de drapeaux et symboles 51

¹¹¹ Texte original : « [...] Darüber hinaus kann auch der Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, Ziel solcher Angriffe sein. »

¹¹² Auswärtiges Amt Bundesrepublik Deutschland, Bundesregierung unterstützt internationale Arbeitsdefinition von Antisemitismus, 22 septembre 2017, [<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/kulturdialog/-/216610>] (17.02.2020).

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Auswärtiges Amt Bundesrepublik Deutschland, Bundesregierung unterstützt internationale Arbeitsdefinition von Antisemitismus, 22 septembre 2017, [<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/kulturdialog/-/216610>] (17.02.2020) ; et Ministerium des Innern, für Bau und Heimat Bundesrepublik Deutschland, Kampf gegen Antisemitismus gehört zu unserer Staatsräson, 20 septembre 2017, [<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2017/09/definition-antisemitismus.html>] (17.02.2020).

¹¹⁵ Markus Sehl, Klare Antisemitismus-Definition für die Länder, 15 mai 2019, [<https://www.lto.de/recht/justiz/j/bmjv-antisemitismus-definition-justiz-laender-judenhass-verfolgung-staatsanwaltschaft/>] (10.05.2020). A noter qu'en Allemagne, les procureurs et procureures sont soumises aux instructions et directives de leur ministre de justice (voir §§ 146 et 147 du Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)).

¹¹⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/444: Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Antisemitismus entschlossen bekämpfen, 17 janvier 2019, [<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2310/231098.html>] (17.02.2020), partie II.

¹¹⁷ Die Linke s'abstint du vote en raison d'autres paragraphes de la résolution, notamment l'invitation aux Bundesländer à expulser immédiatement les étrangers et étrangères qui appellent à la haine antisémite, voir Plenarprotokoll 19/7, 18 janvier 2018, [<https://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/plenarprotokolle>] (14.02.2020), pp. 528, 530.

¹¹⁸ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/444: Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Antisemitismus entschlossen bekämpfen, 17 janvier 2019, [<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2310/231098.html>] (17.02.2020), partie III par. 1, 10.

israéliens et le mouvement BDS (boycott, désinvestissement et sanction), en renvoyant à la responsabilité particulière de l'Allemagne (« besondere Verantwortung Deutschlands ») vis-à-vis Israël.¹¹⁹

- 52 Enfin, l'évaluation périodique des tendances antisémites dans la population revient, en Allemagne, au Groupe indépendant d'experts sur l'antisémitisme (Unabhängiger Expertenkreis Antisemitismus, UEA). Jusqu'à présent, l'UEA a renoncé délibérément à utiliser la définition opérationnelle dans ses études. En 2011 le groupe a mis en évidence le caractère non officiel et non contraignant de la définition opérationnelle, et son utilité limitée pour le travail scientifique. A sa place, il s'est basé sur une définition de l'antisémitisme selon laquelle « l'antisémitisme est un terme collectif pour toute attitude et comportement qui taxe les Juifs et des individus, groupes ou institutions perçus comme étant juifs de caractéristiques négatives en raison de cette affiliation [traduction¹²⁰] ». ¹²¹ Dans son deuxième rapport de 2017, le groupe a confirmé sa position, tout en reconnaissant l'utilité de la définition opérationnelle pour le travail pratique de la police et des organisations non gouvernementales dans l'identification des incidents antisémites. En matière scientifique, la définition manquerait toutefois de la précision requise pour élaborer et analyser les diverses facettes de l'antisémitisme.¹²²

D. Autriche

- 53 En Autriche, l'adoption de la définition se fit également sous forme d'une décision du gouvernement fédéral. A la demande du Ministre fédéral de l'Europe, de l'intégration et des affaires étrangères, le Ministerrat (Conseil des ministres) du 25 avril 2017 en « prit note, avec approbation (zustimmend zur Kenntnis nehmen) » ¹²³, et décida de la transmettre aux deux chambres du Parlement fédéral, au Conseil national et au Conseil fédéral, pour information et éventuel traitement ultérieur.¹²⁴ Il ressort des annexes

¹¹⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 19/444: Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Antisemitismus entschlossen bekämpfen, 17 janvier 2019, [<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2310/231098.html>] (17.02.2020), partie I et partie III par. 3 et 7. Voir également l'invitation faite par le Bundestag au gouvernement fédéral en mai 2019 à ne plus financer les événements du mouvement BDS et des groupes connexes, Deutscher Bundestag, Drucksache 19/10191: Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN der BDS-Bewegung entschlossen entgegenzutreten, 15 mai 2019, [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw20-de-bds-642892>] (10.05.2020), par. 2.

¹²⁰ Texte original : « [Antisemitismus ist] eine Sammelbezeichnung für alle Einstellungen und Verhaltensweisen, die Juden und als Juden wahrgenommen Einzelpersonen, Gruppen oder Institutionen aufgrund dieser Zugehörigkeit negative Eigenschaften unterstellten ».

¹²¹ Premier rapport du Unabhängiger Expertenkreis Antisemitismus, 10 novembre 2011, [http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/bt?rp=http://dipbt.bundestag.de/dip21.web//searchProcedures/simple_search.do?nummer=17/7700%26method=Suchen%26wahlperiode=%26herausgeber=BT] (06.04.2020), p. 9

¹²² Deuxième rapport du Unabhängiger Expertenkreis Antisemitismus, 2017, [<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/heimat-integration/expertenkreis-antisemitismus/expertenbericht-antisemitismus-in-deutschland.html>] (17.02.2020), p. 24.

¹²³ Le texte original de la motion se lit comme suit : « Ich stelle daher den Antrag, die Bundesregierung wolle die IHRA-Arbeitsdefinition von Antisemitismus zustimmend zur Kenntnis nehmen und beschliessen, diese dem Nationalrat und Bundesrat zur Kenntnisnahme und allfälligen weiteren Behandlung zuzuleiten. » Depuis, aucune des deux chambres parlementaires ne se saisit de l'affaire.

¹²⁴ Bundeskanzleramt Republik Österreich, Beschlussprotokoll des 40. Ministerrates, 25 avril 2017, [<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/ministerratsprotokolle/ministerratsprotokolle-xxv-regierungsperiode/beschlussprotokoll-des-40-ministerrates-vom-25-april-2017.html>] (05.02.2020), par. 15 ; Bundesministerium Republik Österreich Europa Integration Äusseres, 40/15: Vortrag an den Ministerrat, 25 avril 2017, [<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/ministerratsprotokolle/ministerratsprotokolle-xxv-regierungsperiode/beschlussprotokoll-des-40-ministerrates-vom-25-april-2017.html>] (05.02.2020).

à la motion, que la définition fut considérée dans sa forme large, explications et exemples compris.¹²⁵ Le libellé de la décision (« prendre note, avec approbation »), formulation particulièrement souple, suggère que la définition ne produira pas d'effets juridiques. On peut par ailleurs se demander si cet acte peut effectivement être qualifié d'« adoption », comme le soutient l'AJC.

Le gouvernement autrichien envisage l'utilisation de la définition dans l'enseignement scolaire, l'éducation des adultes, et la formation du personnel judiciaire et administratif.¹²⁶ Alors que l'éducation des adultes et la formation du personnel judiciaire ressortent de la compétence fédérale, l'enseignement scolaire relève principalement des Länder. Le parlement et le Ministère fédéral de l'éducation, de la science et de la recherche, à travers le Holocaust Education Institut, développent toutefois régulièrement des matériaux scolaires dans le domaine de la lutte contre l'antisémitisme.¹²⁷ Tous deux reprennent la définition opérationnelle dans sa forme de base.¹²⁸ 54

La dernière étude nationale sur la prévalence de ressentiments antisémites en Autriche effectuée en 2018 se base, d'un point de vue méthodologique, sur une échelle développée par Roland Imhof pour mesurer l'antisémitisme primaire et secondaire.¹²⁹ Une étude secondaire sur l'antisionisme se réfère à son tour au test 3D de Natan Sharansky.¹³⁰ La définition opérationnelle de l'IHRA n'y trouve pas mention. 55

E. Canada

Le gouvernement du Canada adopta la définition opérationnelle dans le cadre de la stratégie de lutte contre le racisme 2019-2022.¹³¹ La stratégie définit l'antisémitisme selon la définition de base de 56

¹²⁵ Bundesministerium Republik Österreich Europa Integration Äusseres, 40/15: Beilage Definition, 25. avril 2017, [<https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/ministerratsprotokolle/ministerratsprotokolle-xxv-regierungsperiode/beschlussprotokoll-des-40-ministerrates-vom-25-april-2017.html>] (05.02.2020).

¹²⁶ Bundesministerium Republik Österreich Europa Integration Äusseres, 40/15 Vortrag an den Ministerrat, 25 avril 2017, [<https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/ministerratsprotokolle/ministerratsprotokolle-xxv-regierungsperiode/beschlussprotokoll-des-40-ministerrates-vom-25-april-2017.html>] (05.02.2020).

¹²⁷ Parlament Republik Österreich, Bildungsinitiative des Parlaments gegen neue Formen des Antisemitismus, 2019, [<https://www.parlament.gv.at/PAKT/AKT/SCHLTHEM/SCHLAG/J2019/081Antisemitismuspraevention.shtml>] (07.04.2020) ; Parlament Republik Österreich, Parlamentskorrespondenz Nr. 881: Sobotka präsentiert neue Initiative gegen Antisemitismus, 11 septembre 2019, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0881/index.shtml] (07.04.2020) ; Bundesministerium Republik Österreich Bildung, Wissenschaft und Forschung, Lehren und Lernen über den Nationalsozialismus und Holocaust [<https://www.bmbwf.gv.at/Themen/euint/ep/lnsho.html>] (10.05.2020).

¹²⁸ Parlament Republik Österreich, Demokratiewebstatt: Was ist Antisemitismus?, [<https://www.demokratiewebstatt.at/thema/thema-antisemitismus/was-ist-antisemitismus>] (10.05.2020) ; Holocaust Education Institut, Was ist Antisemitismus? Österreich nimmt IHRA-Arbeitsdefinition von Antisemitismus an, [http://www.erinnern.at/bundeslaender/oesterreich/e_bibliothek/antisemitismus-1/was-ist-antisemitismus-oesterreich-nimmt-ihra-arbeitsdefinition-von-antisemitismus-an] (10.05.2020). Le Holocaust Education Institut cite sur sa page internet également d'autres définitions, sous [<http://www.erinnern.at/bundeslaender/oesterreich/lernmaterial-unterricht/antisemitismus/antisemitismus-ist>] (10.05.2020).

¹²⁹ Eva Zeglovits/ Paul Unterhuber/ Franz Sommer, Antisemitismus in Österreich 2018: Analysebericht, mars 2019, [<https://www.antisemitismus2018.at/downloads/>] (05.02.2020), p. 10.

¹³⁰ Sharansky (2010) (supra note de bas de page n° 58).

¹³¹ Affaires mondiales Canada, Le Canada réaffirme son engagement à lutter contre l'antisémitisme et à honorer la mémoire des victimes de l'Holocauste, 20 janvier 2020, [<https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2020/01/le-canada-reaffirme-son-engagement-a-lutter-contre-lantisemitisme-et-a-honorer-la-memoire-des-victimes-de-lholocauste.html>] (12.04.2020).

l'IHRA, sans mentionner les exemples.¹³² S'agissant d'un document purement politique, la stratégie ne confère aucune force contraignante à la définition.¹³³ Elle n'a par ailleurs pas vocation à s'appliquer aux provinces.¹³⁴

- 57 Au niveau municipal, la définition se heurta à une certaine opposition. A Calgary, par exemple, le conseil municipal retira une motion sur l'adoption de la définition opérationnelle à la suite de protestations et lança, à sa place, des consultations sur les mérites de la définition et les risques liés à son mise en œuvre avec le gouvernement du Canada, la Fédération juive de Calgary et d'autres parties prenantes et experts et expertes.¹³⁵ Une motion similaire fut abandonnée à Montréal suite à un débat controversé au conseil municipal.¹³⁶ Enfin, le conseil municipal de Vancouver, reporta la discussion sur une motion visant à adopter la définition opérationnelle et la liste des exemples, renvoyant l'affaire devant un comité consultatif sur l'équité raciale et ethnoculturelle.¹³⁷ L'affaire y est toujours pendante.¹³⁸

F. Etats-Unis d'Amérique

- 58 Parmi les Etats qui n'ont jusqu'à présent pas adopté la définition opérationnelle, les Etats-Unis sont un exemple intéressant. Le fait qu'elle n'ait pas été adoptée par le Congrès n'empêche pas la définition de déployer certains effets. Elle figure notamment sur le site du Département d'Etat des Etats-Unis,¹³⁹ où il est relevé que la définition opérationnelle se fonde sur et est conforme à la définition opérationnelle de l'EUMC, utilisée aux Etats-Unis depuis 2010. Le site mentionne également que les Etats-Unis utilisent, en tant que membre de l'IHRA, la définition opérationnelle et encouragent d'autres gouvernements et organisations internationales de faire de même.¹⁴⁰ Par ailleurs, un ordre exécutif

¹³² Gouvernement du Canada, Construire une fondation pour le changement : La stratégie canadienne de lutte contre le racisme 2019-2022, 2019, [<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/mobilisation-contre-racisme/strategie-contre-racisme.html>] (12.04.2020).

¹³³ Affaires mondiales Canada, Le Canada réaffirme son engagement à lutter contre l'antisémitisme et à honorer la mémoire des victimes de l'Holocauste, 20 janvier 2020, [<https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2020/01/le-canada-reaffirme-son-engagement-a-lutter-contre-lantisemitisme-et-a-honorer-la-memoire-des-victimes-de-lholocauste.html>] (12.04.2020).

¹³⁴ Les axes principaux de la stratégie sont la création d'un secrétariat pour lutter contre le racisme systématique au sein des institutions fédérales, la mise à disposition de fonds pour des groupes communautaires et une campagne de sensibilisation.

¹³⁵ Calgary City Council, Combined Meeting of Council minutes of 18 November 2019, [<https://www.calgary.ca/CA/city-clerks/Pages/Legislative-services/Agenda-Minutes.aspx>] (12.04.2020),

pp. 38-39, 53-54 ; Maura Forrest, « Cities face pushback over same anti-Semitism definition backed by federal government », in: *National Post* [En ligne], 20 novembre 2019, [<https://nationalpost.com/news/politics/cities-face-pushback-over-same-anti-semitism-definition-backed-by-federal-government>] (12.04.2020).

¹³⁶ Conseil municipal de Montréal, Procès-verbal de l'assemblée ordinaire du conseil municipal du 27 janvier 2020, [https://ville.montreal.qc.ca/portal/page?_pageid=5798,85945578&_dad=portal&_schema=PORTAL], pp. 77-78 ; Morgan Lowrie, « Montreal city councillor withdraws motion defining anti-Semitism amid criticism », in : *The Star* [En ligne], 28 janvier 2020, [<https://www.thestar.com/news/canada/2020/01/28/montreal-city-councillor-withdraws-motion-defining-anti-semitism-amid-criticism.html>] (12.04.2020).

¹³⁷ Vancouver City Council, Motion on notice Combatting Antisemitism in Vancouver, 23 juillet 2019, [<https://council.vancouver.ca/20190723/documents/motionb2.pdf>] (12.04.2020) ; Vancouver City Council, Regular Council Meeting Minutes of 23 July 2019, [<https://council.vancouver.ca/20190723/regu20190723ag.htm>] (12.04.2020), p. 28.

¹³⁸ Les procès-verbaux des réunions du Comité sont disponibles sur [<https://vancouver.ca/your-government/racial-and-ethno-cultural-equity-advisory-committee.aspx>] (14.09.2020).

¹³⁹ U.S. Department of State, Defining Anti-Semitism, [www.state.gov/defining-anti-semitism] (07.07.2020).

¹⁴⁰ Une loi adoptée en 2017 déclare par ailleurs la lutte contre l'antisémitisme aux Etats-Unis et dans des pays étrangers comme relevant de l'intérêt national et stipule que le Département d'Etat devrait encourager l'adoption de la définition par

présidentiel, signé le 11 décembre 2019 dans l'objectif de lutter contre l'antisémitisme sur les campus universitaires, renvoie pour la définition de l'antisémitisme à la définition opérationnelle.¹⁴¹

Dans un pays attaché à une tradition extrêmement protectrice de la liberté d'expression, l'adoption de l'ordre exécutif déclencha des vives polémiques, nourries par les craintes que l'application de la définition opérationnelle conduirait à des limitations excessives de la liberté d'expression. Auditionné par le Congrès, Kenneth Stern, auteur principal de la définition opérationnelle, mit en garde contre l'usage de la définition opérationnelle pour lutter contre l'antisémitisme dans le domaine académique :¹⁴² « The definition was not drafted, and was never intended, as a tool to target or chill speech on a college campus ». ¹⁴³ Il rappela que la définition fut conçue dans un but différent, celui de la collecte des données et que les auteures et auteurs de la définition opérationnelle étaient avant tout soucieux d'éviter que des attaques contre des Juifs et Juives perpétrées pour démontrer une opposition aux politiques israéliennes ne soient pas pris en compte dans les statistiques répertoriant les crimes de haine.¹⁴⁴ L'application aux fins prévues dans l'ordre exécutif implique selon Stern le risque, étayé par des exemples concrets, que la définition opérationnelle soit utilisée à mauvais escient, dans le but de censurer le discours politique et avec l'effet de créer un effet dissuasif sur la liberté académique.¹⁴⁵

G. Organismes internationaux

1. Union européenne

Depuis son adoption par l'IHRA, différentes institutions de l'Union européenne ont repris ou reconnu la définition opérationnelle et l'utilisent de diverses manières. En 2017, par exemple, la commissaire chargée de la justice, Vera Jourová, se félicita de la définition opérationnelle et recommanda son utilisation comme instrument non contraignant dans l'éducation sur l'antisémitisme.¹⁴⁶

Le Parlement européen la fit sienne le 1^{er} juin 2017, et invita les Etats membre et les institutions et agences de l'Union « à adopter et à appliquer la définition opérationnelle de l'antisémitisme utilisée par l'Alliance internationale pour la mémoire de l'Holocauste (IHRA), afin de soutenir les autorités judiciaires et répressives dans les efforts qu'elles déploient pour détecter et poursuivre les attaques antisémites de manière plus efficiente et efficace [...] »¹⁴⁷ dans le cadre d'une résolution non

d'autres Etats (cf. H.R.672 - Combating European Antisemitism Act of 2017. 115th Congress (2017-2018) [<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/672>] (04.10.2020)).

¹⁴¹ Laura Meckler/ Julie Zauzmer/ Ashley Parker, « Trump's expected executive order on campus anti-Semitism draws praise and concern », in : *The Washington Post* [En ligne], 11 décembre 2019, [https://www.washingtonpost.com/local/education/trump-expected-to-sign-order-to-foster-probes-of-anti-semitism-on-campus/2019/12/10/a3aac2d6-1bac-11ea-87f7-f2e91143c60d_story.html] (07.07.2020).

¹⁴² Voir Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), pp. 13-15. Voir aussi Kenneth Stern, « I drafted the definition of antisemitism. Rightwing Jews are weaponizing it », in : *The Guardian* [En ligne], 13 décembre 2019, [<https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/dec/13/antisemitism-executive-order-trump-chilling-effect>] (07.07.2020).

¹⁴³ Voir Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), p. 7.

¹⁴⁴ Idem, p. 5

¹⁴⁵ Idem, pp. 13-15.

¹⁴⁶ Commission européenne, Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière, SP(2017/536), 6 octobre 2017, [[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2017/2692\(RSP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2017/2692(RSP))] (08.04.2020), par. 7.

¹⁴⁷ Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2017 sur la lutte contre l'antisémitisme, 1 juin 2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0243_FR.html] (08.04.2020), par. 2.

contraignante. Les débats au parlement précédant l'adoption de la résolution illustraient, une fois de plus, l'existence d'un désaccord tranché sur l'interprétation des exemples et leur application potentielle aux cas d'actualité, tels que le mouvement BDS et l'étiquetage des denrées alimentaires originaires des territoires palestiniens occupés.¹⁴⁸ Toutefois, une proposition de résolution alternative déposée par le groupe de la Gauche unitaire européenne (GUE/NGL) et le Groupe Verts/ALE évitant toute référence à la définition opérationnelle ne put gagner le soutien de la majorité,¹⁴⁹ et la résolution à caractère non contraignant fut adoptée en lecture unique.¹⁵⁰

- 62 Se référant à l'adoption de la définition par le Parlement européen, Le Conseil européen invita en décembre 2018 à son tour les Etats membres à adopter et mettre en œuvre une « stratégie globale visant à prévenir et combattre toutes les formes d'antisémitisme », et ceux qui ne l'avaient pas encore fait à « approuver la définition opérationnelle juridiquement non contraignante de l'antisémitisme utilisée par l'Alliance internationale pour la mémoire de l'Holocauste (IHRA), en tant qu'instrument d'orientation utile en matière d'éducation et de formation, notamment pour les services répressifs dans le cadre des efforts qu'ils déploient pour procéder de manière plus efficiente et efficace à la détection des attaques antisémites et aux enquêtes les concernant ». ¹⁵¹

2. OSCE

- 63 En 2004 les Etats membres de l'OSCE s'engagèrent, dans la Déclaration de Berlin, à surveiller régulièrement les phénomènes antisémites en recueillant des informations fiables sur les crimes antisémites, et à communiquer ces données au Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH), l'institution responsable des droits humains au sein de l'OSCE.¹⁵² Le BIDDH coopéra ensuite avec l'EUMC et différentes organisations juives pour développer la définition opérationnelle.¹⁵³ L'OSCE participa donc à l'élaboration de la définition opérationnelle dès le départ.
- 64 Dix ans plus tard, en 2014, les Etats membres de l'OSCE réaffirmèrent leurs engagements, lors d'un événement commémoratif de la Déclaration de Berlin, sans toutefois se prononcer sur la définition

¹⁴⁸ Parlement européen, Débats du mercredi 31 mai 2017, PV31/05/2017-15, 31 mai 2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-8-2017-05-31-ITM-015_FR.html] (08.04.2020), point 15 sur la lutte contre l'antisémitisme, notamment les prises de position de Branislav Škripek, Beatrix von Storch, et Beatriz Becerra Basterrechea.

¹⁴⁹ Parlement européen Groupes GUE/NGL, Verts/ALE, Proposition de résolution du Parlement européen sur la lutte contre l'antisémitisme, B8-0388/2017, 29 mai 2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2017-0388_FR.html] (08.04.2020), par. 2.

¹⁵⁰ Elle avait été soumise au Parlement européen conformément à l'art. 123 paragraphe 2 de son Règlement, qui permet à celui-ci de clore un débat suite à une déclaration d'un des membres de la Commission ou du Conseil ou du Conseil européen par une résolution. Voir Parlement européen, Procès-verbal du jeudi 1 juin 2017, PV01/06/2017-7.12, 1 juin 2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-8-2017-06-01-ITM-007-12_FR.html] (08.04.2020), point 7.12 sur la lutte contre l'antisémitisme.

¹⁵¹ Conseil européen, Déclaration sur la lutte contre l'antisémitisme et la mise en place d'une approche commune en matière de sécurité afin de mieux protéger les communautés et institutions juives en Europe - Conclusions du Conseil du 6 décembre 2018, [<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15213-2018-INIT/fr/pdf>] (22.07.2020), Annexe, par. 1 et 2.

¹⁵² OSCE, Déclaration de Berlin, PC.DEL/347/04, 29 avril 2004, [<https://www.osce.org/fr/cio/31433>] (11.04.2020), par. 7.1. Voir également le par. 6.3, selon lequel les Etats reconnaissent que les développements internationaux ou questions politiques, notamment en Israël ou ailleurs au Moyen-Orient, ne sauraient justifier l'antisémitisme.

¹⁵³ Ullrich, (2019) (supra note en bas de page n° 7), p. 7.

opérationnelle,¹⁵⁴ pourtant évoquée durant la Conférence et recommandée, par certains participants et participantes, comme outil pour expliquer comment l'antisémitisme peut dissimuler des discours antisémites.¹⁵⁵

Les publications de l'OSCE suivent des approches différentes. Le guide sur l'antisémitisme pour éducateurs et éducatrices, publié conjointement avec l'Institut international pour la mémoire de la Shoah Yad Vashem, se base fortement sur la définition, et propose que certaines critiques d'Israël mentionnées dans les exemples soient présumées comme étant constitutives d'antisémitisme.¹⁵⁶ Un outil pédagogique développé en coopération avec le Anne Frank House suggère, au sujet de l'antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël, que seules les critiques qui se basent sur des stéréotypes, évoquent des théories de complot ou s'adressent à tous les Juifs soient considérées antisémites.¹⁵⁷ Il ne mentionne pas la définition opérationnelle. Les publications plus récentes citent la définition comme exemple d'une définition de l'antisémitisme, tout en rappelant l'importance de la liberté d'expression.¹⁵⁸

3. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

En 2019, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté de religion ou de conviction, Ahmed Shaheed, détailla son interprétation de la définition et des risques liés à sa mise en œuvre dans un rapport

¹⁵⁴ OSCE Conseil ministériel, Déclaration sur le renforcement des efforts de lutte contre l'antisémitisme, MC.DOC/8/14, 5 décembre 2014, [https://www.osce.org/odihr/126168] (11.04.2020).

¹⁵⁵ OSCE, Swiss OSCE Chairmanship conclusions, 23 novembre 2014, [https://www.osce.org/odihr/126168] (11.04.2020).

¹⁵⁶ ODIHR/ Yad Vashem, Antisemitismus Thematisieren: Warum und Wie? Leitfaden für Pädagoginnen und Pädagogen, décembre 2007, [https://www.osce.org/de/odihr/29892] (07.07.2020), p. 20. Voir, par exemple, les développements sur l'antisionisme dans sa forme d'opposition à l'existence de l'Etat d'Israël : « Antizionismus kann als Opposition zur Existenz des Staates Israels als jüdischem Staat auftreten. Aus dieser Perspektive wird Jüdinnen und Juden das Recht auf einen eigenen Staat abgesprochen. Da die Vertreter dieser Sichtweise anderen Nationen das Recht auf Selbstbestimmung für gewöhnlich nicht absprechen, scheint hier eine antisemitische Motivation eine Rolle zu spielen. 'In der Tat kann man – zumindest in der Theorie – antizionistisch sein ohne antisemitisch zu sein. Allerdings nur, wenn man sagt, dass alle Nationalbewegungen schlecht sind und alle Nationalstaaten abgeschafft werden sollten', meint Yehuda Bauer, einer der weltweit führenden Wissenschaftler der Holocaust- und Antisemitismusforschung. 'Wenn jemand jedoch sagt, dass die Menschen auf Fidschi ein Recht auf Unabhängigkeit hätten, genauso wie die in Malaysia oder in Bolivien und gleichzeitig aber den Juden dieses Recht abspricht, dann ist diese Person antijüdisch. Und wenn jemand aus nationalistischen Gründen Juden besonders hervorhebt, dann ist er antisemitisch – mit dem damit einhergehenden, starken Verdacht, rassistisch zu sein.' In anderen Worten: Da sich die Ziele und Vorstellungen des Zionismus nicht von denen anderer Nationalbewegungen unterscheiden, was das Recht auf Selbstbestimmung einschliesst, ist es nur schwer erklärbar, warum der zionistische Nationalismus hervorgehoben und besonders kritisiert wird, anstatt Nationalismus generell anzugreifen. »

¹⁵⁷ ODIHR/ Anne Frank House, Teaching Materials to Combat anti-Semitism: Anti-Semitism a never-ending struggle?, 2 avril 2007, [https://www.osce.org/odihr/24568] (11.04.2020), p. 10. Voir également les développements sur les comparaisons avec les régime nazi : « A comparison of the Jewish state and the perpetrators of the Holocaust is fundamentally flawed. Nazi Germany, a dictatorship, pursued an anti-Semitic and racist ideology, targeting entire groups for extinction, Israel a democratic State, does not pursue policies of annihilation. Comparison of Israel with the German Nazi government aim to both diminish the significance of the Holocaust and to undermine the legitimacy of the Jewish state. Statements making comparisons between Jews and Nazis are not just an opinion but incite actions against Israel and Jews. Such comparisons also stand in the way of meaningful discussions. Even in their own country, Israeli politicians are sometimes compared to Nazis. It has become a term of abuse for anyone who has a different opinion. The comparison with Nazis is obviously hurtful and makes any discussion very difficult. »

¹⁵⁸ ODIHR, Addressing Anti-Semitism through Education: Anti-Semitism and the Situation in the Middle East Teaching Aid 10, 4 décembre 2019, [https://www.osce.org/odihr/441146] (11.04.2020), pp. 2-5 ; UNESCO/ ODIHR, Prévenir l'antisémitisme par l'éducation : Lignes directrices à l'intention des décideurs politiques, 2018, [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366592] (11.04.2020), pp. 13, 25. Les lignes directrices à l'intention des décideurs politiques précisent, par ailleurs, que la définition ne fut pas adoptée par l'OSCE et l'UNESCO (p. 13).

sur l'antisémitisme sous l'angle de la liberté religieuse.¹⁵⁹ Il souligna d'abord que la définition reconnaissait l'importance d'une analyse contextuelle et n'aspirait en aucune façon à fournir une liste d'exemples de discours antisémites en soi.¹⁶⁰ Selon sa lecture de la définition, une critique du gouvernement israélien ne saurait être qualifiée d'antisémite, à moins qu'elle soit assortie de manifestations de haine à l'égard des personnes juives en général ou de propos fondés sur les stéréotypes antisémites classiques.¹⁶¹

67 Au sujet des boycotts contre des produits israéliens, le Rapporteur spécial rappela qu'en droit international, le boycottage était considéré comme une forme légitime d'expression politique, et que les manifestations non violentes de soutien aux boycotts relevaient, de manière générale, de la liberté d'expression légitime.¹⁶²

68 Il conclut que la définition opérationnelle pouvait offrir d'utiles orientations pour recenser les diverses formes d'antisémitisme,¹⁶³ et recommanda d'en faire un outil pédagogique non juridique. Il précisa par ailleurs que toute utilisation de la définition devait respecter les directives énoncées dans le Plan d'action de Rabat et les observations et recommandations générales du Comité des droits de l'homme et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (Comité CERD).¹⁶⁴ Enfin, il invita les Etats qui envisageaient d'utiliser la définition dans un contexte réglementaire à prendre les précautions voulues pour veiller à ce que la loi garantisse à tous et toutes la liberté d'expression.¹⁶⁵

H. Conclusion

69 Compte tenu du désaccord persistant sur l'objet de la décision d'adoption de l'IHRA (supra n. 11), il est peu surprenant que les positions des Etats étudiés divergent au sujet des passages explicatifs et exemples. Alors que certains Etats se sont limités à reprendre la définition de base, ou une variante de celle-ci, comportant des précisions ou ajouts, d'autres l'ont adoptée dans sa forme large, explications et exemples compris. Dans les débats politiques et publics, la distinction entre définition de base et exemples ne s'est toutefois guère imposée.¹⁶⁶ Même dans les pays qui ont seulement repris la définition de base, les débats sont largement déterminés par les passages et exemples en lien avec Israël.

70 Les discussions menées dans les différents Etats révèlent, par ailleurs, qu'il existe un large éventail d'interprétations de la définition, notamment par rapport à son application à certains sujets d'actualité, tels que la campagne BDS ou l'obligation d'étiquetage de produits provenant des territoires occupés.

71 Les cas étudiés se ressemblent dans la mesure où la définition a partout été adoptée ou reconnue, du moins dans un premier temps, par l'exécutif, sans implication du pouvoir législatif. En France et en

¹⁵⁹ Rapport du rapporteur spécial de l'ONU, Ahmed Shaheed, sur la liberté de religion ou de conviction du 20 septembre 2019, A/74/358, [<https://undocs.org/fr/A/74/358>] (04.10.2020).

¹⁶⁰ Idem, par. 54.

¹⁶¹ Idem, par. 78.

¹⁶² Idem, par. 18.

¹⁶³ Idem, par. 78.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Idem, par. 54.

¹⁶⁶ Voir également Gould (2020) (supra note de bas de page n° 62), p. 2, qui note que, malgré leur statut controversé, les exemples sont souvent traités comme une partie intrinsèque de la définition par les médias.

Allemagne, le parlement a endossé l'approche du gouvernement par la suite. Le parlement français s'est toutefois limité à adopter la définition de base, s'écarter ainsi de la voie proposée par le gouvernement. En Autriche, le gouvernement a renvoyé la question de l'adoption de la définition au parlement, tout en exprimant un avis favorable à la définition.

Les prises de position des différents gouvernements varient tant par rapport à la forme (décision de cabinet, communiqué politique, approbation politique, stratégie politique, parfois assortie d'une recommandation) que dans le libellé (adoption, endossement, *zustimmende Kenntnissnahme*). Il n'en demeure pas moins, que dans tous les Etats étudiés la définition n'a actuellement qu'un statut non contraignant. Cela ne ressort non seulement des instruments d'adoption choisis, mais parfois aussi du libellé de la prise de position (p.ex. « *zustimmende Kenntnissnahme* »).

Enfin, la plupart des Etats étudiés envisagent l'utilisation de la définition opérationnelle dans la formation des autorités de poursuite pénale et l'enseignement scolaire. Une tentative à l'Assemblée nationale française visant à intégrer, par renvoi, certains éléments de la définition opérationnelle au droit pénal a échoué. En matière de recensement de l'antisémitisme dans la population et dans le domaine scientifique plus large, la définition n'est pas appliquée.

Une enquête réalisée par la FRA sur l'usage de la définition opérationnelle dans les Etats membres de l'Union européenne publiée en 2019 confirme ce tableau.¹⁶⁷ Dans la plupart des Etats qui ont adopté ou reconnu la définition, celle-ci est utilisée à des fins de formation des agents et agentes chargées de l'application de la loi et un peu moins fréquemment dans le domaine de l'éducation. Dans un Etat (la Roumanie) la définition est aussi utilisée par les autorités judiciaires pour identifier les crimes de haine.

IV. Analyse de la définition opérationnelle

A. Observations liminaires

Relevons, à titre liminaire, qu'il n'existe à notre connaissance en droit suisse pas une définition juridiquement contraignante de la notion d'antisémitisme, ni par ailleurs de la notion de racisme.¹⁶⁸ L'ordre juridique se saisit du phénomène antisémite indirectement, à travers des normes visant principalement à lutter contre la discrimination, ainsi que les crimes et le discours de haine, et relevant de domaines du droit différents.¹⁶⁹ Selon les domaines juridiques, les domaines d'activité et les objectifs poursuivis, le seuil pour appréhender des phénomènes antisémites peut varier. Des réflexions menées au sujet de l'art. 20 par. 2 Pacte ONU II, obligeant les Etats à proscrire l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse constitutif d'une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence permettent d'illustrer ce point. Le Plan d'action de Rabat, issu de quatre ateliers d'experts et expertes

¹⁶⁷ FRA, Antisemitism Overview of data available in the European Union 2008–2018, novembre 2019, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-antisemitism-overview-2008-2018_en.pdf] (07.07.2020), pp. 20 s.

¹⁶⁸ Voir Tarek Naguib, « Wenn der Antirassismus staatlich sanktioniert wird : Urteil "GRA gegen Kaspar" (5A_82/2012): Rassismus benennen als Persönlichkeitsverletzung », *Recht*, vol. 31, n° 1, 2013, pp. 13-27, 22 ; Naguib (2014) (*supra* note de bas de page n° 37), pp. 16 ss.

¹⁶⁹ Voir notamment l'art. 8 al. 2 Cst. (interdiction de discrimination), les dispositions de la CERD, et en droit pénal en particulier l'art. 261^{bis} CP.

organisés par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme sur l'art. 20 par. 2 Pacte ONU II, et adopté à Rabat le 5 octobre 2012, l'exprime dans les termes suivants :

« En matière de principes généraux, il convient d'établir clairement une distinction entre trois sortes d'expression : l'expression qui constitue une infraction pénale, l'expression qui n'entraîne pas de sanction pénale, mais peut justifier une procédure civile ou des sanctions administratives, et l'expression qui ne donne pas suite à des sanctions pénales, civiles ou administratives, mais pose néanmoins des problèmes en matière de tolérance, de civilité et du respect des droits d'autrui. »¹⁷⁰

- 76 Les mêmes propos peuvent donc être qualifiés d'« antisémites » au sens du droit civil¹⁷¹ ou administratif¹⁷², mais non au sens du droit pénal, ou être répréhensibles sans atteindre une gravité suffisante pour justifier des sanctions juridiques, qu'elles soient civiles, administratives ou pénales. Expression d'intolérance et de préjugés, ce dernier type de propos mérite néanmoins des actions de la part de l'Etat, par exemple sous forme de mesures de formation ou de sensibilisation. Celles-ci s'imposent aussi pour lutter contre l'antisémitisme structurel, en vertu de l'interdiction des discriminations consacrée par le droit constitutionnel et le droit international, qui a une visée plus large que l'interdiction de la discrimination raciale au sens du droit pénal.¹⁷³
- 77 Le regard porté sur la définition opérationnelle sera donc différent selon l'attente, explicite ou implicite, qu'on aura de ses domaines potentiels d'application et des finalités poursuivies. Ce constat s'impose encore davantage si nous élargissons notre perspective au-delà d'une conception juridique du racisme. Les attentes sont différentes par exemple si une définition a une vocation scientifique (et varieront dans ce cadre en fonction de la discipline), ou si elle est conçue comme un outil de travail à des fins pratiques.
- 78 Comme mis en exergue dans la partie précédente, la définition opérationnelle ne poursuit pas une vocation scientifique, mais a principalement été conçue comme un outil pratique, destiné à être utilisé avant tout pour la collecte des données d'incidents antisémites. L'objectif des rédacteurs et rédactrices ne semble donc pas avoir été de concevoir une définition avec une vocation pratique universelle. Une

¹⁷⁰ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (OHCHR), Plan d'action de Rabat, 2012, [<https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>], par. 20 ; voir aussi Comité CERD, Recommandation générale n° 35 sur la lutte contre les discours de haine raciale, 26 septembre 2013, CERD/C/GC/35, par. 12 : « Le Comité recommande que seules les formes graves de discours racistes soient considérées comme des infractions pénales, pouvant être prouvées au-delà de tout doute raisonnable, les formes moins graves devant être traitées par d'autres moyens que le droit pénal, compte tenu notamment de la nature et de l'étendue des conséquences pour les personnes et les groupes visés. L'imposition de sanctions pénales devrait être régie par les principes de légalité, de proportionnalité et de nécessité. »

¹⁷¹ Essentiellement sous l'angle de la protection de la personnalité. Voir à ce sujet *infra*, n. 189 ss

¹⁷² Voir p. ex. Décision de la Commission de recours en matière de personnel fédéral du 24 février 1997 concernant la non-réélection d'un fonctionnaire des CFF en raison de ses activités d'extrême droite, qui allaient absolument à l'encontre des valeurs fondamentales établies par la constitution et étaient jugées non compatibles avec l'exercice d'une fonction au sein de l'administration publique. Le fait que les activités n'étaient pas punissables sous l'art. 261^{bis} CP, notamment en raison de leur caractère privé, ne s'opposait selon l'avis de la Commission pas à sa non-réélection. In : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC), vol. 61, 1997, pp. 759-774.

¹⁷³ Voir Tarek Naguib (2013) (*supra* note de bas de page n° 167), p. 22.

attente aussi élevée, dont on peut par ailleurs douter qu'elle soit réaliste, ne peut conduire qu'à un constat négatif, considérant que la définition opérationnelle est un échec.¹⁷⁴

Dans cette partie consacrée à l'analyse textuelle de la définition, nous tiendrons compte des objectifs 79 pour lesquels la définition a principalement été conçue, tout en gardant à l'esprit d'autres usages potentiels, ce qui nous amènera à proposer certaines pistes d'interprétation et de mettre en exergue certains risques. Nous confronterons le texte de la définition aussi à des exigences générales en matière définitionnelle. Il est attendu d'une « bonne » définition qu'elle satisfasse des conditions de cohérence, de clarté et de précision, permettant à la fois de situer le phénomène décrit dans son contexte plus large et de faire ressortir ses spécificités.¹⁷⁵

B. Structure de la définition au sens large

Pour analyser le sens et la portée de la définition de l'antisémitisme adoptée par l'IHRA, la définition 80 opérationnelle de base doit être placée dans son contexte textuel plus large. Nous avons vu que la définition de base est d'abord suivie d'un texte explicatif, qui fait la transition entre la définition et une liste d'exemples. Le texte précise certains éléments constitutifs de la définition, en détaillant les différentes manières comment l'antisémitisme peut s'exprimer et le mode opératoire de l'antisémitisme (« appel à des stéréotypes »). Il indique également dans quelle mesure des critiques de l'Etat d'Israël peuvent être considérées comme une forme d'antisémitisme. En outre, il met en exergue une forme importante d'antisémitisme, à savoir les théories de complot, et indique donc déjà avant la liste énumérative un exemple concret d'antisémitisme. Ensuite succède une liste non exhaustive de 11 exemples de formes contemporaines d'antisémitisme. La liste est elle-même suivie par des explications sur trois notions contenant le terme « antisémite », à savoir (i) les actes antisémites constitutifs d'une infraction, (ii) les infractions antisémites, et (iii) les discriminations à caractère antisémites. Ces précisions mettent en exergue des exemples comment l'antisémitisme peut être appréhendé par le droit.

L'architecture complexe du texte, composée de la définition de base, de précisions et d'exemples, 81 soulève la question de savoir quels sont les rapports entre les différents éléments. L'approche interprétative qui sera adoptée dans le présent avis de droit consiste à considérer les différents éléments comme étant interdépendants : le texte figurant après la définition proprement dite peut être utile pour élucider des zones d'ombre de la définition de base et pour concrétiser son sens et sa portée, tout en gardant à l'esprit que ces passages ont initialement été adoptés sous un statut particulier avec une portée restreinte, limitant leur utilisation aux travaux de l'IHRA (supra n. 11). En même temps, les exemples ne doivent pas être étudiés de manière isolée mais doivent être lus à la lumière de la définition générale dont ils ne sont pas censés dépasser le cadre.

¹⁷⁴ Voir la conclusion de l'étude d'Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 2 : « Fazit: Der Versuch, Probleme allgemeiner begrifflicher Klärung und universeller praktischer Einsetzbarkeit mithilfe der 'Arbeitsdefinition Antisemitismus' zu lösen, muss insgesamt als gescheitert angesehen werden. »

¹⁷⁵ Pour des développements plus approfondis, voir Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 10.

C. Définition de base

- 82 La définition de base est composée de deux phrases. La première définit l'antisémitisme comme une « certaine perception des Juifs qui peut se manifester par une haine à leur égard ». La seconde détaille les différentes manières comment l'antisémitisme peut se manifester et précise les cibles de l'antisémitisme.

La première phrase : « L'antisémitisme est une certaine perception des Juifs qui peut se manifester par une haine à leur égard »

- 83 La définition opérationnelle décrit tout d'abord l'antisémitisme comme une « perception » et détaille l'objet de cette perception, qui sont « les Juifs ». La nature de cette perception n'est pas qualifiée de manière précise et uniquement circonscrite par le terme « certaine ». A premier abord, la notion « certaine perception » paraît dès lors très peu déterminée.¹⁷⁶ Il convient par voie de conséquence d'examiner si d'autres éléments de la définition permettent de mieux saisir sa portée.
- 84 Auparavant, le terme « **perception** » nécessite quelques développements. Son usage pour qualifier l'antisémitisme a fait l'objet de critiques. Peter Ullrich relève que le terme « perception » renvoie en premier lieu à des activités sensorielles, donc à l'activité des organes des sens (à savoir la perception visuelle, auditive, tactile, olfactive, gustative). Suivant cette signification, l'antisémitisme serait un processus plus ou moins passif d'une expérience sensorielle avec les personnes juives (« ein mehr oder weniger passiver Vorgang der sinnlichen Erfahrung mit Juden und Jüdinnen »¹⁷⁷). Comme le relève Ullrich, loin d'être le reflet passif d'une perception sensorielle, l'antisémitisme produit, notamment par des projections, des images déformées des personnes juives.¹⁷⁸ Cette image du collectif des « Juifs » est le résultat d'une construction sociale, alimentée par des préjugés et des stéréotypes. Ces préjugés et stéréotypes sont tellement ancrés que l'antisémitisme est indépendant de son objet,¹⁷⁹ et ne repose donc pas sur une « perception sensorielle » du comportement ou des attitudes des personnes juives. Interpréter le terme « perception » dans ce sens pourrait avoir l'effet contreproductif de légitimer l'antisémitisme.
- 85 Une compréhension sensorielle du terme « perception » correspond effectivement au premier sens du terme en français, anglais et allemand.¹⁸⁰ Il existe cependant d'autres significations du mot qui sont plus

¹⁷⁶ Tomlinson (2017) (supra note de bas de page n° 54), par. 7 ; Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 11 ; Armin Pfahler-Traugott, *die EUMC-Arbeitsdefinition Antisemitismus in der Kritik*, 16 juillet 2017, [<https://www.hagalil.com/2017/07/eumc-arbeitsdefinition-antisemitismus/>] (20.07.2020).

¹⁷⁷ Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 11.

¹⁷⁸ Ibid. ; voir aussi Klug (2013) (supra note de bas de page n° 44), pp. 472 s : « anti-Semitism is a form of hostility to Jews as Jews, where Jews are perceived as something other than what they are. Or more succinctly: hostility to Jews as not Jews. (...) For, even if some real Jews happen to fit the stereotype some of the time, the 'Jew' towards whom the anti-Semite feels hostile is not a real Jew at all. »

¹⁷⁹ Voir Barbara Tuchman, « They poisoned the Wells », in : *Newsweek*, 3 février 1975, cité dans Harvey Fields, *A Torah Commentary for Our Times: Exodus and Leviticus*, New York (Union for Reform Judaism), 1990, p. 5.

¹⁸⁰ Le Larousse indique comme première signification du terme perception : « Action de percevoir par les organes des sens : La perception des couleurs » et « Événement cognitif dans lequel un stimulus ou un objet, présent dans l'environnement immédiat d'un individu, lui est représenté dans son activité psychologique interne, en principe de façon consciente ; fonction psychologique qui assure ces perceptions. » [<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/perception/59399?q=perception#59036>] (07-07-2020). Le Oxford English Dictionary va dans le même sens : « The process of becoming aware of physical objects, phenomena, etc., through the senses; an instance of this. », et le Duden renvoie en premier lieu au terme « wahrnehmen », défini comme « (als Sinneseindruck) aufnehmen; bemerken, gewahren. » [<https://www.duden.de/rechtschreibung/wahrnehmen#Bedeutung-1>] (07.07.2020).

adéquates pour caractériser l'antisémitisme. Le Larousse indique parmi les différentes significations du terme perception aussi « Idée, compréhension plus ou moins nette de quelque chose : avoir une perception, confuse de la situation. » ; la définition suivante donnée par le Oxford English Dictionary va dans le même sens : « As a count noun: a direct recognition of something; an intuitive insight; an understanding. Also: an interpretation or impression based upon such an understanding; an opinion or belief. »

Pour faire ressortir que l'antisémitisme n'est pas le résultat d'un processus sensoriel, mais une 86 construction sociale fondée sur des stéréotypes et des préjugés, il convient de comprendre le terme « perception » dans le sens de « compréhension, idées, interprétation ou impression », ou de « conception ». ¹⁸¹ Le texte explicatif qui suit la définition proprement dite corrobore cette compréhension. Il apporte la précision que l'antisémitisme « fait appel à des *stéréotypes* inquiétants et à des traits de caractère péjoratifs ». ¹⁸² Vu l'importance centrale des stéréotypes pour la compréhension du phénomène antisémite, il est regrettable que le corps de la définition n'en fasse aucune mention, contrairement par exemple à la définition plus élaborée de Helen Fein (supra n. 16).

Il est ensuite utile de souligner que, selon la définition de base, l'objet sur lequel porte cette 87 « perception » sont « **les Juifs** », et non l'Etat d'Israël. A l'instar d'autres idéologies ou pensées racistes, l'antisémitisme est problématique parce que ses manifestations portent préjudices non à des Etats mais à des personnes en raison de leur appartenance réelle ou supposée à un groupe socialement construit.

La première phrase de la définition de base circonscrit enfin la « perception » par le terme « **certaine** ». 88 Par le choix du mot « certaine », au lieu d'un qualificatif plus précis, la définition de l'IHRA se distingue d'autres définitions, notamment de celles trouvées dans des dictionnaires, utilisées par des acteurs de la société civile et des autorités publiques suisses (Commission fédérale contre le racisme (CFR), SLR), ou de celles proposées par des chercheuses ou chercheurs. ¹⁸³ A titre d'exemples, le SLR utilise le terme « hostilité à l'égard des personnes juives » comme synonyme d'antisémitisme, et décrit le phénomène comme suit : « L'hostilité à l'égard des personnes juives est une attitude de rejet envers les personnes qui déclarent être juives ou dont on suppose qu'elles le sont. » ¹⁸⁴ Les explications disponibles sur le site de la CFR vont dans le même sens, l'antisémitisme y étant décrit comme désignant « l'hostilité envers les juifs ». ¹⁸⁵ Dans la rubrique consacrée à la définition de l'antisémitisme sur le site de la Coordination Intercommunautaire contre l'Antisémitisme et la Diffamation (CICAD), il est relevé qu'il existe plusieurs définitions de l'antisémitisme, ce terme signifiant, dans son acception commune : « une

¹⁸¹ Terme proposé par Klug (2013) (supra note de bas de page n° 44), p. 474.

¹⁸² Souligné par les auteures. A noter que la définition de l'antitsiganisme et de la discrimination contre les Roms, adoptée par l'IHRA le 8 octobre 2020, est plus complète. Elle mentionne dans la définition de base que l'antitsiganisme associe les Roms avec une série de stéréotypes péjoratifs et des images déformées qui représentent une forme spécifique de racisme, « associates them with a series of pejorative stereotypes and distorted images that represent a specific form of racism. » [<https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-antigypsyism-anti-roma-discrimination>] (06.11.2020).

¹⁸³ Voir p.ex. la définition de Fein, supra n. 16.

¹⁸⁴ SLR, Racisme et discrimination raciale : définitions, [<https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/frb/demandes-et-reponses/comment-le-service-de-lutte-contre-le-racisme-definit-il-le-raci.html>] (07.07.2020).

¹⁸⁵ CFR, Antisémitisme, mis à jour le 2 janvier 2019, [<https://www.ekr.admin.ch/themes/fl25.html>] (07.07.2020).

attitude d'hostilité à l'égard des minorités juives, quel que soit, d'ailleurs, le motif de cette hostilité. »¹⁸⁶
Il ressort de ces définitions que la perception des personnes juives qui caractérise l'antisémitisme est qualifiée comme une perception *négative*, marquée par le *rejet* et l'*hostilité*.

- 89 Le texte explicatif suivant la définition de base va dans le même sens, lorsqu'il se réfère à des « stéréotypes *inquiétants* » et à « des traits de caractère *péjoratifs* ». A noter que la nature péjorative d'un trait de caractère doit être déterminée compte tenu des caractéristiques de l'antisémitisme. L'antisémitisme se caractérise, comme déjà relevé (supra n. 20), souvent par une idéologie de supériorisation consistant à imputer aux personnes juives des capacités et pouvoirs qui leur permettent de dominer le monde.
- 90 Un autre indice que les rédacteurs et rédactrices avaient une perception négative des personnes juives en tête, se trouve dans le texte même de la définition de base. En effet, la deuxième partie de la première phrase de la définition relève que la perception des Juifs « peut s'exprimer par la haine à leur égard ». La forme potestative de cette proposition introduit toutefois de nouvelles difficultés interprétatives.
- 91 L'on peut en effet déduire de la forme potestative (l'antisémitisme « **peut** » s'exprimer par la haine) que l'expression de la perception des Juifs sous forme de haine n'englobe pas toutes les formes de l'antisémitisme. La haine n'est qu'une des formes par lesquelles l'antisémitisme peut se manifester. En d'autres termes, l'antisémitisme peut se manifester aussi sous d'autres formes, ce qui soulève la question de savoir « lesquelles ? ». Une telle interprétation confère à la définition une portée très ouverte, et réduit l'utilité de recourir à la deuxième partie de la première phrase pour spécifier le mot « certaine ». La nature peu déterminée des formes par lesquelles l'antisémitisme peut s'exprimer semble correspondre à la volonté des auteurs et auteures de la définition. Comme relevé précédemment (supra n. 24), la définition opérationnelle est selon son auteur principal, Kenneth Stern, censée déplacer l'accent, pour la collecte des crimes à motivation antisémite, de la question de savoir si quelqu'un a agi par haine envers une personne juive vers celle de savoir s'il s'en est pris à la victime parce qu'elle est juive, peu importe le motif de ce choix.
- 92 La portée très ouverte de la définition prête le flanc à la critique. Comme certains l'ont soulevé, le libellé peu précis ne correspond pas aux exigences d'une bonne définition, qui devrait circonscrire le plus clairement possible le terme à définir.¹⁸⁷ Sans indication d'autres exemples de manifestations possibles de l'antisémitisme que celui de la haine, les lecteurs et lectrices de la définition auront tendance à se focaliser sur le seul terme explicitement mentionné. Cela risque de conduire à une compréhension plus étroite que celle qui ressort d'autres définitions communément utilisées et indiquées plus haut (supra n. 88).
- 93 Tout d'abord, le terme « **haine** » semble placer la barre pour qualifier l'antisémite plus haut que le terme « hostilité », plus communément utilisé (supra n. 88), la haine désignant une émotion négative clairement plus forte. Selon le Larousse, la haine est un « [s]entiment qui porte une personne à souhaiter ou à faire du mal à une autre, ou à se réjouir de tout ce qui lui arrive de fâcheux » ; une [a]version

¹⁸⁶ CICAD, Définition de l'antisémitisme, [<https://cicad.ch/fr/antisemitisme/definitions/definition-de-l-antisemitisme>] (07.07. 2020).

¹⁸⁷ Tomlinson, (2017) (supra note de bas de page n° 54), par. 7 ; Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), pp. 10 (critères d'une bonne définition), et 11 (critique du caractère vague de la définition opérationnelle).

profonde, répulsion éprouvée par quelqu'un à l'égard de quelque chose », alors que l'hostilité est définie comme « [s]entiment d'inimitié à l'égard de quelqu'un ; attitude d'opposition à l'égard de quelque chose ». Selon les contextes, les deux termes sont cependant parfois utilisés comme des notions synonymes. Pour désigner l'antisémitisme notamment, les notions « *Judenfeindlichkeit* » et « *Judenhass* » sont souvent retenues, et semblent en général être utilisées comme des synonymes.¹⁸⁸ Dans le cadre de l'art. 20 par. 2 Pacte ONU II, ces deux notions ne semblent pas non plus désigner des phénomènes clairement distincts. De même, les principes dits de Camden¹⁸⁹ enjoignent les Etats à établir clairement « que les termes haine et hostilité font référence à 'des manifestations intenses et irrationnelles d'opprobre, d'inimitié ou de détestation envers le groupe visé' ». ¹⁹⁰ Cette définition établit toutefois un seuil élevé, ce qui s'explique par le fait qu'elle porte sur une disposition qui oblige les Etats à proscrire par la loi certaines formes d'expression de haine, et donc de prendre des mesures qui limitent la liberté d'expression, en général par le recours à la législation pénale.

Ensuite, se focaliser sur la seule forme de manifestation explicitement mentionnée dans la définition, 94 celle de la « haine », risque de favoriser une interprétation qui écarterait la manifestation sous forme d'incitation à la discrimination ou de comportements discriminatoires à l'égard des personnes juives. Un tel sens ne semble clairement pas voulu par les auteurs et auteures de la définition originale, étant donné que le dernier paragraphe du texte explicatif qui suit la définition de base mentionne les discriminations à caractère antisémite (« La discrimination à caractère antisémite est le fait de refuser à des Juifs des possibilités ou des services ouverts à d'autres »).

Le risque mentionné est cependant limité par le fait que la haine et la discrimination ne peuvent pas être 95 cliniquement séparées et sont interdépendantes. En effet, la discrimination (sous forme p.ex. de refus d'offrir des services aux personnes juives) est souvent la conséquence 'logique' d'une attitude haineuse.

A l'inverse, des actes de violence, ou l'incitation à commettre de tels actes à l'égard des Juifs et Juives, 96 peut aussi être comprise comme une forme de discrimination, étant donné qu'ils visent des personnes en raison de leur appartenance réelle ou supposée au groupe de personnes juives, et se fondent donc sur une distinction établie entre les Juifs et les non Juifs. Cette distinction entre Juifs et non Juifs constitue une inégalité de traitement qui correspond à la définition de la discrimination établie par la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans la mesure où elle est une forme extrême d'exclusion ou d'avilissement portant préjudice aux personnes juives. Selon le Tribunal fédéral, une personne est victime d'une discrimination lorsqu'elle est traitée différemment

¹⁸⁸ Pour des ouvrages utilisant le terme haine des Juifs (*Judenhass*) pour se référer à l'antisémitisme, voir p.ex. Trond Berg Eriksen, *Judenhass : die Geschichte des Antisemitismus von der Antike bis zur Gegenwart*, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 2019; Birgit Erdle/ Werner Konitzer/ Irene Aue-Ben-David, *Theorien über Judenhass – eine Denkgeschichte. Kommentierte Quellenedition (1781-1931)*, Frankfurt/ New York (Campus Verlag) 2015 ; Peter Schäfer, *Judenhass und Judenfurcht. Judeophobia. Die Entstehung des Antisemitismus in der Antike*, Berlin (Verlag der Weltreligionen) 2010 ; Wolfgang Gerlach/ Ludger Heid/ Christina von Braun (éds.), *Der ewige Judenhass : christlicher Antijudaismus, deutschnationale Judenfeindlichkeit, rassistischer Antisemitismus*, Berlin (philo) 2000.

¹⁸⁹ Article 19, Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité, avril 2009, [<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2009/04/Camden-Principles-FRENCH-web.pdf>] (07.07.2020). Les principes, initiés par l'ONG Article 19 ont été repris p.ex. dans les travaux de l'OSCE [<https://www.osce.org/fom/68769?download=true>] (04.10.2020) et dans le Plan de Rabat de OHCHR, 2012, [<https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>].

¹⁹⁰ Idem, principe 12.

« uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur. La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer. »¹⁹¹

- 97 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) qualifie les crimes de haine aussi comme une forme de discrimination. Des crimes avec une intention raciste ne constituent pas seulement une violation du droit à la vie ou de l'intégrité physique et psychique, protégées par les art. 2 CEDH, 3 CEDH et 8 CEDH, mais sont aussi contraires à l'interdiction des discriminations (art. 14 CEDH).¹⁹² La Cour adopte par ailleurs la même approche pour une autre forme de violence liée à un critère de discrimination protégé, celui du genre,¹⁹³ ce qui correspond aussi à l'interprétation de la discrimination faite par le Comité CEDEF.¹⁹⁴
- 98 Une mention explicite de la discrimination figure à l'art. 20 Pacte ONU II, en vertu duquel les Etats doivent interdire par la loi « [t]out appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ». Cette disposition est par ailleurs un exemple d'une interprétation large du terme « haine », vu que l'appel à la haine englobe l'incitation à la discrimination et à l'hostilité. Dans son commentaire du Pacte ONU II, Manfred Nowak se montre toutefois critique de la mention explicite du mot « discrimination », qualifiant l'ajout de ce mot aux cours de travaux d' « inexplicable »¹⁹⁵ au motif mentionné précédemment, selon lequel l'appel à la haine et à la discrimination sont étroitement liés : « It is most difficult to conceive of an advocacy of national, racial or religious hatred that does not simultaneously incite to discrimination. »¹⁹⁶ L'usage large du terme « haine » dans l'art. 20 par. 2 Pacte ONU II, et la critique véhiculée par Nowak, fournit des éléments à l'appui d'une interprétation englobante du terme « haine » figurant dans la définition opérationnelle.
- 99 Sous l'angle de l'exigence de clarté définitionnelle, et à des fins pédagogiques, il aurait tout de même été judicieux d'inclure au moins l'hostilité et la discrimination explicitement comme une forme de manifestation de l'antisémitisme,¹⁹⁷ en s'alignant sur la terminologie utilisée à l'art. 20 Pacte ONU II.

¹⁹¹ Voir p.ex. ATF 145 I 73 c. 5.1. ; ATF 143 I 129 c. 2.3.1.

¹⁹² Cf. CourEDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, n° 43577/98 ; CourEDH, *Burlya et autres c. Ukraine* du 6 novembre 2018, n° 3289/10.

¹⁹³ Cf. CourEDH, *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, n° 33401/02 ; CourEDH, *Volodina c. Russie* du 9 juillet 2019, n° 41261/17.

¹⁹⁴ Comité CEDEF, Recommandation générale n° 19 sur la violence à l'égard des femmes, 1992 ; Comité CEDEF, Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n° 19, 26 juillet 2017, CEDAW/C/GC/35.

¹⁹⁵ Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2005, ad Art. 20 PIDCP, n. 14.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ D'autres formes d'expression peuvent bien entendu entrer en ligne de compte, notamment la peur, comme le montre le terme fréquent de « judéophobie ». Concernant la discrimination, il est intéressant de relever que la définition opérationnelle la plus récente élaborée de l'IHRA – celle sur l'antitsigansime et la discrimination contre les Roms – donne une place importante à la discrimination, la mentionnant dans le titre même et dans le corps de la définition de base

Ces ajouts auraient aussi le mérite de clarifier que l'antisémitisme peut s'exprimer sous le couvert de propos rationnels ou pseudo-scientifiques,¹⁹⁸ qui n'appellent pas à des émotions intenses.

Enfin, le recours à la forme potestative (« peut s'exprimer ») dans la deuxième partie de la première phrase de la définition opérationnelle peut à notre sens aussi être interprété dans le sens que l'antisémitisme peut s'exprimer par la haine, ou ne pas s'exprimer, en tout cas pas de façon facilement détectable. En d'autres termes, la manifestation de la conception négative des Juifs n'est pas un élément constitutif de l'antisémitisme. Cette interprétation a le mérite de mettre en exergue que l'antisémitisme, comme le racisme et d'autres idéologies ou pensées, peut se limiter au for intérieur sans s'exprimer nécessairement dans des paroles ou des actes concrets, clairement attribuables à un individu particulier. Ainsi compris, l'antisémitisme englobe aussi des attitudes latentes, et souvent inconscientes dans la société. Elles peuvent se traduire dans des discriminations structurelles¹⁹⁹ et forment un terrain propice à la recrudescence et à ce que l'antisémitisme se manifeste dans certaines circonstances avec une violence inattendue. Selon cette interprétation, l'élément clef de l'antisémitisme est dès lors contenu dans la première partie de la première phrase, qualifiant l'antisémitisme d'une « certaine perception des Juifs ». La deuxième partie de la phrase clarifie que l'antisémitisme peut – mais ne doit pas forcément – s'exprimer.

En conclusion, pour aboutir à une compréhension englobante de l'antisémitisme, en phase avec des définitions plus courantes, il faudrait interpréter la première phrase de la définition comme suit : l'antisémitisme est une perception (comprise dans le sens d'attitude, d'idées, de conception), hostile à l'égard des Juifs. Cette perception peut rester confinée au for intérieur, notamment sous forme de biais inconscients, mais elle peut aussi se manifester de façon diffuse, sous forme de discrimination structurelle, ou plus ouvertement, sous forme de haine, d'hostilité, ou de discrimination à l'égard des personnes juives. Ces différentes formes de manifestations de l'antisémitisme résultent soit de la compréhension selon laquelle la haine désigne seulement une des formes possibles de l'expression de l'antisémitisme, soit d'une interprétation large du terme « haine ».

La seconde phrase : « Les manifestations rhétoriques et physiques de l'antisémitisme visent des individus juifs ou non et/ou leurs biens, des institutions communautaires et des lieux de culte »

La seconde phrase de la définition se situe dans le prolongement de première. Elle reprend la question des différentes manifestations de l'antisémitisme et apporte des précisions sur les moyens par lesquels l'antisémitisme peut s'exprimer, en se référant aux « manifestations rhétoriques et physiques », et

[<https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-antigypsyism-anti-roma-discrimination>] (06.11.2020).

¹⁹⁸ Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 12.

¹⁹⁹ La discrimination structurelle est liée au racisme structurel, consistant en des règles, pratiques structurelles et une culture organisationnelle excluantes, qui privilégient les membres du groupe propre par rapport aux groupes cibles de racisme (cf. Naguib (2014) (supra note de bas de page n° 37), pp. 14 s.). A noter que la définition de la discrimination l'antitsiganisme et de la discrimination contre les Roms, adoptée par l'IHRA le 8 octobre 2020

[<https://www.holocaustremembrance.com/resources/working-definitions-charters/working-definition-antigypsyism-anti-roma-discrimination>] (06.11.2020), est plus englobante. Elle ne se réfère pas seulement à des manifestations physiques et verbales individuelles, mais aussi à des pratiques et politiques institutionnelles excluantes (« institutional policies and practices of marginalization, exclusion »).

explicite les cibles contre lesquels ces manifestations sont dirigées, à savoir les « personnes juives ou non-juives et/ou leur propriété », « les institutions de la communauté juive ou les lieux religieux ».

- 103 A la lecture de la deuxième phrase, il n'est pas clair si la mention de deux formes de manifestations (« rhétoriques » et « physiques ») est exhaustive ou exemplative. L'indication de ces deux formes répond à l'objectif poursuivi par les auteurs et auteures – créer un outil pratique pour la collecte des données antisémites. A la lumière de cet objectif, d'autres manifestations possibles de l'antisémitisme – sous forme plus diffuse et plus difficilement identifiable (antisémitisme structurel) – paraissent secondaires. L'interprétation selon laquelle la mention des deux formes de manifestation est exemplative et non exhaustive a le mérite de rendre la définition plus englobante et renforce l'interprétation large de la deuxième partie de la première phrase (« peut se manifester par une haine à leur égard »).
- 104 Les deux formes des manifestations explicitement mentionnées – « physiques » et « rhétoriques » – nécessitent aussi quelques développements.
- 105 Le terme « rhétorique », désignant communément un « [e]nsemble de procédés constituant l'art du bien-dire, de l'éloquence »²⁰⁰ doit être compris comme synonyme de « verbal ». Ce dernier terme doit à son tour être interprété dans un sens large, désignant toute expression antisémite, peu importe la forme, le support ou le canal de diffusion utilisé. L'antisémitisme peut dès lors s'exprimer par la parole ou par écrit, sous forme d'images, de gestes (p.ex. le salut hitlérien) ou de symboles (p.ex. le port d'un pin's avec la swastique).²⁰¹ L'élément essentiel est, dans le cas de moyens de communication non verbaux, que leur utilisation soit destinée à communiquer un message (en l'espèce d'hostilité à l'égard des Juifs et Juives) et puisse être compris comme tel par leur(s) destinataire(s).²⁰²
- 106 Le terme « physique » désigne selon le sens ordinaire du mot ce qui a trait au corps humain et est souvent utilisé par opposition au terme « psychique » ou « mental », par exemple « santé physique », ou « effort physique ».²⁰³ Une manifestation physique de l'antisémitisme évoque dès lors une association à un comportement humain impliquant un mouvement du corps, un effort physique, comme des actes de violence (« hate crimes »). Une telle interprétation serait trop restrictive, dans la mesure où elle exclurait d'autres formes importantes par lesquelles l'antisémitisme peut se manifester, comme par exemple des actes juridiques, des comportements ou des pratiques discriminatoires. Pour englober ce type d'actes, deux pistes complémentaires nous semblent ouvertes. On peut tout d'abord considérer que les deux formes de manifestation de l'antisémitisme (manifestations rhétoriques et physiques) ne sont pas exhaustives mais exemplatives, d'autres formes de manifestation n'étant pas exclues. Ensuite, une

²⁰⁰ [<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/rhetorique/69242?q=rhetorique#68497>] (07.07.2020).

²⁰¹ Voir Comité CERD Recommandation générale n° 35 sur la lutte contre les discours de haine raciale, 26 septembre 2013, CERD/C/GC/35, par. 7 ; voir aussi à titre de comparaison l'interprétation large des libertés de communication, p.ex. Comité des droits de l'homme, Observation générale 34 : Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, par. 12 : « Le paragraphe 2 protège toutes les formes d'expression et les moyens de les diffuser. Il peut s'agir de l'expression orale et écrite et de la langue des signes, et de l'expression non verbale, comme les images et les objets d'art. Les moyens d'expression englobent les livres, les journaux, les tracts, les affiches, les banderoles, les vêtements et les mémoires judiciaires. Sont visées aussi toutes les formes de médias audiovisuels ainsi que les modes d'expression électroniques et l'Internet. »

²⁰² Maya Hertig Randall, ad Art. 16 Cst., in : Bernhard Waldmann/ Eva Maria Belser/ Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015, n. 12.

²⁰³ Voir la définition du Larousse sur [<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/physique/60630>] (07.07.2020).

interprétation plus large du terme « physiques » serait envisageable. Une telle interprétation partirait de l'idée que le terme « physique » est utilisé par opposition au terme « rhétorique » et pour marquer la distinction commune dans la littérature sur les libertés de communication, quoique parfois ténue, entre paroles et actes (« speech and conduct »).²⁰⁴ Selon une telle interprétation, le terme « manifestations physiques » engloberait toute forme d'actes (y compris d'actes juridiques, comme les termes discriminatoires d'un contrat) et de comportement hostile (agressions, atteintes à l'intégrité physique, à la liberté, actes d'intimidation, harcèlement, refus de servir, destruction ou dégradation d'une chose, ou profanation d'un lieu de culte).

²⁰⁴ Voir p.ex. Frederick Schauer, On the Distinction Between Speech and Action, *Emory Law Journal* [En ligne], vol. 65, 2015, pp. 427-453 ; Aviva Wertheimer, The First Amendment Distinction Between Conduct and Content: A Conceptual Framework for Understanding Fighting Words Jurisprudence, *Fordham Law Review*, vol. 63, n° 3, 1994, pp. 793-851.

- 107 Concernant les cibles des manifestations verbales ou physiques d'hostilité, ils incluent tant des « personnes juives ou non-juives », que des choses, à savoir la propriété de personnes juives ou non juives », « les institutions de la communauté juive ou les lieux religieux ».
- 108 La précision que les cibles de l'antisémitisme peuvent être des personnes ou la propriété de personnes tant juives que *non-juives* nécessite quelques développements. Pour le lecteur et la lectrice non initiée à la thématique du racisme, de l'antisémitisme et de la discrimination, cette formulation peut soulever des interrogations. En effet, des attitudes ou des comportements hostiles ne sont pas problématiques parce que la cible est une personne juive, mais parce que la cible est visée *en raison* de sa qualité de personne juive, une nuance qui ne ressort pas clairement du texte de la définition.²⁰⁵ Cette qualité peut être réelle ou supposée. Une personne non-juive, qui est à tort considérée comme une personne juive, peut donc être victime d'antisémitisme. Une personne non-juive ou sa propriété peut aussi être victime d'antisémitisme dans une autre constellation : celle où elle est prise comme cible en raison de ses liens, réels ou supposés, qui l'unissent avec des personnes ou institutions juives (discrimination dite par association²⁰⁶). A titre d'exemple, un acte d'agression dirigé contre le ou la partenaire d'une personne juive en vue de la punir pour entretenir des liens avec une personne juive constitue un crime à motivation antisémite.²⁰⁷
- 109 Concernant « les institutions de la communauté juive ou les lieux religieux », ceux-ci se réfèrent à des institutions qui sont souvent la cible d'actes antisémites, et comprennent par exemple des synagogues, cimetières, locaux d'associations culturelles ou luttant contre l'antisémitisme. A noter que l'Etat d'Israël n'est pas spécifiquement mentionné comme une des cibles. Cette omission semble volontaire, étant donné que les négociations avaient abouti à une solution de compromis, consistant à exclure toute référence à l'Etat d'Israël de la définition de base.

D. Exemples

- 110 La présente section analysera de façon plus approfondie les 11 exemples accompagnant la définition opérationnelle, en distinguant les exemples sans lien prépondérant avec l'Etat d'Israël (ch. 2), et ceux, plus contemporains et plus controversés, qui présentent un lien prépondérant avec Israël (ch. 3). Auparavant, quelques réflexions sur la portée des exemples et leur rapport avec la définition opérationnelle s'imposent (ch. 1).

²⁰⁵ Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 11.

²⁰⁶ Pour un exemple jurisprudentiel, voir CJUE, *Coleman c. Attridge Law and Steve Law* du 17 juillet 2008, aff. C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

²⁰⁷ Voir CourEDH *Škorjanec c. Croatie* du 28 mars 2017, n° 25536/14, par. 56-66 : « De même, il y a lieu de rappeler que l'obligation qui incombe aux autorités en vertu de la Convention de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence vaut non seulement pour les actes de violence motivés par la situation ou les caractéristiques personnelles réelles ou perçues de la victime, mais aussi pour ceux motivés par les liens ou les attaches réels ou supposés de la victime avec une autre personne dont on sait ou présume qu'elle est dans une situation particulière ou qu'elle présente une caractéristique protégée (...). En effet, certaines victimes de délits de haine sont visées non pas parce qu'elles possèdent une caractéristique particulière, mais en raison de leurs liens avec une personne dont on sait ou présume qu'elle présente cette caractéristique, par exemple du fait de l'appartenance de la victime à un certain groupe ou de leurs liens avec ce groupe, ou bien de leurs attaches réelles ou supposées avec un membre d'un certain groupe, découlant notamment d'une relation personnelle, de l'amitié ou du mariage. »

1. Portée des exemples

La liste d'exemples est précédée par la phrase suivante : « Parmi les exemples *contemporains* d'antisémitisme dans la vie publique, les médias, les écoles, le lieu de travail et la sphère religieuse, on *peut* citer, en fonction du *contexte* et de façon *non exhaustive* ». ²⁰⁸ De cette phrase ressortent plusieurs précisions importantes :

Tout d'abord, la liste se veut exemplative et non exhaustive. Des états de fait non mentionnés à titre d'exemple peuvent donc aussi constituer des formes d'antisémitisme, dans la mesure où ils remplissent les différents éléments constitutifs de la définition de base.

Ensuite, la précision selon laquelle les exemples se réfèrent à des formes « **contemporaines** » d'antisémitisme confirme le caractère non exhaustif de la liste. Elle tient compte du fait que l'antisémitisme est un phénomène évolutif dont les expressions peuvent varier à travers le temps. Il est donc important que la définition ne s'épuise pas dans les exemples donnés actuellement mais puisse aussi recouvrir des formes de manifestations de l'antisémitisme qui feront apparence à l'avenir.

Enfin, le recours au verbe « **peut** » laisse entendre que les exemples mentionnés peuvent constituer, mais ne constituent pas nécessairement une forme d'antisémitisme, ce qui ressort plus clairement de la version anglaise du texte : « Contemporary examples of antisemitism in public life, the media, schools, the workplace, and in the religious sphere *could*, taking into account the overall context, *include*, but are not limited to ». La qualification d'un état de fait correspondant à un des exemples mentionnés dépend du contexte, une autre précision importante figurant dans la phrase. Le contexte, tel que mentionné dans le texte analysé, est compris dans un sens large (« *overall context* »), nécessitant de prendre en compte notamment le contexte historique (ce que laisse déjà entendre le terme « contemporain »), social, politique, juridique ou géographique, l'appréciation se voulant globale.

L'usage de la forme potestative, et l'importance accordée au contexte, s'opposent à l'utilisation de la liste d'exemples comme inventaire d'actes et de discours *ipso facto* antisémites. Un recours mécanique aux exemples comme une sorte de check-list, appréhendé par certaines critiques (supra n. 26), serait un mauvais usage de la définition qui ignorerait les cautions prévues dans le texte même. Pour réduire le risque d'un tel usage à mauvais escient, qui séduit par la simplicité de la démarche (« tick the box »), la formation des personnes censées appliquer la définition semble indiquée, eu égard aussi au fait qu'une approche contextuelle est une démarche exigeante.

La nécessité d'adopter une approche contextuelle pour comprendre des actes ou paroles antisémites, et plus généralement, racistes, est reconnue par la jurisprudence, en particulier celle de la CourEDH. Appelée à statuer sur des affaires portant sur des propos haineux ou la négation de génocide, la Cour indique aborder « ce type d'affaires en tenant éminemment compte du contexte ». ²⁰⁹ Cette approche implique de prendre en considération toute une série de différents facteurs, « la conjonction de ces différents facteurs plutôt que l'un d'eux pris isolément » étant déterminante pour l'issue du litige. ²¹⁰ Font partie de ces facteurs le contenu des propos, la Cour se montrant « particulièrement sensible aux

²⁰⁸ Mise en exergue par les auteures.

²⁰⁹ CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, n° 27510/08, par. 208.

²¹⁰ Ibid.

propos catégoriques attaquant ou dénigrant des groupes tout entiers, qu'ils soient ethniques, religieux ou autres » ;²¹¹ la « manière dont les propos ont été formulés et de leur capacité – directe ou indirecte – à nuire ».²¹² Ce dernier facteur dépend à son tour de toute une série d'éléments, notamment, du contexte politique ou social, les mêmes propos pouvant avoir une incidence différente selon que le contexte est tendu ou non ;²¹³ le canal de diffusion choisi, pouvant atteindre un public différent, plus ou moins réceptifs ou critiques, et un nombre plus ou moins élevé de personnes ; le contexte immédiat des propos (notamment la question de savoir s'ils sont tenus de manière spontanée, dans un contexte de débat télévisé pluraliste par exemple, où ils peuvent être relativisés par d'autres participantes et participants à la discussion, ou dans un contexte de campagne politique²¹⁴). A noter que ce dernier critère peut faire pencher la balance tant en faveur qu'en défaveur de la liberté d'expression. D'un côté, les discours politiques sont au cœur de la liberté d'expression (infra n. 136 ss), ce qui milite en faveur d'un niveau de protection élevé, de l'autre côté, des propos largement diffusés d'un politicien ou d'une politicienne connue peuvent avoir un impact beaucoup plus préjudiciable que les paroles d'une personne peu connue. L'identité de l'auteur ou l'auteure des propos est donc aussi un élément à prendre en compte²¹⁵. Des propos peuvent aussi avoir un sens et un effet différent selon qu'ils s'inscrivent dans un contexte académique, artistique ou humoristique (carnaval).²¹⁶ Dans les deux derniers cas, le recours à l'exagération et à la provocation est plus facilement tolérable que dans d'autres contextes, sans pour autant offrir un blanc-seing à des propos racistes ou antisémites.²¹⁷ Pour finir, le contexte historique et géographique est aussi pertinent.²¹⁸

- 117 Une approche contextuelle est aussi préconisée par le Comité CERD²¹⁹ et dans des travaux d'experts et expertes menés dans l'enceinte onusienne. Le Plan d'action de Rabat souligne l'importance d'une approche contextuelle dans les termes suivants :

²¹¹ Idem, par. 206.

²¹² Idem, par. 207.

²¹³ Idem, par. 205.

²¹⁴ Pour les facteurs mentionnés, voir les nombreuses références jurisprudentielles mentionnées dans CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, n° 27510/08, par. 206 s.

²¹⁵ Voir à titre d'exemple les arrêts CourEDH, *Willem c. France* du 16 juillet 2009, n°10883/05, et *Baldassi et autres c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16 concernant des appels au boycott de produits israéliens. La Cour a retenu une violation de la liberté d'expression dans la seconde affaire mais non dans la première. Pour distinguer les deux affaires, elle a accordé un poids considérable au fait que les appels provenaient de requérants dont « le statut, la qualité et la fonction (...) ne sont pas les mêmes, la Cour ayant accordé du poids au fait que le requérant Willem avait agi en sa qualité de maire » alors que les requérants dans l'affaire Baldassi étaient des citoyens militants. En tant que maire, M. Willem « avait ainsi une capacité d'influence supérieure » et se devait, en vertu de sa « responsabilité à l'égard de l'ensemble de ses administrés (...) garder un certain niveau de neutralité (...) ». » (*Baldassi c. France*, par. 48).

²¹⁶ Voir mutatis mutandis, l'évaluation différente faite de propos attentatoires à l'honneur selon qu'ils sont publiés dans un journal (CourEDH (déc.), *Costa Moreira c. Portugal* du 22 septembre 2009, n° 20156/08) ou s'il s'agit d'une présentation satirique à un cortège de carnaval (CourEDH, *Alves Da Silva c. Portugal* du 20 octobre 2009, n° 41665/07).

²¹⁷ CourEDH (déc.), *M'Bala M'Bala c. France* du 20 octobre 2015, n° 25239/13, par. 40, relevant « qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte ».

²¹⁸ CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, n° 27510/08, par. 207, 242 ss.

²¹⁹ Comité CERD, Recommandation générale n° 35 sur la lutte contre les discours de haine raciale, 26 septembre 2013, CERD/C/GC/35, par. 15 s.

« [L]e contexte est très important pour évaluer le degré de certains discours d'incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence envers un groupe visé. Le contexte peut avoir une incidence directe sur l'intention et/ou la causalité. L'analyse du contexte devrait situer l'acte verbal dans les contextes sociaux et politiques qui existent au moment où l'acte verbal a été émis et propagé. »²²⁰

Il préconise de tenir compte, en plus du contexte social et politique, des facteurs suivants :

118

- le rôle ou le statut de l'orateur au sein de la société, en particulier la position de cette personne ou de son organisation dans le contexte de l'auditoire auquel s'adresse le discours ;²²¹
- l'intention de l'auteur des propos, qui doit être déterminée aussi en fonction d'une « relation triangulaire entre le sujet du discours, l'objet du discours et l'audience » ;²²²
- le contenu ou la forme des propos, notamment le degré de provocation, le style, la nature des arguments utilisés, et l'équilibre entre eux ;²²³
- l'ampleur du discours, comprenant des aspects tels que la portée, la nature juridique, la taille de l'audience, les moyens et la fréquence de la diffusion;²²⁴
- La probabilité, y compris l'imminence du préjudice pouvant résulter des propos.²²⁵

Le Comité CERD prévoit une série de facteurs semblables, à savoir le contenu et la forme du discours, le climat économique, social et politique, la position et le statut de l'orateur, la portée du discours (nature de l'audience mode de transmission), les objectifs du discours, et le risque imminent ou la probabilité d'un préjudice résultant des propos tenus.²²⁶

119

En résumé, le contexte joue un rôle important pour la qualification de certains propos de « discours de haine ». Ce fait doit être pris en compte lors de l'analyse des différents exemples figurant sur la liste exemplative accompagnant la définition de l'antisémitisme. L'importance du contexte varie en fonction des exemples. Certains exemples recouvrent des états de fait qui seront dans une très grande majorité de cas constitutifs d'antisémitisme, de sorte que leur application ne nécessitera rarement des analyses contextuelles exigeantes. Pour d'autres exemples, en particulier ceux liés au « nouvel antisémitisme », l'analyse du contexte revêt toute son importance.

120

Aux fins d'une analyse plus approfondie, les exemples seront classés en deux groupes, selon qu'ils présentent ou non un lien prépondérant à l'Etat d'Israël. Le critère du « lien prépondérant » s'explique par le fait que certains exemples sont difficiles à classer, et seront donc rangés dans l'une ou l'autre catégorie selon l'importance accordée à l'Etat d'Israël dans les états de fait mentionnés dans un exemple (voir l'exemple 5). Cette approche a aussi le mérite conduire à une classification qui reprend largement la distinction entre antisémitisme classique et « nouvel » antisémitisme. Elle correspond à la

121

²²⁰ OHCHR, Plan d'action de Rabat, 2012, [<https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>], par. 29 let. a.

²²¹ Idem, par. 29 .let. b.

²²² Idem, par. 29 let c.

²²³ Idem, par. 29.let. d.

²²⁴ Idem, par. 29 let. e.

²²⁵ Idem, par. 29 let. f.

²²⁶ Comité CERD, Recommandation générale n° 35 sur la lutte contre les discours de haine raciale, 26 septembre 2013, CERD/C/GC/35, par. 14 s.

classification des exemples opérée dans la version de la définition opérationnelle élaborée par l'EUMC (Annexe 1), et remaniée au cours des négociations dans l'enceinte de l'IHRA (supra n. 6).

2. Exemples sans lien prépondérant avec Israël

Exemple 1 : l'appel au meurtre ou à l'agression de Juifs, la participation à ces agissements ou leur justification au nom d'une idéologie radicale ou d'une vision extrémiste de la religion

122 Cet exemple illustre très clairement les comportements antisémites décrits dans la définition, à savoir des paroles et des actes dirigés contre des personnes juives en raison de leur appartenance réelle ou supposée au collectif des Juifs, et motivés par la haine. Il en mentionne les manifestations les plus flagrantes, consistant en l'incitation à des actes de violence dirigés contre des biens juridiques les plus fondamentaux – la vie et l'intégrité physique –, et le fait de participer à de tels actes. La motivation haineuse de ces actes est explicitée par la mention que ces agissements ont un fondement raciste, extrémiste ou religieux. A part d'être clairement couvert par la définition opérationnelle de base, cet exemple mentionne des agissements que les Etats ont l'obligation d'ériger en infraction pénale, et de poursuivre de manière effective, que ce soit en application des dispositions générales protégeant la vie et l'intégrité physique et consacrant le principe de non-discrimination,²²⁷ ou en vertu des dispositions ou conventions spécifiques dont font partie l'art. 20 par. 2 Pacte ONU II et la CERD. En effet, les faits décrits par l'exemple correspondent clairement à l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse constitutive d'une incitation à la violence au sens de l'art. 20 par. 2 Pacte ONU II et à la définition de discrimination raciale de l'art. 1 CERD, vu qu'il s'agit d'une forme extrême d'exclusion fondée sur un motif raciste qui a pour but ou pour effet de compromettre la jouissance et l'exercice des droits fondamentaux par les personnes juives.

123 La justification d'actes de haine, aussi mentionnée dans l'exemple, peut être considérée comme une forme indirecte d'incitation. Dans cet esprit, l'art. 4 CERD prévoit que les Etats parties condamnent toute propagande qui prétend justifier ou encourager toute forme de haine et de discriminations raciales.

Exemple 2 : la production d'affirmations fallacieuses, déshumanisantes, diabolisantes ou stéréotypées sur les Juifs ou le pouvoir des Juifs en tant que collectif comme notamment, mais pas uniquement, le mythe d'un complot juif ou d'un contrôle des médias, de l'économie, des pouvoirs publics ou d'autres institutions par les Juifs

124 A l'instar du premier exemple, le deuxième ne prête pas non plus le flanc à la critique. Il a le mérite de mettre en exergue l'importance des préjugés et des stéréotypes dans la construction de l'antisémitisme, et de donner quelques exemples sur des stéréotypes les plus fréquents, illustratifs de l'idéologie de supériorisation caractérisant l'antisémitisme (supra n. 20) (complot juif, les personnes juives comme un groupe social oppressif et menaçant de par sa prétendue position de contrôle et de détention du pouvoir), ce que la définition de base omet de faire.

Exemple 3 : le reproche fait au peuple juif dans son ensemble d'être responsable d'actes, réels ou imaginaires, commis par un seul individu ou groupe juif, ou même d'actes commis par des personnes non juives

125 Le troisième exemple se situe dans le prolongement du second, reprenant le stéréotype des Juifs comme un groupe qui présente un danger pour la société, à qui on attribue toute sorte de méfaits et qui on rend

²²⁷ Voir les arrêts cités supra note de bas de page n° 191.

responsable pour toute sorte d'actes réels ou inventés, qui sont préjudiciables ou répréhensibles. Ces derniers termes ne sont pas spécifiquement mentionnés dans l'exemple, qui se contente de mentionner des actes, sans les qualifier, mais lu dans son contexte, il semble évident que les actes évoqués sont de nature préjudiciable ou répréhensible, voire criminels. La version anglaise, de même que la traduction allemande, le font ressortir clairement, utilisant les termes de « wrongdoing » et « Fehlverhalten » au lieu du terme « actes ».

L'affaire *Pavel Ivanov c. Russie*,²²⁸ décidée par la CourEDH, est un exemple illustratif de cette sorte d'antisémitisme, et de son caractère inacceptable. Dans cette affaire, le requérant contestait sa condamnation pénale pour incitation à la haine raciale, nationale et religieuse à la lumière de la liberté d'expression. La Cour a relevé que le requérant était l'auteur d'une série d'articles « décrivant les juifs comme la source du mal en Russie » et qu'il avait « accusé l'intégralité d'un groupe ethnique de fomenter un complot contre le peuple russe et a attribué aux membres influents de la communauté juive une idéologie fasciste ». Elle a souligné « la teneur fortement antisémite des opinions du requérant », ses écrits ayant eu pour objectif de faire haïr les Juifs. Dans les paroles de la Cour, « [u]ne attaque aussi générale et véhémement contre un groupe ethnique particulier est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention ». Elle conclut que l'invocation de la liberté d'expression était abusive (art. 17 CEDH) et que les propos en question n'étaient dès lors pas protégés par la liberté d'expression.²²⁹ 126

Exemple 4 : la négation des faits, de l'ampleur, des procédés (comme les chambres à gaz) ou du caractère intentionnel du génocide du peuple juif perpétré par l'Allemagne nationale-socialiste et ses soutiens et complices pendant la Seconde Guerre mondiale (l'Holocauste)

Exemple 5 : le reproche fait au peuple juif ou à l'État d'Israël d'avoir inventé ou d'exagérer l'Holocauste

Les exemples 4 et 5 seront analysés conjointement, étant donné qu'ils portent les deux sur le négationnisme. Celui-ci comprend tant le négationnisme simple que le négationnisme qualifié. La première forme de négationnisme (exemple 4) décrit le fait de nier ou minimiser les faits du génocide juif (et aussi celui, pas mentionné dans l'exemple, de les justifier), et le fait de nier leur gravité, en prétendant que l'extermination du peuple juif n'était pas intentionnelle et ne remplit donc pas un élément central de la définition du crime du génocide.²³⁰ La seconde forme de négationnisme (exemple 5) – le négationnisme dit qualifié – ne se contente pas de nier, de minimiser ou de justifier le génocide mais jette le blâme sur les Juifs en leur reprochant d'avoir inventé ou exagéré l'Holocauste, et ceci, comme le précise la définition de l'IHRA du négationnisme, « à des fins politiques ou financières, comme s'[il] était le résultat d'une conspiration fomentée par les Juifs ».²³¹ 127

Le négationnisme simple véhicule, de manière implicite, souvent le même reproche. Alimenté par des stéréotypes antijuifs, il est une stratégie employée pour légitimer l'idéologie nazi et de prôner sa 128

²²⁸ CourEDH (déc.), *Pavel Ivanov c. Russie* du 20 février 2007, n° 35222/04.

²²⁹ Idem, par. 1.

²³⁰ Voir l'art. 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide du 9 décembre 1948, RS 0.311.11, définissant le génocide comme « l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux (...) ».

²³¹ IHRA, Définition pratique de la négation et de la distorsion de l'Holocauste, [<https://www.holocaustremembrance.com/fr/resources/working-definitions-charters/definition-pratique-de-la-negation-et-de-la-distorsion-de>] (07.07.2020).

réhabilitation. La CourEDH interprète les propos qui nient l'Holocauste systématiquement dans ce sens,²³² alors qu'elle se montre plus exigeante quand il s'agit de la négation d'autres génocides.²³³ Dans la décision *Garaudy c. France*, par exemple, concernant la publication d'un ouvrage négationniste, elle a relevé que

« le requérant remet en cause la réalité, l'ampleur, et la gravité de ces faits historiques qui ne font pourtant pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis. Il apparaît (...) que loin de se limiter à une critique politique ou idéologique du sionisme et des agissements de l'Etat d'Israël, ou même de procéder à un exposé objectif des thèses négationnistes (...) et de réclamer seulement, comme il le prétend, « un débat public et scientifique » sur l'événement historique des chambres à gaz, le requérant a fait siennes ces thèses et procède en fait à une remise en cause systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive. Or, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, (...) ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention. »²³⁴

- 129 Une approche contextuelle laisse la porte ouverte à des exceptions, ce qui permet de tenir compte par exemple du cas de figure, probablement plutôt hypothétique, où l'auteur ou l'auteure des propos négationnistes agirait par pure ignorance et sans aucun mobile raciste.
- 130 Un trait distinctif de l'exemple 5 est de mentionner, en plus du peuple juif comme auteur de la fabrication du mythe de l'Holocauste, aussi l'Etat d'Israël. S'inscrivant dans le contexte de propos négationnistes, la notion d'Etat d'Israël au lieu du peuple juif peut très probablement être comprise comme un synonyme du collectif des Juifs, et ne change pas fondamentalement le message antisémite des propos.

Exemple 6 : le reproche fait aux citoyens juifs de servir davantage Israël ou les priorités supposés des Juifs à l'échelle mondiale que les intérêts de leur propre pays

- 131 Cet exemple reprend aussi un stéréotype classique qui alimente l'antisémitisme, celui du manque de loyauté des Juifs (vivant en diaspora) à l'égard de leur propre pays, ce qui fait d'eux des « mauvais

²³² Pour un aperçu et de nombreuses références à la jurisprudence de la Cour et de la Commission, cf. CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, n° 27510/08, par. 209-212 ; à noter que le Comité de droits de l'homme se montre un peu plus exigeant que la CourEDH, en accordant une plus grande importance au contexte pour conclure que des propos négationnistes sont constitutifs d'antisémitisme et de racisme. Voir Comité des droits de l'homme, *Faurisson c. France* du 2 janvier 1993, n° 550/1993, par 9.6.

²³³ Voir l'approche de la Cour dans CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, n° 27510/08.

²³⁴ CourEDH (déc.), *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, n° 65831/01, souligné par les auteures. Voir également, les affaires plus récentes CourEDH *Pastörs c. Allemagne*, du 3 octobre 2019 n° 55225/14 et CourEDH (déc.) *Williamson c. Allemagne* du 8 janvier 2019 n° 64496/17.

citoyens », qui présentent une menace intérieure à leur Etat national.²³⁵ La référence aux « priorités supposés des Juifs à l'échelle mondiale » évoque les thèses conspirationnistes d'un complot juif mondial, qui est un élément central de l'antisémitisme. L'usage du pluriel (reproche fait « aux citoyens juifs ») montre à notre sens que l'exemple s'oppose à des généralisations, qui imputent à tous les membres du groupe des Juifs (réduits à un « lobby juif ») un comportement déloyal, et ne s'étend pas à une critique d'une action ou d'une politique concrète d'une personne juive ou d'un organisme défendant des intérêts ayant un lien par exemple avec l'Etat d'Israël.²³⁶ Pour départager les cas de critique légitime des cas de propos antisémites, le contexte sera important.

3. Exemples avec lien prépondérant à Israël

Comme l'aperçu des critiques les plus fréquentes de la définition opérationnelle et les débats entourant son adoption dans différents pays l'ont montré, les exemples liés au « nouvel » antisémitisme et la critique de l'Etat d'Israël sont controversés. Ces controverses sont reflétées dans le compromis atteint à Bucarest. La définition de base ne fait pas mention de la critique d'Israël, mais le texte explicatif précédant la liste d'exemple précise que « [l']antisémitisme peut se manifester par des attaques à l'encontre de l'État d'Israël lorsqu'il est perçu comme une collectivité juive ». Il indique par ailleurs que « critiquer Israël comme on critiquerait tout autre État ne peut pas être considéré comme de l'antisémitisme ».

Ce compromis n'a pas dissipé les critiques de la définition opérationnelle sous l'angle des libertés de communication. Les détracteurs de la définition craignent que celle-ci soit utilisée pour museler des critiques de la politique israélienne. La tension entre les libertés de communication, d'une part, et l'impératif de lutter contre le racisme et l'antisémitisme, d'autre part, mérite quelques réflexions.

Du point de vue de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, il est souhaitable d'arriver à une définition et/ou une énumération des actes et paroles racistes qui tient compte du contexte contemporain, et des stratégies de détournement, à savoir des stratégies discursives des milieux racistes ou antisémites, consistant à adapter leur discours ou le choix de la terminologie pour se prémunir contre des sanctions ou simplement contre le stigma véhiculé par la qualification de leurs propos de « racistes » ou « antisémites ». Des analystes linguistiques montrent, par exemple, que l'antisémitisme contemporain remplace des références aux Juifs avec d'autres notions qui véhiculent des vieux stéréotypes anti-juifs, comme les termes « Rothschild » ou « Finance Internationale »²³⁷. Dans le même ordre d'idées, le terme « Etat d'Israël » peut être utilisé pour désigner « le collectif des Juifs » et véhiculer ces mêmes

²³⁵ Rapport du rapporteur spécial de l'ONU, Ahmed Shaheed, sur la liberté de religion ou de conviction du 20 septembre 2019, A/74/358, [<https://undocs.org/fr/A/74/358>], par. 15.

²³⁶ Mais voir Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 14, estimant que le libellé de l'exemple est ambigu.

²³⁷ Monika Schwarz-Friesel, Aktueller Antisemitismus. Konzeptuelle und verbale Charakteristika, 7 septembre 2015, [<https://www.bpb.de/politik/extremismus/antisemitismus/211516/aktueller-antisemitismus>] (20.07.2020) ; Pierre Birnbaum, Tous les fantasmes sur l'antisémitisme peuvent renaître, 19 février 2019, [http://www.lavie.fr/actualite/societe/pierre-birnbaum-tous-les-fantasmes-sur-l-antisemitisme-peuvent-renaitre-19-02-2019-96476_7.php] (20.07.2020) ; Marie Poinso, « Un nouveau moment antisémite ? », Homme et migrations [En ligne], 2017, vol. 1317-1318, pp. 172-179, [<https://journals.openedition.org/hommesmigrations/3920>] (20.07.2020).

stéréotypes.²³⁸ Dans ce type de constellations, la qualification des propos d'antisémites semble justifiée (supra n. 22).

- 135 Du point de vue des libertés de communication, la libre discussion de sujets politiques, et le contrôle du pouvoir étatique, sont des préoccupations centrales. Exprimant cette préoccupation fondamentale, la liberté d'expression est considérée comme une condition essentielle de toute société libre et démocratique.²³⁹ Selon le célèbre *dictum* de la CourEDH, « elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' ». ²⁴⁰ Le fait que des opinions soient tendancieuses, excessives, comme c'est souvent le cas dans des affrontements politiques, ne justifie pas de les restreindre.
- 136 La fonction « démocratique » des libertés de communication conduit la jurisprudence à accorder un niveau de protection très élevé au discours politique au sens large, comprenant les discussions sur un sujet d'intérêt général.²⁴¹ Des restrictions doivent répondre à un besoin social impérieux et être strictement proportionnées,²⁴² et tenir compte du rôle de « chiens de garde » des médias et des acteurs de la société civile (ONG) dans une société démocratique.²⁴³ Dans le même ordre d'idées, les limites de la critique admissibles sont plus larges pour des membres du gouvernement,²⁴⁴ aussi bien que pour les personnalités politiques,²⁴⁵ qui doivent tolérer une bonne dose d'exagération et d'hyperbole. Ces principes s'appliquent aussi aux représentants et représentantes d'Etats étrangers. Des dispositions

²³⁸ Cf. Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 13 : « Antisemitismus kann Israel als Camouflage benutzen oder sich in Form antisemitischer Semantiken gegen den Staat Israel als 'kollektiven Juden' richten. »

²³⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale 34 : Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression du 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, par. 2 ; voir aussi, par. 13, relevant que l'existence d'une presse et d'autres moyens d'information libres « constitue l'une des pierres angulaires d'une société démocratique. Le Pacte prévoit un droit permettant aux médias de recevoir des informations qu'ils utilisent pour exercer leurs fonctions. La communication libre des informations et des idées concernant des questions publiques et politiques entre les citoyens, les candidats et les représentants élus est essentielle. Cela exige une presse et d'autres organes d'information libres, en mesure de commenter toute question publique sans censure ni restriction, et capables d'informer l'opinion publique. Le public a aussi le droit correspondant de recevoir des médias le produit de leur activité. » ; voir aussi par. 20 : « La communication libre des informations et des idées concernant des questions publiques et politiques entre les citoyens, les candidats et les représentants élus est essentielle. » Pour la CEDH, voir CourEDH (plénière), *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, n° 5493/72, par. 49).

Pour la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir ATF 96 I 586 c. 6, décrivant la liberté d'expression comme « fondement de tout Etat démocratique », méritant « une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la constitution et un traitement privilégié de la part des autorités ».

²⁴⁰ Voir CourEDH (plénière), *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, n° 5493/72, par. 49.

²⁴¹ Voir p.ex. CourEDH, *VgT Verein g. Tierfabriken c. Suisse* (n° 1) du 28 juin 2001, n° 24699/94, par. 70 s.

²⁴² Ibid., par. 67 ss.

²⁴³ Cf. Franz Zeller/ Regina Kiener, ad Art. 17 Cst., in : Bernhard Waldmann/ Eva Maria Belser/ Astrid Epiney (éds.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung, Bâle (Helbing & Lichtenhan)* 2015, n. 8 ; Maya Hertig Randall, ad Art. 16 Cst., in : Bernhard Waldmann/ Eva Maria Belser/ Astrid Epiney (éds.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung, Bâle (Helbing & Lichtenhan)* 2015, n. 45.

²⁴⁴ Voir p.ex. CourEDH, *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, n° 11798/85, par. 46.

²⁴⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, n° 9815/82, par. 42 ; ATF 128 IV 53 c. 1a.

pénales accordant une protection spécifique aux cheffes et chefs d'Etats étrangers contre des propos offensants ou attentatoires à l'honneur ne sont guère conciliables avec la liberté d'expression.²⁴⁶

Comme les libertés de communication ne servent pas uniquement des intérêts privés des émetteurs et émettrices ou des destinataires des idées et informations, mais aussi l'intérêt public consistant à préserver les conditions essentielles d'une société ouverte et démocratique, la jurisprudence se montre soucieuse du risque d'autocensure.²⁴⁷ Ce risque peut être dû à plusieurs facteurs.²⁴⁸ Tout d'abord, des bases légales limitant les libertés de communication qui sont formulées d'une façon excessivement vague rendent des sanctions difficilement prévisibles et peuvent induire un effet dissuasif au détriment de critiques et idées qui devraient pouvoir être articulées librement. Ensuite, l'effet dissuasif dépend aussi de la sanction prononcée, ou du risque d'une sanction, à l'égard de l'auteur ou l'auteure de certains propos. En particulier des sanctions pénales ont un grand potentiel dissuasif. La jurisprudence admet également que la menace d'une poursuite pénale ou d'une sanction²⁴⁹ – par exemple une menace de licenciement si la personne tient ou répète certains propos – peut avoir un effet dissuasif.

L'application de ces considérations générales à la définition opérationnelle conduit à un double constat : D'une part, même des critiques tendancieuses et exagérées des personnalités politiques ou des politiques israéliennes doivent pouvoir être exprimées librement, cela d'autant plus quand elles s'inscrivent dans un contexte politique extrêmement sensible comme celui du conflit israélo-palestinien. Ce point de vue ressort aussi de la jurisprudence de la CourEDH, qui trace une ligne de démarcation entre « critique politique ou idéologique du sionisme et des agissements de l'Etat d'Israël », qui est protégée par la liberté d'expression, et la « diffamation raciale » ou « l'incitation à la haine » (dans le cas d'espèce des propos négationnistes) qui ne relèvent pas de ladite liberté.²⁵⁰

D'autre part, le caractère vague de la définition peut, dépendant de l'usage qui en sera fait, créer un effet d'inhibition. Sous l'angle de la précision et de la prévisibilité, la cautèle selon laquelle « critiquer Israël comme on critiquerait tout autre État ne peut pas être considéré comme de l'antisémitisme », offre en raison de son caractère très indéterminé, peu de garanties pour exclure ou réduire le risque réel ou perçu pour la liberté d'expression. La précision selon laquelle « [l']antisémitisme peut se manifester par des attaques à l'encontre de l'État d'Israël lorsqu'il est perçu comme une collectivité juive », ²⁵¹ n'offre pas

²⁴⁶ CourEDH, *Colombani c. France* du 25 juin 2002, n° 51279/99, par. 59 ss.

²⁴⁷ Voir p.ex. Maya Hertig Randall, ad Art. 16 Cst., in : Bernhard Waldmann/ Eva Maria Belser/ Astrid Epiney (éds.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015, n. 40.

²⁴⁸ Voir *ibid.* pour un aperçu.

²⁴⁹ CourEDH, *Wille c. Liechtenstein* du 28 octobre 1999, n° 28396/95, par. 50.

²⁵⁰ Voir le passage cité, supra n. 128, de CourEDH (déc.), *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, n° 65831/01 ; voir aussi CourEDH, *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16 concernant des appels au boycott de produits israéliens par des citoyens militants. La Cour y relève qu'on se trouve « en l'espèce (...) dans un cas où l'article 10 de la Convention exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. En effet, d'une part, les actions et les propos reprochés aux requérants concernaient un sujet d'intérêt général, celui du respect du droit international public par l'État d'Israël et de la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés, et s'inscrivaient dans un débat contemporain, ouvert en France comme dans toute la communauté internationale. D'autre part, ces actions et ces propos relevaient de l'expression politique et militante (...). La Cour a souligné à de nombreuses reprises que l'article 10 § 2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (...). » Des appels à boycott qui dégénèrent en un appel à la violence, à la haine ou à l'intolérance franchissent cependant la limite des propos admissibles (*Baldassi c. France*, par. 78 s.).

²⁵¹ Souligné par les auteures.

non plus des garanties fortes en faveur des libertés de communication, car elle se prête à différentes interprétations. D'un côté, la mention de « collectivité juive » peut être comprise comme voulant éviter que des formes d'antisémitisme détournées soient à l'abris de la critique. De l'autre côté, en raison de la conception de l'Etat d'Israël comme un « Etat juif et démocratique », des discussions critiques sur la nature juive de l'Etat,²⁵² qui se sont intensifiées suite à l'adoption de la controversée Loi sur l'Etat Nation (infra n. 145), pourraient aussi être considérées comme portant sur Israël comme une collectivité juive.²⁵³ Seule la première lecture peut aboutir à des applications respectueuses de libertés de communication.

- 140 Le fait que la définition ne soit pas juridiquement contraignante n'exclut par ailleurs pas qu'elle puisse déployer un effet dissuasif sur les libertés de communication. L'ampleur du risque d'autocensure dépend de l'usage qui sera fait de la définition²⁵⁴, mais aussi de la simple incertitude entourant son futur usage et interprétation. Du point de vue des libertés de communication, il est donc souhaitable de clarifier à quelles fins, et dans quels domaines, la définition opérationnelle serait censée s'appliquer et de préciser son interprétation.
- 141 Les deux préoccupations – celle tenant à la lutte effective contre l'antisémitisme et celle tenant au respect des libertés de communication – sont importantes²⁵⁵ et seront prises en compte dans l'analyse des exemples présentant un lien prépondérant avec l'Etat d'Israël.

Exemple 7 : le refus du droit à l'autodétermination des Juifs, en affirmant par exemple que l'existence de l'État d'Israël est le fruit d'une entreprise raciste

- 142 Cet exemple reprend une composante du test 3D – celui de la délégitimation –, test développé pour distinguer la critique admissible de l'Etat d'Israël de propos antisémites et reflète la thèse de l'antisionisme (l'auto-détermination du peuple juif étant un aspect central du sionisme) comme une nouvelle forme d'antisémitisme. Il s'agit d'un exemple qui doit être manié avec prudence, l'approche contextuelle prenant toute son importance. D'un côté, la négation du droit à l'autodétermination des Juifs et Juives peut s'inscrire dans une stratégie discursive incitant à la haine ou à la violence à l'encontre des personnes juives. A titre d'exemple, dans l'affaire *Pavel Ivanov c. Russie* mentionné précédemment (supra n. 126), le requérant avait soutenu lors de son procès que le « lobby siono-fasciste de la juiverie » était la source de tous les maux en Russie,²⁵⁶ et avait soulevé la question de savoir si les Juifs étaient une nation ou « diaspora judaïque », et si l'on pouvait utiliser l'adjectif « national » ou l'expression

²⁵² Pour un aperçu des débats et différentes conceptions, voir p.ex. Benyamin Neuberger/ Sarah Strélski, « 'Etat juif et démocratique'. Essai de définitions », *Les Temps Modernes*, n° 652-653, 2009, pp. 19-45.

²⁵³ Dans ce sens, Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 13.

²⁵⁴ Sur l'importance de l'usage envisagé, cf. Rapport du rapporteur spécial de l'ONU sur la liberté de religion ou de conviction M. Ahmed Shaheed du 20 septembre 2019, A/74/358, [https://undocs.org/fr/A/74/358], par. 54.

²⁵⁵ Voir à ce sujet aussi Rapport du rapporteur spécial de l'ONU, Ahmed Shaheed, sur la liberté de religion ou de conviction M. du 20 septembre 2019, A/74/358, [https://undocs.org/fr/A/74/358], par. 54 : « il convient de prendre au sérieux les effets profondément dissuasifs que peuvent avoir de telles idées [idées selon lesquelles certains propos sont antisémites], quand elles sont exprimées par des instances publiques, sur un discours critique des politiques et pratiques du Gouvernement israélien, de même que la crainte que, comme on l'a vu parfois, la critique d'Israël ne serve à inciter à la haine envers les Juifs en général, notamment par des propos qui se nourrissent des stéréotypes antisémites traditionnels. »

²⁵⁶ CourEDH (déc.), *Pavel Ivanov c. Russie* du 20 février 2007, n° 35222/04, partie en fait.

« dignité nationale » pour un membre de la « diaspora judaïque ».²⁵⁷ Pendant la procédure d'appel, il avait à nouveau nié l'existence d'une « nation juive ». Placés dans leurs contextes, ces propos mettant en doute le caractère de nation des Juifs, leur dignité, et par extension aussi leur droit à l'autodétermination, avaient clairement un caractère antisémite, pouvant culminer dans des appels à la violence.

La décision *Garaudy c. France* (supra n. 128) est également intéressant à cet égard. L'ouvrage à la base 143 de la condamnation du requérant, portant le titre « mythes fondateurs de la politique israélienne » mélange des critiques de l'Etat d'Israël, mettant implicitement en doute le droit à l'autodétermination du peuple juif, avec des propos négationnistes. L'auteur s'en prenait notamment à ce qu'il qualifiait de « falsifications délibérées de l'histoire (« mythe des six millions ») ou de mystifications à des fins d'exploitation politique (...) opérées par les sionistes (« les lobbys israélo-sionistes en France et aux Etats-Unis ») qui en seraient « les plus grands bénéficiaires », et ce, pour légaliser toutes leurs exactions extérieures et intérieures en se plaçant au-dessus des lois et mettre en péril l'unité du monde et de la paix ».²⁵⁸ Interprétés dans leur contexte, ces propos reviennent à nier toute légitimité à la création de l'Etat d'Israël, présenté comme le fruit d'exactions illégales fondées sur des mensonges. Au-delà de fournir un exemple concret de la négation du droit à l'autodétermination du peuple juif, la décision de la CourEDH montre l'importance de tenir compte du contexte pour délimiter la critique de l'Etat d'Israël, protégée par la liberté d'expression, de propos racistes justifiant une condamnation pénale. La Cour approuve tout d'abord l'argumentaire des juridictions françaises consistant à relever que « l'emploi indifférencié des termes de « sioniste », « vote juif », « lobby juif », « israéliens » ou « Etat d'Israël » dans l'ouvrage du requérant et en particulier dans les passages visés, opère une confusion constante ». Elle relève ensuite que la critique de la politique de l'Etat d'Israël, ou de tout autre Etat, relève de la liberté d'expression, et que « les propos du requérant ne se limitent pas à une telle critique » et ont, « compte tenu de la tonalité globalement négationniste de l'ouvrage », « un objectif raciste avéré ».²⁵⁹

De l'autre côté, il n'est pas difficile de penser à des exemples où des propos en lien avec le droit à 144 l'autodétermination du peuple juif ne méritent pas d'être qualifié d'antisémites mais constituent un discours portant sur un sujet d'intérêt général qui bénéficie d'un niveau élevé de protection par la liberté d'expression. De telles constellations sont d'autant plus probables que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est une thématique complexe et controversée, tant d'un point de vue juridique que du point de vue politique. Des controverses portent tant sur le contenu du droit que sur son titulaire.²⁶⁰ A cela s'ajoute que des faits historiques entourant la création d'un Etat, y compris de l'Etat d'Israël, peuvent se prêter à des interprétations différentes.²⁶¹ Enfin, la complexité du conflit israélo-palestinien

²⁵⁷ Ibid. Pour un autre exemple, voir le commentaire suivant publié sur facebook : « [...] Leider hat unser lieber Hitler viel zu wenig von euch erwischt! Ich sage noch einmal – vernichtet Israel und es herrscht Weltfrieden » (« Malheureusement, notre cher Hitler a attrapé beaucoup trop peu de personnes parmi vous – détruisez Israël et la paix règnera au monde ») (CFR cas 2017-003N).

²⁵⁸ CourEDH (déc.), *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, n° 65831/01, Partie en fait.

²⁵⁹ Idem, par. 1.

²⁶⁰ Sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, voir p.ex. Antonio Cassese, *A Legal Reappraisal*, Cambridge (Cambridge University Press) 1995 ; Nowak (2005) (supra note de bas de page n° 194), ad Art. 1 PIDCP, pp. 5-26

²⁶¹ La CourEDH relève au sujet des débats sur des événements historiques que « la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression », et « qu'il ne lui revient pas d'arbitrer » une question historique de fond » (cf. CourEDH, *Giniewski c. Pologne* du 31 janvier 2006, n° 64016/00, par. 51).

rend difficile de réduire des critiques liées au droit à l'autodétermination du peuple juif à une intention antisémite.²⁶²

- 145 Les craintes que cet exemple puisse être utilisé à mauvais escient à l'encontre des propos politiques ou de caractère scientifique ne sont dès lors pas dénuées de fondement.²⁶³ Du point de vue des libertés de communication, il est essentiel de veiller à une analyse contextuelle pour éviter que cet exemple soit utilisé pour stigmatiser des critiques de certaines politiques israéliennes, qui présentent un lien à la problématique de l'autodétermination. A titre d'exemple, une discussion libre sur la controversée loi sur l'Etat nation d'Israël doit rester possible. Adoptée en 2018, cette loi fondamentale²⁶⁴ ne reconnaît le droit à l'autodétermination qu'aux Juifs: elle stipule qu'« Israël est l'Etat-nation du peuple juif dans lequel il remplit son droit naturel, culturel, religieux et historique à l'autodétermination », ²⁶⁵ et précise que « [l]e droit d'exercer l'autodétermination nationale dans l'état d'Israël est unique au peuple juif ». ²⁶⁶ Des critiques de ces dispositions, sous l'angle de la protection des minorités, font partie d'un usage légitime de la liberté d'expression.²⁶⁷ Il en va de même des discussions critiques autour de la notion « d'Etat juif », et des défenses d'autres conceptions de l'Etat (Etat israélien, Etat bi-national) ou de certaines politiques israéliennes sous l'angle de la discrimination raciale. Il conviendrait aussi de prendre en considération que la liberté d'expression protège tout particulièrement en matière politique aussi des propos virulents et exagérés. Même des propos très forts comme ceux mentionnés dans l'exemple, qualifiant l'Etat d'Israël comme une « entreprise raciste »²⁶⁸ ne sont pas en soi, sans prise en compte du contexte, antisémites.

Exemple 8 : le traitement inégalitaire de l'État d'Israël, à qui l'on demande d'adopter des comportements qui ne sont ni attendus ni exigés de tout autre État démocratique

- 146 Cet exemple est lié au *caveat* figurant dans le texte précédant la liste d'exemples et mentionné plus haut (supra n. 139) selon lequel « critiquer Israël comme on critiquerait tout autre État ne peut pas être considéré comme de l'antisémitisme ». Comme l'exemples 7, il reprend un élément du test 3D – celui

²⁶² Klug (2013) (supra note de bas de page n° 44), pp. 470, 477 (mentionnant comme exemple une lecture anti-coloniale du conflit), et p. 480.

²⁶³ Voir aussi Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), pp. 13 s ; Tomlinson (2017) (supra note de bas de page n° 54), par. 10 ; Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 26 ss ; voir aussi Stern (2017) (supra note de bas de page n° 6), p. 9 : « Imagine a definition designed for Palestinians. If 'Denying the Jewish people their right to self-determination, and denying Israel the right to exist' is antisemitism, then shouldn't 'Denying the Palestinian people their right to self-determination, and denying Palestine the right to exist' be anti-Palestinianism? Would they then ask administrators to police and possibly punish campus events by pro-Israel groups who oppose the two state solution, or claim the Palestinian people are a myth? »

²⁶⁴ Pour une traduction et analyse de la loi voir Tribune Juive, La Loi Israël Etat-Nation du peuple juif, traduction et analyse, 20 juillet 2018, [<https://www.tribunejuive.info/2018/07/20/la-loi-israel-etat-nation-du-peuple-juif-traduction-et-analyse/>] (08.07.2020).

²⁶⁵ Art. 1 let. b.

²⁶⁶ Art. 1 let. c.

²⁶⁷ Pour une analyse critique, voir p.ex. Tamar Hostovsky Brandes, « Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People: Implications for Equality, Self-Determination, and Social Solidarity », Minnesota Journal of International Law, vol. 29, n° 1, printemps 2020, pp. 65-108.

²⁶⁸ A noter que les libellés français et anglais diffèrent quelque peu. La teneur de la version française est la suivante : « l'existence de l'État d'Israël est le fruit d'une entreprise raciste » (souligné par les autrices) et celle de la version anglaise « existence of a State of Israel is a racist endeavor. » Cette dernière version est plus axée sur le présent que la première et pourrait donc s'étendre à des politiques contemporaines.

des « doubles standards » – pour tracer la ligne de démarcation entre les propos antisémites et la critique admissible de l'Etat d'Israël. Le reproche des « deux poids, deux mesures » est souvent dirigé contre des critiques de politiques israéliennes qui mettent explicitement la barre plus haut pour les politiques de l'Etat d'Israël que pour d'autres Etats, notamment alléguant que les Juifs et Juives, en vertu de leur vécu historique de persécution et d'extermination, devraient avoir appris de leur histoire et se montrer particulièrement respectueux des droits humains et des minorités.

De telles affirmations sont sans doute déplacées et particulièrement offensantes pour les personnes juives. Il n'empêche qu'elles ne peuvent être qualifiées en soi, indépendamment du contexte et des stéréotypes véhiculées, d'antisémites. On peut même se demander, avec David Feldman, si ce n'est pas justement la présence d'un stéréotype antisémite sous-jacent ou une pratique discriminatoire, plutôt que le « double standard », qui, dans un cas concret, confirme un soupçon d'antisémitisme : 147

« We should conclude that the application of double standards does not in itself constitute antisemitism. We may suspect that the application of double standards is in some cases underpinned by antisemitism in the form of a malign stereotype of Jews applied to the State of Israel. For this charge to be effective it is the presence of the stereotype not the application of double standards which will be crucial. In other cases the application of double standards could lead to antisemitism in the form of discriminatory practices. However, in these cases it is the fact of discrimination which will be crucial, not the double standard. »²⁶⁹

A cela s'ajoute que l'exemple, tel qu'il est libellé, offre peu de repères clairs et donc peu de prévisibilité, ce qui le rend problématique à l'aune des libertés de communication. Il n'existe en effet pas de catégorie homogène « d'Etats démocratiques » à qui on pourrait se référer pour évaluer si des standards plus élevés sont appliqués à l'Etat d'Israël. De même, les comportements attendus ou exigés d'un Etat démocratique ne sont pas un concept univoque. A cela s'ajoute que le choix des thématiques à traiter relève des libertés de communication, et en particulier de la liberté des médias, et que certains Etats et politiciennes et politiciens suscitent plus d'intérêts que d'autres, pour une panoplie de raisons qui sont indépendantes d'un mobile raciste.²⁷⁰ 148

Exiger une couverture égale de toutes les politiques critiquables d'Etats qualifiés de « démocratiques » (qualification pouvant, comme indiqué, prêter à discussion) s'avèrerait par ailleurs impossible, comme il serait impossible d'exiger qu'une organisation vouée à la protection de l'environnement dirige sa critique contre toutes les entreprises ayant des effets néfastes sur l'environnement. La sélection, la simplification, et le recours au journalisme exemplatif sont pour cette raison des stratégies usuelles qui sont couvertes par les libertés de communication. L'application concrète de cet exemple se heurte par ailleurs à des obstacles considérables dans la pratique et est source de controverses, comme le montrent 149

²⁶⁹ Feldman (2015) (supra note de bas de page n° 8), p. 4.

²⁷⁰ Voir Feldman (2015) (supra note de bas de page n° 8), p. 4 : « There are many reasons why Israel is singled out in political debate. For example, in some cases this is due to the geopolitical and religious significance of the land. Equally significant in attracting attention has been Israel's claim to be a liberal and democratic state. This means it is held to standards which are different from those applied to its neighbours, for example. Whether these are good reasons or bad for singling out Israel for criticism they are not antisemitic. »

les critiques adressées au Conseil des droits de l'homme d'employer des doubles standards au détriment de l'Etat d'Israël.²⁷¹

- 150 Plus fondamentalement, l'application de la théorie des « doubles standards » est particulièrement problématique dans le contexte du conflit israélo-palestinien et risque à son tour de créer des standards inégaux. Comme le relève Klug :

« The Israeli-Palestinian conflict is a complex, bitter and tragic struggle. Both sides have their ardent supporters. On both sides, people are partisan; and partisanship can lead to crossing the red line. When 'friends of Israel' cross that line, this does not make them anti-Arab racists. By the same token, when 'friends of Palestine' cross the same line, this does not make them anti-Semites. It cuts both ways. »²⁷²

Exemple 9 : l'utilisation de symboles et d'images associés à l'antisémitisme traditionnel (comme l'affirmation selon laquelle les Juifs auraient tué Jésus ou pratiqueraient des sacrifices humains) pour caractériser Israël et les Israéliens

- 151 L'exemple 9 a le mérite de donner des exemples concrets de stéréotypes et préjugés typiques véhiculés par l'antisémitisme traditionnel. Ceux-ci sont utilisés à une fin précise, à savoir pour caractériser « Israël et les Israéliens ».
- 152 Le cas d'attribution de tels stéréotypes aux « Juifs » est couvert par l'exemple 2, qui se rapporte à la production d'affirmations fallacieuses, déshumanisantes, diabolisantes et stéréotypées sur les personnes juives.
- 153 Contrairement à l'exemple 2, l'exemple 9 s'applique uniquement aux symboles et images de l'antisémitisme « traditionnel », soit des symboles et images avec une longue histoire qui peuvent sans difficultés être attribués à l'antisémitisme, tels que l'affirmation selon laquelle les personnes juives auraient tué Jésus ou pratiqueraient des sacrifices humains. En effet, la spécificité de ces images et leur lien intrinsèque et univoque avec l'antisémitisme permet, en règle générale, de qualifier ces propos d'antisémite, même s'ils sont dirigés contre « Israël » ou « les Israéliens », compris dans ce contexte comme synonyme de « collectivité juive ».²⁷³
- 154 Cet exemple illustre par ailleurs la notion de « manifestations rhétoriques » de l'antisémitisme utilisée dans la définition de base, en précisant qu'elles englobent aussi le discours symbolique, à savoir des formes de communications non verbales, par l'usage de symboles ou d'images.

Exemple 10 : l'établissement de comparaisons entre la politique israélienne contemporaine et celle des Nazis

- 155 Il sied de relever, au sujet de cet exemple, qu'il n'est guère possible de déterminer dans l'abstrait si des comparaisons entre la politique israélienne contemporaine et celle des nazis méritent d'être qualifiées d'antisémites. A nouveau, le contexte sera déterminant. D'une part, le renversement du rôle de la victime

²⁷¹ Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 28.

²⁷² Klug (2013) (supra note de bas de page n° 44), p. 479. Dans ce sens aussi la critique de Stern, cité sous note de bas de page n° 262.

²⁷³ Les termes « Israéliens » et « Israël » sont, à notre sens, mentionnés en raison de leur utilisation fréquente comme substitut au peuple juif. Il n'est pas question de trancher les débats autour du caractère juif ou non de l'Etat d'Israël ou du peuple israélien.

et du bourreau est une stratégie discursive typiques des milieux racistes et/ou antisémites.²⁷⁴ Elle peut par exemple s'inscrire dans un discours négationniste et poursuivre le but de minimiser le phénomène de l'Holocauste, ou dans un discours diabolisant les personnes juives,²⁷⁵ et fomentant la haine à leur égard.

D'autre part, la comparaison avec la politique des nazis a tendance à être utilisée pour discréditer des politiques ou des personnages politiques, y compris par ailleurs par des opposants juifs de certaines politiques israéliennes.²⁷⁶ Certains défenseuses et défenseurs des droits des animaux par exemple l'utilisent pour décrier l'élevage de masse.²⁷⁷ D'autres décrient des politiciens et politiciennes populistes, nationalistes ou se situant sur le spectre de (l'extrême) droite de l'échiquier politique comme des « nazis ». ²⁷⁸ Lorsqu'elle est dirigée contre des personnes, cette comparaison peut, selon les circonstances, être attentatoire à l'honneur.²⁷⁹ Il va sans dire que ce type de comparaison est particulièrement déplacée et offensante lorsqu'elle est utilisée à l'égard d'acteurs et actrices ou de politiques israéliens.²⁸⁰ Elle ne saura néanmoins pas automatiquement, en dehors de son contexte, être qualifiée d'antisémitisme.²⁸¹

Exemple 11 : l'idée selon laquelle les Juifs seraient collectivement responsables des actions de l'État d'Israël

L'application de cet exemple nécessite aussi une contextualisation. Réduire tous les Juifs et Juives à un collectif indifférencié et leur imputer un comportement ou des caractéristiques répréhensibles (en l'espèce le soutien de politiques de l'Etat d'Israël préjudiciables²⁸²) est susceptible de favoriser l'hostilité à l'égard des personnes juives et correspond au mode opératoire antisémitisme. Selon le contexte, des propos tenant les Juifs et Juives pour responsables de la politique de l'Etat d'Israël ne justifient toutefois pas la qualification d'antisémitisme. Robertson donne l'exemple d'une loi ou d'une politique attentatoire aux droits humains qui ne suscite guère d'opposition de la part des institutions et de la société

²⁷⁴ Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), p. 14.

²⁷⁵ A noter que la diabolisation est une des trois composantes du test 3D.

²⁷⁶ Pour des exemples voir François Dubuisson, La définition de l'antisémitisme par l'European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC) : vers une criminalisation de la critique de la politique d'Israël ?, juillet 2005, [<http://www.eccpalestine.org/wp-content/uploads/2018/01/Dubuisson-Definition-Antisemitism.pdf.pdf>], p. 10.

²⁷⁷ Voir la discussion par David Hesse, Das Schlachthaus als Konzentrationslager. Lässt sich menschliches Leid mit dem von Nutztieren vergleichen? Tierschützer finden: unbedingt, in : *Tagesanzeiger* [En ligne], 30 septembre 2017, [<https://www.tagesanzeiger.ch/zeitungen/das-schlachthaus-als-konzentrationslager/story/29137702>] (08.07.2020). La CourEDH a jugé dans une affaire que l'interdiction d'apposer des affiches conçues dans le cadre d'une campagne contre l'élevage de masse, lancée sous le titre « L'Holocauste dans vos assiettes », était compatible avec la liberté d'expression pour protéger les droits de personnalité des personnes juives. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris en compte le contexte spécifique du passé de l'Allemagne (CourEDH, *Peta Deutschland c. Allemagne* du 8 novembre 2012, n° 43481/09).

²⁷⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche* du 13 novembre 2003, n° 39394/98 (qualification d'une politicienne de « vieux crypto-nazis (Kellernazi) ») ; CourEDH, *Karman c. Russie* du 14 décembre 2006, n° 29372/02 (qualification d'un politicien de « néofasciste local »). Dans les deux affaires, la Cour a tranché en faveur de la liberté d'expression.

²⁷⁹ ATF 137 IV 313 (photomontage et article comparant un politicien à Hitler).

²⁸⁰ Feldman (2015) (supra note de bas de page n° 8), p. 7.

²⁸¹ Ibid. ; Ullrich (2019) (supra note de bas de page n° 7), pp. 14 s. ; Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 30.

²⁸² Même si pas explicitement mentionné dans l'exemple, le fait que ces politiques soient préjudiciables peut être déduit du contexte.

civile israéliennes.²⁸³ Dans un tel contexte, une critique alléguant que les Juifs et Juives (terme utilisé de façon simpliste pour décrire la grande majorité des citoyens d'Israël appartenant à la communauté juive) ferment les yeux devant des actes injustes est critiquable de par son recours à la généralisation et son manque de précision, sans justifier la qualification d'antisémitisme. Pour délimiter des propos antisémites des propos faisant (de manière critiquable) des raccourcis et généralisations simplistes, le recours à des stéréotypes typiques de l'antisémitisme classique, et le contexte global, peuvent servir de repères.

E. Evaluation de la définition à l'aune des standards internationaux

- 158 Suite à l'analyse du texte de la définition opérationnelle dans son ensemble, la présente section se penchera sur la question de savoir si la définition recouvre le champ actuel de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et si sa portée devrait être élargie en vue des obligations internationales liant la Suisse, en particulier celles découlant de la CERD.
- 159 La comparaison de la définition opérationnelle avec la CERD et d'autres instruments internationaux n'est pas évidente, étant donné que l'objectif et la nature juridique des deux instruments est différente. La définition vise à élucider le phénomène de l'antisémitisme, dans l'objectif principal de pouvoir mieux répertorier des propos et actes antisémites. La CERD par contre poursuit l'objectif général de combattre toutes les formes de discrimination raciale²⁸⁴ et des préjugés raciaux dans l'objectif de permettre que toute personne puisse, indépendamment de sa « race » jouir intégralement de ses droits fondamentaux, sur un pied d'égalité avec les autres membres de la société,²⁸⁵ sans entrave de la part d'acteurs publics ou privés. Elle s'étend donc indirectement aussi à des actes émanant des particuliers, obligeant les Etats à prendre des mesures effectives pour lutter contre des discriminations qui sont imputables à des personnes privées, comme le refus de servir, de soigner, d'employer ou de conclure un contrat de bail avec une personne en raison de sa « race ».²⁸⁶
- 160 Pour atteindre son objectif, la CERD adopte une définition large de la discrimination raciale, qui met l'accent sur les effets discriminatoires,²⁸⁷ peu importe qu'ils soient le fruit d'actes intentionnels ou non. L'accent mis sur l'effet,²⁸⁸ et non l'intention discriminatoire, a pour conséquence que la Convention englobe aussi des discriminations systémiques ou structurelles,²⁸⁹ qui peuvent être dues à des biais

²⁸³ Robertson (2018) (supra note de bas de page n° 54), par. 31.

²⁸⁴ Voir art. 5 CERD.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Art. 2b et d et la liste sous Art. 5 let. d CERD.

²⁸⁷ Voir art. 1 CERD.

²⁸⁸ Voir art. 1 CERD.

²⁸⁹ Voir p.ex. Audrey Daniel, *The Intent Doctrine and CERD: How the United States Fails to Meet Its International Obligations in Racial Discrimination Jurisprudence*, *DePaul Journal for Social Justice* [En ligne], vol. 4, 2011, pp. 263-312, [<https://via.library.depaul.edu/jsj/vol4/iss2/3>], p. 263 ; Patrick Thornberry, *Einführung und aktuelle Bezüge*, in Europa, in : Doris Angst/ Emma Lantschner (éds.), *ICERD. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*, Baden-Baden/ Wien/ Zürich/ St.Gallen (Dike) 2020, pp. 36-52, n. 7 ; Paul Gragl, Art. 1 N. 19, in : Doris Angst/ Emma Lantschner (éds.), *ICERD. Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*, Baden-Baden/ Wien/ Zürich/ St.Gallen (Dike) 2020, pp. 198-224, n. 19.

inconscients et sont ancrées dans les pratiques et institutions à tel point qu'elles sont souvent difficilement décelables.²⁹⁰

Vu l'importance des biais et préjugés dans la discrimination raciale, la Convention oblige les Etats « à 161 prendre des mesures immédiates et efficaces, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information, pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale (...) ». ²⁹¹ A noter que l'obligation de prendre des mesures d'éducation et de sensibilisation pour lutter contre la discrimination découle également des dispositions générales proscrivant la discrimination contenues dans les traités généraux en matière des droits humains.²⁹² Comme les autres droits humains, l'interdiction des discriminations impose aux Etats différents niveaux d'obligations, à savoir de respecter, protéger et de réaliser le droit en question.²⁹³ Le dernier niveau d'obligation implique de prendre toutes les mesures nécessaires pour promouvoir les droits humains, y compris par le biais de la sensibilisation, la formation et l'information.

Pour recouvrir le large champ d'application de la CERD, la définition opérationnelle doit donc tout 162 d'abord s'étendre à la discrimination. Comme nous l'avons vu, le terme discrimination fait défaut dans la définition de base, un manque qui peut cependant être comblé par le biais de l'interprétation (supra n. 94 ss).

Elle doit ensuite englober des formes de discriminations systémiques, qui sont largement dues à des 163 préjugés et des biais inconscients. Par le choix des termes utilisés dans la définition (antisémitisme se manifestant par « la haine », et par des « actes rhétoriques et physiques ») la définition met l'accent sur des comportements individuels intentionnels et n'évoque pas spécifiquement les discriminations dues à des pratiques et à des biais inconscients. Comme développé plus haut, la teneur de la définition n'empêche toutefois pas de prendre ces éléments en compte par le biais de l'interprétation, notamment par une interprétation large du terme « actes physiques », ou en insistant sur le fait que la définition ne mentionne que quelques manifestations de l'antisémitisme, sans prétendre à l'exhaustivité.

Enfin, en imposant aux Etats des devoirs de sensibilisation et d'éducation, la CERD ne s'intéresse pas 164 uniquement aux *manifestations discriminatoires* du racisme mais aussi aux attitudes et préjugés racistes, qu'ils soient conscients ou non. La définition opérationnelle de l'antisémitisme doit donc, pour recouvrir le champ de la CERD, aussi s'étendre à des attitudes et biais antisémites. Une telle interprétation implique que la manifestation de l'antisémitisme (sous forme de haine ou autre forme) ne peut pas être érigée en élément constitutif de toutes les formes de l'antisémitisme.

²⁹⁰ Cf. supra, n. 100.

²⁹¹ Art. 7 CERD.

²⁹² Cf. Walter Kälin/ Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene* (4 éd.), Basel (Helbing Lichtenhahn) 2019, n. 11.85.

²⁹³ Ibid. ; Ce tryptique a son origine dans Henry Shue, *Basic Rights – Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton N.J. (Princeton University Press) 1980.

F. Conclusion

- 165 Quelles conclusions tirer suite à cette analyse de la définition opérationnelle de base et de la liste d'exemples ?
- 166 Une première conclusion consiste à relever le niveau d'abstraction très élevé de la définition opérationnelle de base. Le recours à des notions vagues (« certaine perception ») et à des formulations potestatives (« peut se manifester ») lui confère une portée très ouverte. Lue à elle seule, elle ne renseigne pas les lecteurs et lectrices sur les spécificités de l'antisémitisme, comparé à d'autres phénomènes racistes. Le caractère vague, et le manque de spécificité, de la définition devient évident si on remplace les termes « antisémitisme » et « juif » dans la définition opérationnelle par la référence à un autre groupe victime de discrimination raciale – par exemple les personnes musulmanes – pour offrir une définition de l'islamophobie (racisme dirigé contre les personnes musulmanes) : « L'islamophobie est une certaine perception des musulmans [et musulmanes] qui peut se manifester par une haine à leur égard. Les manifestations rhétoriques et physiques de l'islamophobie visent des individus musulmans ou non et/ou leurs biens, des institutions communautaires et des lieux de culte. »
- 167 En raison de son niveau d'abstraction très élevé, il n'est pas évident de pouvoir utiliser la définition de base à elle seule à certaines fins, par exemple à des fins de sensibilisation et de formation sur l'antisémitisme. Comme le relève Peter Ullrich, la bonne compréhension du phénomène antisémite sur la base de la définition opérationnelle suppose des connaissances préalables relativement étendues. De telles connaissances sont nécessaires pour combler des vides et pour comprendre certaines formulations imprécises (p.ex. manifestations de l'antisémitisme visant « les Juifs et non-Juifs » au lieu des « personnes en raison de leur qualité juive, réelle ou supposée, ou en raison de leurs liens avec de telles personnes »). Le texte explicatif et les exemples permettent partiellement de combler des lacunes, en explicitant l'importance des stéréotypes péjoratifs et des théories conspirationnistes et en indiquant certains préjugés fréquents.
- 168 La définition de base met, par ailleurs, l'accent sur les activités antisémites, à savoir le discours de haine et les crimes de haine, et n'approfondit pas la construction de l'image de la personne juive à la base de l'antisémitisme.²⁹⁴ Elle ne mentionne pas explicitement d'autres aspects importants pour la lutte contre l'antisémitisme, comme les discriminations structurelles, voire les discriminations tout court. Le caractère très ouvert de la définition permet cependant de combler ces lacunes largement par le biais de l'interprétation. Pour rendre la définition véritablement opérationnelle, il pourrait être opportun de l'accompagner par des explications interprétatives destinées aux personnes qui seraient censées l'appliquer.
- 169 Le caractère ouvert et peu déterminé de la définition opérationnelle de base a pour conséquence que l'attention des destinataires potentiels se dirige vers les exemples. Le manque de consensus au sujet du « nouvel antisémitisme », qui a conduit au résultat d'omettre toute référence à l'Etat d'Israël dans la définition de base, se manifeste dans les controverses entourant la liste d'exemples, qui inclut parmi les

²⁹⁴ Porat (2015) (supra note de bas de page n° 24), p. 98 : « Because it is short and is presented as a practical tool, not merely a theoretical one, this document really does constitute a working definition; it does not deal with the image of the Jew, but rather with antisemitic activities. »

11 exemples cinq qui portent sur le « nouvel antisémitisme ». Le mélange des formes classiques d'antisémitisme qui font l'objet d'un consensus relativement large avec des formes encore contestées, réduit l'effet didactique de la liste d'exemples et peut semer la confusion. Pour l'usage de la définition à des fins de formation et de sensibilisation, une bonne préparation des formateurs et formatrices paraît importante. Utilisée par des personnes bien formées, les exemples peuvent servir de base à une discussion intéressante sur le phénomène antisémite dans le contexte contemporain.

Pour tenir compte des préoccupations liées au respect de la liberté d'expression, il est important de souligner que la liste d'exemples n'a pas été conçue comme une « check-list » se prêtant à une application mécanique. Comme il ressort de la phrase introduisant les exemples, ceux-ci n'indiquent pas des états de fait en soi antisémites mais des états de fait qui *peuvent* l'être, en fonction du *contexte global* (« overall context »). L'importance de l'approche contextuelle devrait être clairement communiquée pour réduire le risque que les exemples soient utilisés à mauvais escient. 170

Du point de vue des libertés de communication, il est important de prendre en compte l'effet dissuasif potentiel des restrictions qui sont formulées de façon vague, ce qui rend difficilement prévisible quand certains propos franchissent la limite de la critique admissible. Envisagé sous cet angle, l'exemple 8 (traitement inégalitaire de l'Etat d'Israël) peut soulever des interrogations, de même que l'exemple 7 (refus du droit à l'autodétermination des Juifs). Ces risques varient en fonction de l'usage qui sera fait de la définition opérationnelle au sens large.²⁹⁵ Il est par exemple peu significatif si la définition est employée comme un outil pédagogique à des fins de formation et de sensibilisation ou à des fins de collecte de données, ce qui correspond aux usages majoritairement envisagés dans d'autres Etats. A l'inverse, plus l'usage de la définition est susceptible de conduire à un impact négatif sur l'exercice des libertés de communication, plus le risque est grand. Les controverses générées par l'application de la définition à des fins de réglementation de la liberté de communication dans des institutions universitaires aux Etats-Unis illustrent ce propos. 171

V. Impact de la définition opérationnelle sur des domaines de droit choisis

La présente section de l'avis de droit se penchera sur la question de savoir dans quelle mesure la définition pourrait être utilisée pour interpréter les normes juridiques dans des cas de figures touchant à la discrimination raciale. Pour limiter le champ de recherche, l'analyse portera sur des questions choisies relevant du droit pénal, du droit civil, et du droit administratif. Avant d'examiner ces différents domaines, il sied de rappeler que même si la définition opérationnelle est adoptée comme un instrument non contraignant, cela ne l'empêche pas de déployer des effets juridiques indirects, en servant de référence aux organes d'application du droit dans l'interprétation ou la concrétisation de notions juridiquement indéterminées. A noter qu'un tel usage est aussi envisageable indépendamment de 172

²⁹⁵ Cf. Rapport du rapporteur spécial de l'ONU, Ahmed Shaheed, sur la liberté de religion ou de conviction du 20 septembre 2019, A/74/358, [<https://undocs.org/fr/A/74/358>], par. 54 : « L'emploi de la définition comme outil pédagogique sans caractère juridique pourrait réduire ce risque [le risque d'un effet dissuasif sur discours critique des politiques et pratiques du Gouvernement israélien]. Lorsque des instances publiques utilisent la définition dans un contexte réglementaire, il convient de prendre les précautions voulues pour veiller à ce que la loi garantisse à tous la liberté d'expression. »

l'adoption de la définition. L'endossement officiel, et la publicité qui entourerait le processus, peut cependant avoir pour conséquence que la définition sera plus fréquemment citée et prise en compte.

A. Droit pénal : l'exemple de la discrimination raciale

173 Le droit pénal contient toute une série d'infractions qui peuvent, selon les cas, s'appliquer aux discours et actes antisémites. Parmi elles, la diffamation (art. 173 CP²⁹⁶), la calomnie (art. 174 CP), l'injure (art. 177 CP), les menaces (art. 180 CP), l'atteinte à la liberté de croyance et des cultes (art. 261 CP), et la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP). Notre analyse portera principalement sur l'art. 261^{bis} CP.

174 L'article 261^{bis} CP réprime des manifestations spécifiques et particulièrement graves de racisme. Il a la teneur suivante :

« Quiconque, publiquement, incite à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle,

quiconque, publiquement, propage une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique cette personne ou ce groupe de personnes,

quiconque, dans le même dessein, organise ou encourage des actions de propagande ou y prend part,

quiconque publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaisse ou discrimine d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle ou qui, pour la même raison, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,

quiconque refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle, une prestation destinée à l'usage public,

sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

175 Adopté pour mettre en œuvre des obligations centrales qui incombent à la Suisse en vertu de la CERD, cette disposition incrimine deux formes principales de discrimination raciale, à savoir différentes formes de discours de haine, y compris le négationnisme (al. 1-4), et le refus de servir (al. 5).

176 En tant que groupe religieux, les personnes juives font partie des catégories protégées par l'article 261^{bis} CP.²⁹⁷ Cela même si elles sont – à tort – désignées comme une race, auquel cas l'article 261^{bis} CP les protège comme groupe « racial ».²⁹⁸

²⁹⁶ Code pénal suisse, RS 311.0.

²⁹⁷ Voir p.ex. ATF 124 IV 121 c. 2b ; Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG (2 éd.), Zürich/ Bâle/ Genève (Schulthess) 2007, n. 747.

²⁹⁸ Niggli (2007) (supra note de bas de page n° 296), n. 748.

1. Limitation aux manifestations graves de racisme et d'antisémitisme

L'art. 261^{bis} CP est un instrument important de la lutte contre l'antisémitisme.²⁹⁹ Entre 1995, l'année d'entrée en vigueur de l'art. 261^{bis} CP, et 2019, la CFR a recensé 935 jugements et décisions rendus en application de l'art. 261^{bis} CP,³⁰⁰ dont un quart fut perpétré contre des personnes juives.³⁰¹ Néanmoins, les deux concepts – la discrimination raciale et l'antisémitisme – ne se recoupent que partiellement, étant donné que l'article 261^{bis} CP ne réprime pas l'antisémitisme en soi. Il vise uniquement certaines manifestations spécifiques de l'antisémitisme, perçues comme particulièrement graves.

Ainsi la première moitié de l'art. 261^{bis} al. 4 CP réprime l'abaissement ou la discrimination uniquement si elle « porte atteinte à la dignité humaine » d'une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle. Le Tribunal fédéral admet que tel est le cas, si l'auteur ou l'auteure dénie à des membres de groupes humains, en raison d'un critère énuméré, une valeur égale en tant qu'êtres humains ou des droits humains identiques, ou du moins, remet en question cette égalité.³⁰² En revanche, les expressions ressenties comme de simples injures n'atteignent, selon le Tribunal fédéral, pas le seuil de gravité requis.³⁰³ Dans les débats politiques, le Tribunal fédéral place la barre, par ailleurs, particulièrement haut, en précisant qu'il doit être possible de critiquer le comportement de groupes humains déterminés, et cela même si les propos peuvent créer un climat hostile envers les membres du groupe, pour autant que la critique reste globalement objective et se fonde sur des motifs du même ordre.³⁰⁴

En s'inscrivant dans la même logique, l'alinéa 2 de l'art. 261^{bis} CP vise uniquement celui qui aura « propagé », et pas simplement affiché, une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'un groupe mentionné. Par conséquent, le salut hitlérien est non punissable sous l'angle de l'art. 261^{bis} al. 2 CP, si l'auteur ou l'auteure se limite à afficher une conviction nationale-socialiste personnelle, sans vouloir propager cette idéologie auprès de tiers.³⁰⁵

Enfin, l'art. 261^{bis} CP pose également certaines conditions spécifiques quant au contexte de l'acte incriminé, notamment par rapport aux al. 1, 2 et 4, que la personne agisse publiquement.

²⁹⁹ Voir également les conclusions de Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), in : CSDH, Normes juridiques contre l'antisémitisme en Suisse. Extrait d'une étude du CSDH consacrée à la situation juridique de la communauté juive en Suisse et à la mise en œuvre de la Déclaration du Conseil ministériel de l'OSCE sur le renforcement des efforts de lutte contre l'antisémitisme, 19 novembre 2015, [<https://www.skmr.ch/frz/domaines/questions-institutionnelles/publications/normes-penales-contre-antisemitisme.html>] (30.06.2020).

³⁰⁰ CFR, Vue d'ensemble statistique. Cas jugés et jugements définitifs, 2019, [<https://www.ekr.admin.ch/prestations/f277.html>] (06.11.2020).

³⁰¹ CFR, Vue d'ensemble statistique. Victimes, 2018 [<https://www.ekr.admin.ch/prestations/f279.html>] (30.06.2020).

³⁰² ATF 140 IV 67 (JdT 2015 IV 6) c. 2.1.1, 2.5.1.

³⁰³ Idem, c. 2.5.1.

³⁰⁴ ATF 131 IV 23 (JdT 2006 IV 88) c. 3.1, 3.2 ; voir également TF, arrêt 6B_620/2018 du 9 octobre 2018, et le précisions au sujet dans le Commentaire Romand : « [...] les déclarations qui ne comportent pas de façon explicite ou implicite une allégation d'inégalité de droit à jouir des droits de l'Homme ne sont ni rabaissantes ni discriminatoires au sens de CP 261^{bis} IV, et cela quand bien même l'affirmation paraît être xénophobe, de mauvais goût, inconvenante ou choquante sur le plan moral. », Miriam Mazou, ad Art. 261^{bis} CP, in : Alain Macaluso/ Laurant Moreillon/ Nicolas Queloz (éds.), Commentaire Romand. Code pénal, vol. II, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2017, n. 44.

³⁰⁵ ATF 140 IV 102 (JdT 2015 IV 52) c. 2.

181 Certains propos antisémites au sens courant du terme, dans le sens qu'il s'agit de propos fondés sur des préjugés ou stéréotypes antisémites qui ont pour but de créer une distance entre la communauté juive et celle de l'auteur ou l'auteure des actes ou de rabaisser et de défavoriser des personnes ou des institutions juives, ne sont donc pas punissables sous l'art. 261^{bis} CP.³⁰⁶

2. Formes d'antisémitisme en lien avec Israël

182 Le champ d'application de l'art. 261^{bis} CP ne se limite pas aux discours de haine dirigés directement et ouvertement contre les personnes juives mais s'étend aussi aux propos antisémites dissimulés sous forme de critiques contre Israël ou le sionisme, si ces derniers termes sont utilisés comme synonyme de « judaïsme » ou « Juifs », ou lorsque les différents termes sont mélangés sans distinction, de sorte qu'un destinataire non prévenu peut penser que la critique se dirige aussi contre les personnes juives.³⁰⁷ Ainsi, le Tribunal fédéral a confirmé en 2014 la condamnation de l'auteur d'une affiche, intitulée « Sauve la Suisse ... vise juste ... 1^{er} août à Bazinga ONC ! Concerts, grillades, bières et plus ! », et illustrée d'un personnage blanc couché les bras le long du corps, un drapeau israélien sur le torse, portant une kippa et des papillotes, avec une flèche lui transperçant le visage entre les yeux, pour infraction à l'art. 261^{bis} al. 1 CP,³⁰⁸ malgré l'affirmation de l'auteur que l'affiche visait uniquement les colons israéliens et non pas les juifs.³⁰⁹ Dans son arrêt, le Tribunal fédéral observe que le recourant avait « ajouté à une figurine – à l'origine dépourvue de signes distinctifs – une kippa et des papillotes, éléments propres à la religion juive », ³¹⁰ et conclut « qu'en procédant à ces ajouts, le recourant avait clairement positionné le débat sur l'appartenance religieuse et non sur l'appartenance politique. L'ajout d'un drapeau israélien sur le torse ne suffit pas à remettre en cause l'appartenance religieuse, les attributs propres à la confession juive étant suffisamment distinctif. »³¹¹

183 En revanche, si une personne attribue des stéréotypes antisémites classiques aux Israéliens et Israéliennes, sans recourir en même temps à d'autres stratégies discursives pour créer chez les destinataires une confusion entre les termes « Israël » et « Juifs » (p.ex. le mélange indiscriminé de ces termes), l'applicabilité de l'art. 261^{bis} CP est incertaine, aucune condamnation pour des faits de ce type ayant à notre connaissance eu lieu à ce jour. Dans une affaire de 2003 les autorités de poursuite zurichoises ont, au contraire, classé une plainte concernant différents propos sur « les Israéliens », dont « La police ferme leurs rues privées (Weststrasse) tous les soirs et ils évitent tout contact avec les

³⁰⁶ Voir les conclusions de Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), in : CSDH, Normes juridiques contre l'antisémitisme en Suisse : Extrait d'une étude du CSDH consacrée à la situation juridique de la communauté juive en Suisse et à la mise en œuvre de la Déclaration du Conseil ministériel de l'OSCE sur le renforcement des efforts de lutte contre l'antisémitisme, 19 novembre 2015, [<https://www.skmr.ch/frz/domaines/questions-institutionnelles/publications/normes-penales-contre-antisemitisme.html>] (30.06.2020). Voir, par ailleurs, à titre d'exemple, CFR Cas 2018-029N, concernant une affiche placée à l'entrée d'une piscine invitant les personnes juives à prendre une douche (« Jewish guests, please take a shower »). L'affaire fut classée par les autorités de poursuite du Grison au motif que la déclaration n'atteignait pas l'intensité requise par l'art. 261^{bis} CP d'une atteinte à la dignité humaine.

³⁰⁷ Par ex., TF, arrêt 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015, CFR Cas 1998-026N ; CFR Cas 2015-001N ; CFR Cas 2015-017N ; CFR Cas 2017-003N ; Différemment et critiqué p.ex. par Niggli (2007) (supra note de bas de page n° 296), n. 761, CFR Cas 1999-009N.

³⁰⁸ TF, arrêt 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015.

³⁰⁹ TF, arrêt 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015 c. 2.2-2.3.

³¹⁰ TF, arrêt 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015 c. 2.3.

³¹¹ TF, arrêt 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015 c. 2.3.

étrangers, sauf s'ils peuvent acquérir de l'expérience ou gagner de l'argent », « Ils possèdent les meilleurs magasins », et « Ce qui est répugnant, c'est qu'ils se prennent le droit d'expulser les Palestiniens en raison de leur pouvoir financier et politique ». ³¹² Il s'agirait « d'une critique objective des actions israéliennes contre les Palestiniens qui ne se prononce pas sur les personnes juives en général ». ³¹³ Alors que la critique se dirige effectivement contre « les Israéliens », sans mentionner le terme « Juifs », elle évoque des stéréotypes antisémites classiques, notamment celui du prétendu pouvoir financier des personnes juives et de leur prétendue cupidité.

Enfin, contrairement à l'art. 1 ch. 1 CERD, l'art. 261^{bis} CP ne mentionne pas la discrimination sur la base de l'origine nationale, et ne s'étend donc, selon la jurisprudence actuelle, pas aux nations, dans le sens des membres d'un peuple d'un Etat, sauf si la nationalité est utilisée comme synonyme d'une ethnie. ³¹⁴ Les déclarations effectivement dirigées contre l'Etat d'Israël et sa politique ou le peuple israélien ne relèvent par conséquent pas de cette disposition. ³¹⁵ 184

Sur ce dernier point, la définition opérationnelle adopte une approche semblable. Comme indiqué précédemment, les personnes juives, et non l'Etat d'Israël sont, selon la définition de base, la cible de l'antisémitisme, et le texte explicatif précise que des attaques à l'encontre de l'Etat d'Israël peuvent être antisémites « lorsqu'il est perçu comme une collectivité juive », ce qui laisse également entendre que l'antisémitisme est dirigé contre des personnes – les Juifs et Juives – et non une collectivité étatique. Au sujet des formes dissimulées de l'antisémitisme, la définition opérationnelle au sens large admet que l'antisémitisme peut s'exprimer par la simple utilisation de symboles et d'images associés à l'antisémitisme traditionnel pour caractériser l'Etat d'Israël ou les Israéliens et Israéliennes (exemple 9). 185

3. Evaluation

En raison de l'existence de critères d'évaluation propres à l'art. 261^{bis} CP, l'adoption de la définition de l'IHRA ne devrait, à notre sens, pas directement affecter l'application de cette norme, d'autant plus que le principe de légalité s'oppose à une interprétation extensive des dispositions pénales défavorables à la personne prévenue. En ce sens, l'acte d'adoption de la définition opérationnelle se distingue d'un acte de reconnaissance d'un génocide, par exemple, l'existence du génocide étant un élément constitutif du déni de génocide réprimé à l'art. 261^{bis} al. 4, 2^e moitié CP. La reconnaissance officielle d'un génocide 186

³¹² Traduction par les auteures. Texte original : « Die Polizei schliesst jeden Abend ihre privaten Strassen (Weststrasse) und sie vermeiden jeglichen Kontakt zu Fremden, es sei denn, sie können Erfahrungen sammeln oder Geld verdienen », « Sie besitzen alle besseren Geschäfte », « Abtossend ist, dass sie sich aufgrund ihrer finanziellen und politischen Macht das Recht herausnehmen, die Palästinenser zu vertreiben ».

³¹³ CFR Cas 2003-028N.

³¹⁴ L'art. 261^{bis} CP peut aussi s'appliquer si le terme utilisé ne désigne pas seulement une nationalité ou une citoyenneté, mais divers groupes ethniques vivant sur le territoire d'un Etat en tant que catégorie collective, p.ex. ATF 143 IV 193 (admis pour le terme « Kosovars »).

³¹⁵ TF, arrêt 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015 c. 2.1.1 ; Arrêt du Bezirksgericht Zürich du 2 mars 1999 (Nr. U/DG951118) c. 3, cité dans Tarek Naguib/ Fabienne Zannol, « Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB, Art. 171c MStG): ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis », Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2006, pp. 161-179, p. 169.

peut donc, en tant qu'expression d'un consensus sociétal, avoir une incidence directe sur l'application de l'art. 261^{bis} al. 4, 2^e moitié CP.³¹⁶

- 187 En revanche, la définition opérationnelle pourrait indirectement influencer l'application de l'art. 261^{bis} CP, par le biais de la sensibilisation des autorités pénales. Nous avons vu que l'art. 261^{bis} CP s'étend aux propos antisémites dissimulés sous forme de critiques contre Israël ou le sionisme, si ces derniers termes sont utilisés comme synonyme de « judaïsme » ou « Juifs », ou lorsque toutes ces notions sont mélangées sans distinction. Cela suppose que les procureurs et procureures, et les juges pénaux connaissent les termes codés et pratiques de détournement couramment utilisés pour dissimuler des messages antisémites. De par son emphase sur l'antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël, la définition opérationnelle pourrait favoriser la prise de conscience de cette problématique, et contribuer ainsi à ce que des propos potentiellement punissables sous l'art. 261^{bis} CP n'échappent à la justice.
- 188 Enfin, la sensibilisation des autorités pénales aux différentes facettes de l'antisémitisme moyennant la définition opérationnelle au sens large pourrait avoir une incidence en droit des sanctions. Selon la jurisprudence et la doctrine, les propos racistes, antisémites ou xénophobes qui n'atteignent pas le seuil de gravité requis par l'art. 261^{bis} CP peuvent être pris en compte dans l'appréciation de la gravité de la faute en relation avec une autre infraction, telle que l'injure au sens de l'art. 177 CP.³¹⁷ Le Code pénal suisse n'impose toutefois pas explicitement au juge pénal de prendre en compte les motifs antisémites lors de la fixation de la peine,³¹⁸ ce qui rend l'évaluation d'un éventuel impact de la définition opérationnelle dans ce domaine. A noter toutefois que le principe *in dubio pro reo* s'applique également en droit des sanctions, et s'oppose, en cas de doutes, à l'imputation d'un motif antisémite.

B. Droit civil : l'exemple de la protection de la personnalité

- 189 Le droit civil ne contient aucune interdiction de discrimination explicite. Toutefois, différentes notions juridiques indéterminées et clauses générales garantissent une protection implicite contre la discrimination raciale, notamment les dispositions sur la protection de la personnalité (art. 28 ss CC), le

³¹⁶ Suite à la reconnaissance du génocide des Arméniens de 1915 par le Conseil national (Postulat 02.3069), le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence dans l'affaire Perinçek (Arrêt TF 6B-398/2007 du 12 décembre 2007 notamment c. 4.2), ultérieurement critiquée par la Grande Chambre de la CourEDH (*Perinçek c. Suisse* (GC) du 15 octobre 2015, n° 27510/08), qui n'accorda pas une grande importance à la reconnaissance du génocide par le Conseil national.

³¹⁷ CSDH, Normes juridiques contre l'antisémitisme en Suisse. Extrait d'une étude du CSDH consacrée à la situation juridique de la communauté juive en Suisse et à la mise en œuvre de la Déclaration du Conseil ministériel de l'OSCE sur le renforcement des efforts de lutte contre l'antisémitisme, 19 novembre 2015, [<https://www.skmr.ch/frz/domaines/questions-institutionnelles/publications/normes-penales-contre-antisemitisme.html>] (30.06.2020) ; ATF 140 IV 67 (JdT 2015 IV 6) c. 2.5.3. En France, l'utilisation de la définition pour aider les magistrats à mieux prouver les circonstances aggravantes des crimes et délits antisémites fait partie des usages envisagés par le gouvernement, voir Délégation interministérielle à lutter contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH) République française, Qu'est-ce que la « définition de travail de l'antisémitisme » élaborée par l'International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) ?, 1 mars 2019, [<https://www.gouvernement.fr/qu-est-ce-que-la-definition-de-travail-de-l-antisemitisme-elaboree-par-l-international-holocaust>] (12.02.2020).

³¹⁸ Pour une critique, voir CSDH, Normes juridiques contre l'antisémitisme en Suisse. Extrait d'une étude du CSDH consacrée à la situation juridique de la communauté juive en Suisse et à la mise en œuvre de la Déclaration du Conseil ministériel de l'OSCE sur le renforcement des efforts de lutte contre l'antisémitisme, 19 novembre 2015, [<https://www.skmr.ch/frz/domaines/questions-institutionnelles/publications/normes-penales-contre-antisemitisme.html>] (30.06.2020).

principe de la bonne foi (art. 2 CC) et l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs.³¹⁹ En droit de travail, l'interdiction de la discrimination peut, par ailleurs, être rattachée aux normes spéciales sur le devoir d'assistance de l'employeur ou l'employeuse (art. 328 CO) et l'interdiction du congé abusif (art. 336 CO).³²⁰ En pratique, ces normes sont cependant très rarement invoquées pour agir contre des propos ou comportements racistes ou antisémites.³²¹ Par conséquent, leur portée quant aux phénomènes de discrimination raciale est entourée de nombreuses incertitudes, ce qui rend la tâche d'évaluer un éventuel impact de la définition opérationnelle sur l'interprétation de ces normes particulièrement difficile.

Pour cette raison, nous avons choisi d'analyser le cas de figure plus fréquent en pratique où une personne estime que des critiques la qualifiant de « raciste » ou « antisémite », ou décrivant son comportement de la sorte, est attentatoire à son honneur et intente une action fondée sur la protection de la personnalité (art. 28 ss CC). 190

Dans ce type de constellation, il existe un conflit entre deux droits fondamentaux : le droit à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst. et 8 CEDH), concrétisé en droit civil par les dispositions légales sur la protection de la personnalité, d'une part, et les libertés de communication (art. 16 ss Cst. et art. 10 CEDH), d'autre part. La jurisprudence de la CourEDH part de la prémisse qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les deux droits, qui ont une valeur égale.³²² Le conflit entre les droits doit être résolu par une mise en balance des intérêts concurrents, compte tenu des circonstances du cas d'espèce. La pondération des intérêts en jeu doit prendre en considération une série de facteurs identifiés par la jurisprudence européenne, à savoir, la contribution des propos à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée et l'objet des propos ; le comportement antérieur de la personne concernée ; le mode d'obtention des informations et leur véracité, le contenu, la forme et les répercussions de la publication et la gravité de la sanction imposée.³²³ Eu égard à la fonction démocratique des libertés de communication, le premier facteur (contribution à un débat d'intérêt général) revêt une importance particulière. Les juridictions nationales appelées à trancher des affaires mettant en jeu la protection de la réputation et les libertés de communication – y compris les juridictions civiles suisses statuant sur des demandes fondées sur la protection de la personnalité – doivent effectuer leur analyse en examinant soigneusement les facteurs de pondération pertinents selon la jurisprudence européenne. 191

³¹⁹ EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung : Analyse und Empfehlungen, Berne 2010, mis en ligne le 1 janvier 2010, [https://www.ekr.admin.ch/publikationen/d107/1073.html] (17.06.2020), pp. 19-20. Pour une comparaison des champs de protection des art. 28 ss CC et 261^{bis} CP, voir également Hans Michael Riemer, Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB im Vergleich zum strafrechtlichen Schutz gegen Rassendiskriminierung gemäss Art. 261^{bis} StGB, in : GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (éd.), Gedanken zur Rassismus-Strafnorm: 20 Jahre Art. 261^{bis} StGB, St. Gallen (Dike) 2016, pp.113-123.

³²⁰ CFR, Recht gegen rassistische Diskriminierung : Analyse und Empfehlungen, Berne 2010, mis en ligne le 1 janvier 2010, [https://www.ekr.admin.ch/publikationen/d107/1073.html] (17.06.2020), pp. 21-22.

³²¹ CFR, Recht gegen rassistische Diskriminierung : Analyse und Empfehlungen, Berne 2010, mis en ligne le 1 janvier 2010, [https://www.ekr.admin.ch/publikationen/d107/1073.html] (17.06.2020), p. 22 ; Tarek Nabuib et al., Anti-Schwarze-Rassismus : Juristische Untersuchung zu Problem und Handlungsbedarf (mandaté par la CFR), Bâle/ Winterthur 2017, [https://www.ekr.admin.ch/themes/fl127.html] (17.06.2020), n. 216.

³²² Cf. CourEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, n° 39954/08, par. 87.

³²³ Cf. CourEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, n° 39954/08, par. 89 ss.

192 La CourEDH a eu l'occasion de statuer sur deux affaires suisses concernant la protection de la personnalité d'un particulier critiqué pour avoir tenu des propos antisémites ou racistes. Sur la base d'un résumé des deux affaires, le présent avis visera à cerner l'impact potentiel que pourrait avoir la définition opérationnelle sur cette jurisprudence.

1. Affaire *CICAD c. Suisse*

193 L'affaire *CICAD c. Suisse* porte sur la réaction de la CICAD à deux passages de l'avant-propos de la plume de W.O., professeur en sciences politiques à l'Université de Genève, de l'ouvrage collectif intitulé « Israël et l'autre », paru sous la direction dudit professeur, lui-même d'origine juive. Le thème de l'ouvrage était la place du judaïsme dans la politique de l'État d'Israël et ses conséquences. Les passages litigieux avaient la teneur suivante :

« En devenant très consciemment l'État juif, Israël réunit sur ses épaules le poids de toutes ces questions qui explicitent la question juive de base. (...) L'identification d'Israël au judaïsme redouble toute activité politique, diplomatique, militaire en test, en examen de passage du judaïsme : voyons donc comment (...). Dans ces conditions, il est parfaitement vain de considérer qu'Israël est un État comme les autres : ses mains sont liées par la définition qu'il s'est donné[e] lui-même. Quand Israël s'expose sur la scène internationale, c'est bien le judaïsme qui s'expose en même temps. »

« Dans le domaine de la politique également, il est peu d'exemples aussi impressionnants de la présence agissante, [à] tous les niveaux, d'un État fort et interventionniste comme l'est l'État d'Israël, d'un État qui assume si pleinement la morale des « mains sales » (notamment la politique de bouclage de territoires, de destruction des maisons de civils, d'assassinats ciblés de responsables terroristes présumés) dans l'intérêt de la sécurité de ses citoyens. »

194 La CICAD qualifiait ces passages d'antisémites sur son site internet. Considérant que le reproche d'antisémitisme était attentatoire à son honneur, W.O. a intenté une action pour atteinte illicite à sa personnalité. Le jugement cantonal lui donnait gain de cause.

195 Devant le Tribunal fédéral, la CICAD soulève que les juridictions cantonales se seraient fondées sur une notion traditionnelle et étroite de l'antisémitisme et auraient omis d'analyser les propos du professeur W.O. à l'aune d'une définition contemporaine plus large. Se fondant sur la définition opérationnelle de l'antisémitisme élaborée par l'EUMC, elle soutient que le premier passage de la préface correspond à l'exemple 11 (l'idée selon laquelle les personnes juives seraient collectivement responsables des actions de l'État d'Israël), et le second à l'exemple 8 (le traitement inégalitaire de l'État d'Israël, à qui l'on demande d'adopter des comportements qui ne sont ni attendus ni exigés de tout autre État démocratique).

196 Le Tribunal fédéral relève que le reproche d'antisémitisme peut constituer une atteinte illicite à l'honneur et à l'intégrité morale « lorsque ce jugement de valeur apparaît, sur la base des faits ou des déclarations, comme insoutenable ou inutilement rabaissant ». ³²⁴ Il estime que l'exemple 11 n'est pas pertinent compte tenu du thème de l'ouvrage, traitant de l'enracinement de l'État d'Israël dans le judaïsme et non pas spécifiquement des actes négatifs commis par l'État d'Israël et des effets de ces actes « sur la communauté juive dans son ensemble ». ³²⁵ Au sujet de l'exemple 8, il contraste le libellé

³²⁴ TF, arrêt 5A_75/2008 du 28 juillet 2008 c. 2.1.

³²⁵ TF, arrêt 5A_75/2008 du 28 juillet 2008 c. 2.2.1.

absolu de l'exemple, se référant au comportement attendu « *d'aucune* autre nation démocratique » et les propos plus nuancés de la préface, relevant qu'il y avait « *peu d'exemples* aussi impressionnants (...) d'un Etat fort et interventionniste que l'Etat d'Israël ». ³²⁶ De là, il conclut que le reproche d'antisémitisme s'avère insoutenable même sous l'angle de la définition moderne plus large de l'antisémitisme invoquée par la CICAD, tout en laissant ouverte la question de l'exacte définition des règles invoquées pour l'interprétation de l'art. 28 CC. ³²⁷

L'affaire est ensuite portée devant la CourEDH, où la CICAD invoque une violation de sa liberté d'expression. La Cour confirme toutefois le raisonnement du Tribunal fédéral, sur la base d'une pondération des différents critères jurisprudentiels visant à ménager un juste équilibre entre la protection de la sphère privée (art. 8 CEDH) et la liberté d'expression (art. 10 CEDH). 197

En premier lieu, la Cour constate que le reproche d'antisémitisme à l'adresse de W.O., constituant un jugement de valeur, est en l'espèce dénué d'une base factuelle suffisante, ce qui la dispenserait, par ailleurs, d'examiner les différentes définitions de l'antisémitisme : « La Cour souligne qu'elle n'a point pour tâche de trancher la question relative à la définition – traditionnelle ou moderne – de la notion d'antisémitisme ». ³²⁸ 198

La Cour retient ensuite, en faveur de la CICAD, l'intérêt général du sujet et le statut particulier et rôle de la requérante dans une société démocratique, en tant qu'association avec une mission d'intérêt public (la lutte contre l'antisémitisme). 199

En faveur du professeur W.O., elle relève que le contenu et la teneur des propos « n'étaient pas injurieux ou insultants pour le peuple juif », ³²⁹ et que la formulation de l'allégation de la CICAD était particulièrement grave, équivalant à reprocher à W.O. d'avoir commis un délit selon la loi suisse : « Même si l'association requérante soutient ne jamais avoir prétendu que W.O. s'était rendu coupable de l'infraction d'antisémitisme réprimée par le code pénal et même si les termes utilisés par elle n'étaient pas particulièrement sévères, la Cour convient que le reproche litigieux a néanmoins pu avoir des conséquences fortement dommageables pour la vie privée et professionnelle de W.O. ». ³³⁰ Sur l'impact potentiel des propos, la Cour observe que celui-ci est plus grand pour les propos diffusés en ligne, comme dans le cas d'espèce, que pour ceux diffusés par d'autres canaux. ³³¹ Enfin, elle relève que la nature de la sanction prononcée à l'égard de la CICAD, condamnant l'association à retirer les propos litigieux de son site internet et de publier les considérants importants de l'arrêt de l'instance cantonale, était de nature civile et non pénale, et constitue une réparation plutôt symbolique qui ne saurait être considérée comme excessive ou disproportionnée. ³³² 200

201

³²⁶ TF, arrêt 5A_75/2008 du 28 juillet 2008 c. 2.2.1., souligné par les auteures.

³²⁷ TF, arrêt 5A_75/2008 du 28 juillet 2008 c. 2.2.1.

³²⁸ CourEDH, *CICAD c. Suisse* du 7 juin 2016, n° 17676/09, par. 58.

³²⁹ CourEDH, *CICAD c. Suisse* du 7 juin 2016, n° 17676/09, par. 56.

³³⁰ CourEDH, *CICAD c. Suisse* du 7 juin 2016, n° 17676/09, par. 56.

³³¹ CourEDH, *CICAD c. Suisse* du 7 juin 2016, n° 17676/09, par. 59 s.

³³² CourEDH, *CICAD c. Suisse* du 7 juin 2016, n° 17676/09, par. 62.

En définitive, la Cour considère que les intérêts retenus en faveur de la CICAD pèsent moins lourd dans la balance que ceux du côté de la réputation du prof. W.O., et conclut à la non violation de l'article 10 de la Convention.³³³

2. Affaire *GRA c. Suisse*

- 202 Les faits à la base de l'affaire *GRA c. Suisse* remontent à la campagne politique précédant la votation sur l'initiative populaire visant à interdire la construire des minarets en Suisse. Dans un discours à l'appui de l'initiative, un jeune politicien, président d'une section locale de jeunes d'un parti politique, s'opposait à l'expansion de l'islam et insistait sur la nécessité de protéger la culture de référence suisse (« schweizerische Leitkultur »), basée sur le Christianisme. La Fondation contre le racisme et l'antisémitisme (GRA) réagit à ce discours, en le classant dans la rubrique « racisme verbal » sur son site internet.
- 203 S'estimant lésé dans son honneur, le politicien visé intenta une action pour atteinte illicite à la personnalité, qui fut déclarée bien fondée. Le jugement ordonnant à l'association de retirer les commentaires litigieux de son site internet fut confirmé par les instances de recours, y compris le Tribunal fédéral.
- 204 Dans leur arrêt, les juges fédéraux insistent sur la gravité du reproche de la GRA, estimant que la qualification de « racisme verbal » pourrait impliquer le reproche d'avoir commis une infraction pénale et serait d'une façon générale apte à réduire la considération dont bénéficie une personne en société.³³⁴ Se référant à des définitions du racisme qui figurent dans des dictionnaires et au racisme au sens du droit pénal, ils adoptent une interprétation étroite du phénomène raciste,³³⁵ inspirée largement de la conception de droit pénal (art. 261^{bis} CP) : « pour être constitutifs de discrimination raciale, il faut que des propos insistant sur les différences de certains groupes aient pour conséquence de dévaloriser les victimes, de les présenter de façon négative et de montrer du mépris pour leur dignité ».³³⁶ Ces conditions ne seraient pas remplies en l'espèce puisque le discours litigieux, insistant sur la protection de la culture de référence suisse, ne reviendrait pas à dénigrer en bloc les adeptes de l'islam ou à montrer du mépris pour les musulmans.³³⁷
- 205 Statuant sur une requête de la GRA, la CourEDH s'écarte cette fois du raisonnement du Tribunal fédéral et conclut que les juridictions nationales n'ont pas procédé à une mise en balance des intérêts concurrents dans le respect des critères établis par la jurisprudence européenne, et ont failli à trouver un juste équilibre entre les intérêts en cause. Elle passe en revue les différents critères, mettant l'accent sur le fait que l'affaire s'inscrit dans un contexte politique :³³⁸ la critique du discours du jeune politicien concerne une thématique qui fait l'objet de vives discussions et porte sur un sujet d'intérêt général. Lorsqu'une telle critique provient d'une ONG, celle-ci exerce un rôle de chien de garde dans une démocratie, comparable à celui de la presse. La cible de la critique est un politicien, qui s'est

³³³ CourEDH, *CICAD c. Suisse* du 7 juin 2016, n° 17676/09, par. 55, 64.

³³⁴ ATF 138 III 641 c. 3 et 4.3.

³³⁵ Pour une critique de cette approche, voir Tarek Naguib (2013) (supra note de bas de page n° 167), pp. 13-27.

³³⁶ A comparer avec Niggli (2007) (supra note de bas de page n° 296), n. 1137 et 1271.

³³⁷ ATF 138 III 641 c. 4.3., 4.4.1 s.

³³⁸ CourEDH, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse* du 9 janvier 2018, n° 18597/13, par. 60 ss.

délibérément exposé au contrôle du public en exprimant ses opinions politiques et qui devrait dès lors faire preuve d'un plus grand degré de tolérance à l'égard de critiques qu'une personnalité privée.

La Cour observe par ailleurs que la qualification du discours du politicien de « racisme verbal », 206 constituant un jugement de valeur, repose en l'espèce sur une base factuelle suffisante,³³⁹ prenant en compte les définitions du racisme de l'ECRI et de la CFR,³⁴⁰ ainsi que les critiques de l'initiative sur les minarets provenant de différents organismes, y compris le rapport du CERD qui rapproche l'initiative du racisme et de la xénophobie dans la politique et les médias.³⁴¹ La Cour conclut que le reproche n'était ni « dénué de toute base factuelle » ni une « attaque personnelle gratuite » :³⁴² en invoquant la nécessité de se défendre contre l'islam, le discours allait au-delà d'une simple comparaison des cultures, et suggérait que l'islam était quelque chose de négatif.³⁴³

A cela s'ajoute, selon la Cour, que la requérante n'a jamais soutenu que le discours du politicien tombe 207 sous le coup de l'infraction pénale de discrimination raciale (art. 261^{bis} CP),³⁴⁴ et qu'elle a, au contraire, souligné, dans ses arguments exposés devant les autorités nationales et la Cour, qu'il était nécessaire de pouvoir qualifier de raciste les propos d'un individu sans que soit nécessairement engagée une quelconque responsabilité pénale.³⁴⁵

L'association requérante n'a, par ailleurs, pas évoqué la vie privée et familiale du politicien mais la 208 manière comment son discours politique a été perçu. En donnant un discours sur un sujet extrêmement sensible, le politicien devait s'attendre à des réactions critiques de la part de ses opposants politiques, et la classification de ses propos dans la rubrique « racisme verbal » ne pouvait guère avoir eu un impact néfaste sur sa vie privée et professionnelle.³⁴⁶ Qui plus est, la sanction infligée, même si elle était légère, aurait pu avoir un « effet dissuasif » sur l'exercice par l'organisation requérante de sa liberté d'expression car elle aurait pu la décourager de poursuivre ses objectifs statutaires et de critiquer les propos et politiques à l'avenir.³⁴⁷

3. Evaluation

Si les affaires *CICAD c. Suisse* et *GRA c. Suisse* ont été exposées de manière relativement détaillée, 209 c'est pour mettre en exergue que la résolution de conflits entre la réputation (art. 13 Cst. et 8 CEDH) et les libertés de communication (art. 16 ss Cst. et 10 CEDH), arbitrés en droit civil dans le cadre des dispositions sur la protection de la personnalité, est largement tributaire du contexte dans lequel s'inscrit chaque affaire. Le contenu et la teneur des reproches d'antisémitisme (ou de racisme), et le fait qu'ils correspondent à une certaine définition du racisme ou de l'antisémitisme n'est donc pas forcément

³³⁹ Idem, par. 70.

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ Idem, par. 71.

³⁴² Idem, par. 73 et 75.

³⁴³ Idem, par. 72 s.

³⁴⁴ Idem, par. 74.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Idem, par. 75 s.

³⁴⁷ Idem, par. 77 s.

décisif en soi. Ce fait limite l'effet potentiel que la définition opérationnelle de l'IHRA pourrait déployer en matière de la protection de la personnalité.

- 210 Dans l'affaire *GRA c. Suisse*, la Cour confirme sa jurisprudence précédente, en accordant une protection très élevée aux propos sur un sujet d'intérêt général. Quand la critique cible une politicienne ou un politicien et intervient dans un débat sur un sujet politique faisant l'objet de vives controverses, les limites de la critique admissible sont très larges.³⁴⁸ L'importance que joue la liberté d'expression dans une société démocratique amène la Cour dans ce type d'affaires aussi à se montrer soucieuse de l'effet dissuasif des sanctions, même si elles ne sont pas de natures pénales et plutôt modestes. Sur cet aspect, l'affaire *GRA c. Suisse* se distingue de l'affaire *CICAD c. Suisse*, où les propos litigieux ne s'inscrivent pas dans un contexte politique, mais scientifique.
- 211 La gravité de l'atteinte à la réputation privée et professionnelle causée par le reproche d'avoir tenu des propos racistes ou antisémite, est jugée plus importante pour un professeur que pour un politicien, puisque le reproche de racisme ou d'antisémitisme véhiculé à l'encontre d'une chercheuse ou d'un chercheur remet en cause sa crédibilité scientifique et peut avoir des répercussions indirectes sur la liberté académique, décourageant la recherche et des publications sur certains sujets sensibles.
- 212 Ensuite, au sujet de la conception du racisme et de l'antisémitisme, les deux affaires montrent des ressemblances et des différences. Dans les deux affaires, la Cour se demande si le reproche de racisme ou d'antisémitisme est dénué de tout fondement factuel sans trancher définitivement la question de la définition. La Cour rejette cependant dans l'affaire *GRA c. Suisse* l'argument selon lequel le reproche de racisme ou d'antisémitisme implique forcément le reproche d'un comportement pénalement répréhensible.
- 213 L'ouverture de la Cour à une conception plus large du racisme que celle centrée sur le droit pénal est à notre sens convaincante. L'application du droit pénal ne vise qu'à sanctionner les propos racistes les plus graves. Le fait que certains propos n'atteignent pas ce seuil de gravité élevé n'implique pas qu'ils ne soient pas problématiques du point de vue de la tolérance. Dans le même ordre d'idée, le Comité CERD et le plan de Rabat sur le discours de haine ne réduisent pas la notion de racisme à celle du droit pénal et soulignent la nécessité d'adapter les instruments étatiques (recours au droit pénal, droit civil ou autres moyens) en fonction de la gravité des propos (supra n. 75). Il peut donc s'avérer justifié de critiquer des propos de « racistes » ou d'« antisémites » sans qu'ils tombent sous le coup de l'art. 261^{bis} CP. En fonction du contexte, le respect de la liberté d'expression commande de laisser une plus ou moins grande latitude à l'exagération, pour autant que la critique ne soit pas une attaque purement personnelle, dénuée de tout fondement factuel.
- 214 Une conception du racisme ou d'antisémitisme qui est plus large que celle du droit pénal ouvre la possibilité de prendre en compte d'autres définitions des mêmes phénomènes, comme la définition opérationnelle étudiée dans le présent avis de droit. A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour et le Tribunal fédéral se sont montrés soucieux de ne pas prendre position sur des questions

³⁴⁸ Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour avait par exemple tranché en faveur de la liberté d'expression d'un journaliste traitant une politicienne de « vieux crypto-nazis » (Kellernazi), voir CourEDH, *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche* du 13 novembre 2003, n° 39394/98.

définitionnelles controversées, notamment les controverses autour d'existence d'un antisémitisme sous forme de rejet de l'Etat d'Israël.

En cas d'adoption officielle de la définition opérationnelle, l'on peut partir de l'idée que le Tribunal fédéral reconnaîtra la définition opérationnelle de l'IHRA comme une définition valable de l'antisémitisme et que celle-ci se verra accorder une certaine pertinence. Cela d'autant plus si elle devait remplacer ou compléter les définitions figurant sur le site des organes voués à la lutte contre le racisme (CFR, SLR). Vu le caractère vague de la définition opérationnelle de base, les plaideurs et les tribunaux porteraient très probablement leur attention sur les exemples, comme c'était déjà le cas dans l'affaire *CICAD c. Suisse*. Dans des cas de figure où le reproche d'antisémitisme porterait sur des propos correspondant plus clairement à un des exemples en lien avec l'Etat d'Israël que dans l'affaire *CICAD c. Suisse*, l'adoption de la définition opérationnelle par la Suisse pourrait influencer la mise en balance des intérêts en faveur de la liberté d'expression et au détriment de la protection de la personnalité. Il semblerait difficile de considérer une critique d'antisémitisme comme dénuée de fondement factuel si elle se fonde sur une définition officiellement adoptée par les autorités suisses. 215

L'impact de l'adoption de la définition opérationnelle et des exemples ne devrait néanmoins pas être surestimé. Il sera relativisé par l'approche contextuelle qui prévaut en matière de conflit entre la réputation et les libertés de communication. A cela s'ajoute un autre facteur contextuel : comme relevé précédemment, les exemples n'énumèrent pas des faits ou propos qui sont *per se* antisémites mais qui *peuvent* l'être, en fonction du contexte. L'importance du contexte pour déterminer si des propos méritent la qualification de racisme ressort par ailleurs aussi de l'arrêt *GRA c. Suisse*, où la Cour a interprété l'appel à la protection de la culture de référence suisse en tenant compte du contexte de l'initiative anti-minaret. 216

Qui plus est, les exemples sont aussi sujets à interprétation. Dans l'affaire *CICAD c. Suisse*, le Tribunal fédéral adopte une interprétation étroite d'un des exemples les plus controversés sous l'angle de la liberté d'expression, celui des doubles standards (exemple 8 : le traitement inégalitaire de l'Etat d'Israël, à qui l'on demande d'adopter des comportements qui ne sont ni attendus ni exigés de tout autre Etat démocratique). Interprété de façon extensive, l'on pourrait soutenir qu'une critique adressée à une politique de l'Etat d'Israël est inégalitaire si l'auteur ou l'auteure omet de critiquer en même temps des politiques « plus ou moins semblables » d'autres Etats. Le Tribunal fédéral n'a pas opté pour une telle lecture. Il a rejeté la pertinence de l'exemple au motif que l'auteur aurait décrit les agissements de l'Etat d'Israël comme faisant partie des « peu d'exemples », – et non du seul exemple – d'un Etat fort et interventionniste assumant « si pleinement la morale des 'mains sales' ». 217

En guise de conclusion, dans le domaine de la protection de la personnalité, l'adoption de la définition opérationnelle pourrait déployer un certain effet, qui serait cependant limité par des facteurs de nature contextuelle. Dans la mesure où la définition opérationnelle définit l'antisémitisme comme un phénomène social et non à des fins du droit pénal, sa prise en compte pourrait avoir l'effet bénéfique d'élargir les limites de la critique admissible, et d'ouvrir par ce biais un champ à la discussion de ce qui est antisémite, ou ce qui ne l'est pas. En effet, l'adoption de la définition opérationnelle serait un élément pertinent pour infirmer la lecture étroite faite par le Tribunal fédéral du racisme dans le contexte de la protection de la personnalité, qui tend à limiter la critique admissible à des reproches ciblant des propos 218

tombant sous le coup du droit pénal. La position de la Cour adoptée dans l'affaire *GRA c. Suisse*, qui rejeta cette approche adoptée par le Tribunal fédéral, s'en verrait renforcer au bénéfice de la liberté d'expression.

C. Droit administratif : l'exemple de l'exercice des libertés de communication faisant usage des biens de l'Etat

- 219 Dans le domaine du droit administratif, l'exemple qui a été choisi pour examiner l'impact potentiel de l'adoption de la définition opérationnelle est celui de l'exercice des libertés de communication nécessitant l'usage des biens de l'Etat, et étant pour ce motif sujet à autorisation.
- 220 Pour pouvoir déployer effectivement leur fonction d'appel et d'information dans une société démocratique, les libertés de communication dépendent parfois de la mise à disposition des biens de l'Etat, qu'il s'agisse d'organiser une manifestation sur le domaine public, ou de louer une salle d'un établissement public faisant partie du patrimoine administratif (p.ex. une salle communale, une salle à l'université, ou les locaux d'un théâtre), ou de louer des surfaces pour y apposer des affiches. Dans la mesure où de telles formes d'usage vont au-delà de l'usage commun du domaine publique, elles peuvent être soumises à autorisation.³⁴⁹ L'exigence d'une autorisation préalable se justifie par la nécessité de tenir compte des intérêts des autres usagers et usagères et, en particulier pour les manifestations, des intérêts publics, notamment la sécurité, la tranquillité et l'ordre public. L'autorité doit procéder à une pesée objective des intérêts concurrents, qui prend en compte la fonction idéale des libertés de communication. Une pesée objective suppose que l'autorité s'abstient de porter un jugement sur le thème et le contenu de la communication. Le fait que l'autorité approuve ou désapprouve les opinions ou le thème de la communication n'est pas un critère pertinent.³⁵⁰ Comme le refus d'une autorisation est une restriction préalable, constitutive d'une atteinte particulièrement grave aux libertés de communication, une grande vigilance s'impose.
- 221 Deux arrêts du Tribunal fédéral qui présentent un lien avec la thématique de l'antisémitisme illustrent ces principes. Le premier porte sur le refus des autorités genevoises de louer une salle de théâtre pour un spectacle à Dieudonné, comédien français connu pour ses propos antisémites.³⁵¹ Le Tribunal fédéral rappelle qu'un tel refus, intervenant à titre préventif, ne se justifie qu'à des conditions restrictives. Le refus de l'autorisation « doit avoir pour but la protection de biens juridiques élémentaires. Il doit par ailleurs pouvoir être établi de façon concrète que l'exercice de la liberté d'expression portera atteinte à d'autres droits fondamentaux ; de vagues craintes ne suffisent pas. »³⁵²
- 222 L'argument des autorités genevoises de ne pas vouloir se rendre complice d'un antisémite en louant la salle à Dieudonné, et celui que le comédien français ait tenu des propos provocateurs et particulièrement choquants qui aient suscité des agitations et débordements par le passé, n'ont pas satisfait à ces exigences. Le Tribunal fédéral rejette ces motifs de refus liés au spectacle de Dieudonné, qualifiés d'une « sorte de censure préalable, qui n'est pas compatible avec la liberté d'expression. Que Dieudonné ait à

³⁴⁹ Voir p.ex. Andreas Auer/ Giorgio Malinverni/ Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*. Vol. II : Les droits fondamentaux, Berne (Stämpfli) 2013, n. 622 ss.

³⁵⁰ Voir p.ex. ATF 138 I 274 c. 2.2.2. ; 132 I 256 c. 3 ; 124 I 267 c. 3b.

³⁵¹ TF, arrêt 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.

³⁵² TF, arrêt 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 c. 4.2.

plusieurs reprises, par le passé, eu des attitudes provocatrices et tenu des propos choquants, ne permet pas d'interdire qu'il se produise en public ».³⁵³ Il en irait autrement dans l'hypothèse où il serait avéré que le spectacle « enfreignait de façon manifeste des dispositions pénales, constituant par exemple une atteinte à la liberté de croyance ou des cultes (art. 261 CP) ou incitant à la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) ».³⁵⁴ Dans un tel cas de figure, le refus d'autorisation serait compatible aux exigences constitutionnelles et conventionnelles (art. 36 Cst. et 10 par. 2 CEDH).

Pour des manifestations ou d'autres événements où le contenu des opinions qui seront diffusées ne peut guère être établi en amont,³⁵⁵ la condition qu'il soit avéré que les opinions diffusées lors d'un événement tombent manifestement sous le coup d'une infraction pénale ne devrait en pratique être remplie que dans des cas tout à fait exceptionnels. L'argument selon lequel une manifestation dirigée contre certaines politiques de l'Etat d'Israël pourrait conduire à des propos antisémites au sens de la définition opérationnelle ne justifierait dès lors pas un refus. De tels propos ne sont pas avérés en amont, et, dans la mesure où ils correspondraient à des exemples contemporains d'antisémitisme, difficilement qualifiables comme enfreignant de façon manifeste l'art. 261^{bis} CP. 223

Le second arrêt porte directement sur des opinions critiques de l'Etat d'Israël.³⁵⁶ Le Tribunal fédéral y admet le recours d'une association qui conteste le refus des autorités CFF de lui permettre d'apposer une affiche dans la gare de Zurich. Sur un arrière-fond foncé, l'affiche, signé « solidarité Paléستine, région Zurich », reproduit un texte sous le titre « 61 années d'Israël – 61 ans d'injustice à l'égard des palestiniens » qui se termine avec le passage suivant « Israël : fondé par la violence sur le sol des palestiniens » et « l'injustice exige la résistance ». En examinant le refus des autorités CFF, le Tribunal fédéral rappelle l'interdiction d'une censure préalable dans le sens d'un contrôle préventif et général du contenu des opinions destinées à être communiquées. Le motif principal invoqué par les CFF – l'interdiction générale faite par le règlement applicable à l'affichage de diffuser des messages portant sur des thèmes sensibles de la politique étrangère – constituait une telle censure préalable qui ne poursuivait aucun motif d'intérêt public.³⁵⁷ Rappelant qu'un refus ne peut se justifier dans un cas concret uniquement dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal fédéral retient que l'affiche, tout en faisant une déclaration combative, ne contient pas des propos qui tombent sous le coup du droit pénal ou qui seraient contraires à d'autres prescriptions légales. Le texte de l'affiche n'appelle notamment pas à la violence ou à des actions enfreignant le droit pénal. Elle ne viole pas non plus les droits fondamentaux de tiers. Un examen plus approfondi du contenu de l'affiche équivaldrait à une censure préalable et ne serait pour cette raison pas admissible, estime le Tribunal fédéral. Le fait que certains passants et passantes rejettent le message de l'affiche, en partie de manière véhémement, ne justifie pas de bannir des déclarations de nature idéale du périmètre de la gare. ³⁵⁸ « Il est enfin sans importance que 224

³⁵³ TF, arrêt 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 c. 5.1.

³⁵⁴ TF, arrêt 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 c. 5.1.

³⁵⁵ Cela d'autant plus qu'il n'est pas compatible avec les libertés de communication d'exiger une liste des orateurs dans le cadre de la procédure d'autorisation, ATF 107 Ia 292 c. 4.

³⁵⁶ ATF 138 I 274.

³⁵⁷ ATF 138 I 274 c. 3.4.1.

³⁵⁸ ATF 138 I 274 (JdT 2013 I 3) c. 3.5.1.

cette affiche soit critique à l'encontre d'Israël car la recourante serait aussi tenue, aux mêmes conditions, d'autoriser une affiche critique envers le mouvement palestinien ». ³⁵⁹

- 225 L'adoption de la définition opérationnelle changerait-elle le raisonnement, voire l'issue d'une cause portant sur des affiches semblables ? A notre sens, c'est peu probable si l'on tient compte de toute une série d'éléments de l'argumentaire du Tribunal fédéral : l'importance des libertés de communication sur des sujets politiques, la gravité d'une restriction préalable, justifiant le refus dans des cas exceptionnels, principalement en cas de violation des dispositions du code pénal (art. 261^{bis} CP), et la nature sommaire du contrôle admissible dans le cadre d'une procédure d'autorisation. Notons qu'utilisés à bon escient, les exemples se référant au nouvel antisémitisme exigent d'une façon générale un examen circonstancié (allant bien au-delà d'un contrôle sommaire) du contexte pour tracer la ligne de démarcation entre la critique admissible de l'Etat d'Israël et des propos antisémites.

D. Conclusion

- 226 La définition opérationnelle peut déjà déployer certains effets indépendamment de son adoption. En effet, les tribunaux suisses peuvent s'en inspirer pour concrétiser et interpréter des notions de droit interne, comme ils le font avec d'autres instruments internationaux non contraignants adoptés dans l'enceinte d'organisations ou d'organismes internationaux dont la Suisse est membre. L'adoption de la définition n'impliquerait donc pas forcément un changement fondamental. L'on peut cependant s'attendre à ce que la définition soit citée plus fréquemment après avoir été officiellement endossée. L'impact de l'adoption dépendra cependant aussi d'éventuelles cautions prévues dans l'acte d'adoption. L'on peut s'attendre qu'il soit variable selon les domaines du droit.
- 227 Dans le domaine du droit pénal, le principe de légalité s'oppose à une interprétation extensive des dispositions pénales défavorables à la personne prévenue et commande que les infractions soient définies de façon précises à des fins de prévisibilité et de sécurité du droit. En raison de la formulation vague et indéterminée de la définition de base, celle-ci ne se prête pas à être appliquée dans le domaine du droit pénal. A cela s'ajoute que le droit pénal ne vise à réprimer que les formes les plus graves du racisme et de l'antisémitisme, les normes pénales – comme l'art. 261^{bis} CP – prévoyant des critères d'évaluations propres. Cela a pour conséquence que certains propos et pratiques qui peuvent être qualifiés de racistes ou antisémites selon d'autres définitions ou conceptions de racisme ou d'antisémitisme échappent à l'emprise de la loi pénale. Pour toutes ces raisons, l'adoption de la définition de l'IHRA ne devrait, à notre sens, pas directement affecter l'application de l'art. 261^{bis} CP. Utilisée comme outil de formation, la définition opérationnelle pourrait toutefois sensibiliser les procureurs et procureures, et les juges aux stratégies de détournement, et par ce biais, contribuer à ce que des propos potentiellement punissables sous l'art. 261^{bis} CP n'échappent à la justice. La sensibilisation des autorités pénales aux différentes facettes de l'antisémitisme pourrait éventuellement aussi avoir une incidence en droit des sanctions. Elle pourrait rendre les instances judiciaires plus enclines à tenir compte du motif antisémite d'une infraction lors de la fixation de la peine. A noter toutefois que le principe *in dubio pro reo* s'applique également en droit des sanctions, et s'oppose, en cas de doutes, à l'imputation d'un motif antisémite.

³⁵⁹ ATF 138 I 274 (JdT 2013 I 3) c. 3.5.2.

Dans le domaine de la protection de la personnalité, l'adoption de la définition opérationnelle pourrait 228 déployer un effet plus grand qu'en droit pénal. Elle pourrait encourager les tribunaux à se référer davantage à la définition pour déterminer si des critiques véhiculées à l'encontre de certaines personnes leur reprochant d'avoir tenu des propos antisémites sont dénuées d'une base factuelle suffisante et constituent dès lors une atteinte illicite à la personnalité. En effet, la jurisprudence du Tribunal fédéral dénotait la tendance de réduire le champ de la critique admissible aux constellations où les propos critiqués comme étant racistes tombaient dans le champ de l'art. 261^{bis} CP, tendance désavouée par la CourEDH dans l'arrêt *GRA c. Suisse*. Dans la mesure où la définition opérationnelle définit l'antisémitisme d'une façon plus large que le droit pénal, sa prise en compte pourrait avoir l'effet bénéfique d'élargir les limites de la critique admissible, et d'ouvrir par ce biais un champ à la discussion de ce qui est antisémite, et ce qui ne l'est pas. L'effet potentiel de la définition serait cependant limité par l'approche contextuelle adoptée par la jurisprudence pour mettre en balance la liberté d'expression, d'une part, et la protection de la réputation, d'autre part.

Dans un domaine précis du droit administratif – celui de l'usage des biens de l'Etat pour l'exercice des 229 libertés de communication – il est peu probable que l'adoption de la définition opérationnelle aurait un impact significatif. Appelé à statuer sur des recours dirigés contre des refus de délivrer des autorisations d'utiliser le domaine public ou le patrimoine administratif à des fins de communication, le Tribunal fédéral part de la prémisse que l'évaluation des demandes doit se faire de façon objective, c'est-à-dire de manière indépendante du contenu des idées et messages à diffuser. L'autorité doit se contenter d'un contrôle sommaire. Compte tenu de l'importance des libertés de communication sur des sujets politiques, et de la gravité d'une restriction préalable, le refus d'une autorisation en raison du contenu ne se justifie que dans des cas exceptionnels, principalement dans le cas d'un risque sérieux et concret de violation des dispositions du code pénal (art. 261^{bis} CP). Il ne reste donc guère de place pour une conception d'antisémitisme qui serait plus large que celle du droit pénal.

VI. Modes de reconnaissance de la définition opérationnelle

Avant d'examiner les différents instruments juridiques envisageables pour procéder à l'adoption de la 230 définition opérationnelle (ch. B), il est utile de mieux cerner le statut et les effets juridiques de celle-ci (ch. A), l'acte d'adoption pouvant à son tour lui-même influencer l'impact juridique de la définition opérationnelle (ch. C).

A. Statut et effets juridiques de la définition

Comme relevé à plusieurs reprises, la définition opérationnelle n'est pas contenue dans un instrument 231 international juridiquement contraignant, notamment un traité ou une décision ayant un caractère obligatoire. La définition ne relève donc pas du droit international public au sens de l'art. 38 par. 1 du Statut de la Cour internationale de justice.³⁶⁰

Peut-on néanmoins la qualifier de *soft law* ou droit souple ? Le droit souple est abordé diversement par 232 la doctrine et les Etats. Dans son rapport en réponse au postulat 18.4104 sur la consultation et la

³⁶⁰ RS 0.193.501.

participation du Parlement dans le domaine du droit souple, le Conseil fédéral a précisé les aspects qui permettent de distinguer le droit souple:

« Les différentes formes du droit souple ont toutes en commun de constituer des règles normatives qui ne sont pas contraignantes en droit international public. Généralement, deux aspects distinguent le droit souple :

- le droit souple est constitué de règles de conduite qui vont au-delà des simples déclarations d'intention en matière de coopération et présentent donc un certain degré de normativité (droit ou « law »).
- ces règles n'ont pas de force juridique contraignante ; elles ne constituent pas des sources juridiques du droit international public et le droit international public ne prévoit pas d'obligations de les mettre en œuvre (souple ou « soft »). »³⁶¹

Le rapport précise par ailleurs que « vers le bas » le droit souple se distingue des analyses comparatives et des bonnes pratiques ainsi que des normes et codes de conduite adoptés par des acteurs non étatiques.³⁶²

233 En l'occurrence, l'auteur du document, l'IHRA, est un organisme interétatique. Ses décisions ne sont pas juridiquement contraignantes vis-à-vis les Etats membres de l'IHRA. Le caractère « souple » de l'instrument est par conséquent donné.³⁶³ La question de savoir si nous faisons face à du « droit », soit une règle de conduite avec un certain degré de normativité, par opposition à une déclaration de « best practice » ou de « benchmarking », est moins évidente et nécessite quelques développements.

234 La décision de l'assemblée plénière de l'IHRA ne prend pas la forme d'une règle de conduite classique. Son premier but est de définir un terme, celui de l'antisémitisme. Le texte de la décision comporte tout de même quelques indices sur le mode d'utilisation de la définition envisagé par l'assemblée plénière. D'une part, la décision de l'IHRA précise que le texte explicatif et les exemples sont « destinés à guider le travail de l'IHRA ». On peut donc conclure, à contrario, qu'au moins la définition de base est censée avoir une utilisation plus large, notamment au sein des Etats membres. L'indication de différentes notions juridiques qui incorporent le terme antisémite à la fin de la définition au sens large indique d'ailleurs que les auteurs et auteures de la définition ont eu à l'esprit qu'elle puisse jouer un rôle dans l'application du droit. D'autre part, la phrase introductive « decides to *adopt* » évoque l'idée d'un accord entre les Etats membres (par opposition à une formule moins contraignante comme p.ex. « takes note »), qui en soi confère à la définition une certaine valeur normative. En l'absence d'une précision contraire, on peut par ailleurs penser qu'il s'agit d'une décision qui dépasse le statut d'une simple déclaration d'intention. Il est toutefois difficile de dire s'il s'agit davantage d'une règle de conduite, qui correspondrait à l'un des aspects identifiés dans le rapport du Conseil fédéral, ou d'une définition-modèle, dans le sens d'un « benchmarking ».

³⁶¹ Rapport du Conseil fédéral sur la consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple (« soft law ») en réponse au postulat 18.4104, 26 juin 2019, [<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20184104>] (18.06.2020), p. 5.

³⁶² Idem, p. 6

³⁶³ La doctrine distingue parfois la souplesse matérielle de la souplesse formelle. Voir par ex. Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne (Stämpfli) 2019, pp. 273 s. La décision de l'IHRA se caractérise par les deux, étant donné qu'elle n'impose pas des obligations aux Etats et que les décisions de l'IHRA sont formellement non contraignantes.

Deux remarques supplémentaires au sujet des considérations du rapport du Conseil fédéral sur le droit souple s'imposent. Premièrement, ces considérations du Conseil fédéral ont été élaborées dans le contexte de l'interprétation des art. 152 al. 3 LParl³⁶⁴ et 5b OLOGA³⁶⁵ sur la consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple. Ces dispositions ne s'appliquent pas au cas d'espèce pour une raison différente que nous verrons plus loin (infra n. 245). Deuxièmement, même si la décision de l'IHRA est comprise comme une forme de « benchmarking », plus qu'une « règle de conduite », elle peut déployer certains effets juridiques, et ne se distingue de ce point de vue pas du soft law, d'autant plus que le droit suisse ne connaît pas de définition de la notion d'antisémitisme et que les autorités appliquant le droit sont par conséquent contraintes à se référer à des définitions existant en dehors du droit positif, comme par exemple les définitions figurant dans des dictionnaires, ou émanant d'experts ou expertes sur l'antisémitisme, ou d'organismes nationaux ou internationaux de lutte contre le racisme et l'antisémitisme. Par conséquent, la classification exacte de la décision de l'assemblée plénière selon la définition du droit souple du Conseil fédéral ne nous paraît pas décisive pour répondre aux questions abordées dans le cadre de ce chapitre. 235

Notons, enfin, que tant le Parlement européen que le Conseil européen ont invité les Etats membres à « adopter et appliquer » la définition opérationnelle dans des domaines précis. Dans les Etats membres de l'Union européenne la définition opérationnelle semble donc être traitée comme du droit souple. 236

A propos des possibles effets juridiques de la définition opérationnelle, on peut distinguer différentes manières comment le droit peut appréhender un instrument non contraignant. Tout d'abord, il est possible qu'un acte normatif opère un renvoi à un instrument non contraignant et le rende par ce biais juridiquement contraignant. A titre d'exemple, l'on peut citer le renvoi à la définition opérationnelle opéré par un ordre exécutif présidentiel pour réglementer les propos antisémites sur les campus aux Etats-Unis (supra n. 58).³⁶⁶ Ensuite, les tribunaux peuvent rendre un acte non contraignant semi-obligatoire en s'y référant pour interpréter et concrétiser des notions juridiques indéterminées.³⁶⁷ L'arrêt *CICAD c. Suisse* illustre la possibilité d'un tel usage de la définition opérationnelle. Enfin, un tribunal peut reprendre un texte non contraignant figurant dans une ordonnance administrative. Même si les tribunaux ne sont pas juridiquement liés par les ordonnances administratives, ils les prennent généralement en considération et s'en écartent que de manière motivée.³⁶⁸ 237

A part des effets juridiques, un instrument non contraignant peut aussi déployer des effets non juridiques, par exemple de nature politique, sociologique ou psychologique.³⁶⁹ Concernant les effets politiques, on 238

³⁶⁴ RS 171.10.

³⁶⁵ RS 172.010.1.

³⁶⁶ Au sujet des effets juridiques d'un renvoi à des règles internationales, voir p.ex. Pierre Moor/ Alexandre Flückiger/ Vincent Martenet, *Droit administratif*. Vol. 1. Les fondements (3^e éd.), Berne (Stämpfli) 2012, pp. 302-303.

³⁶⁷ Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne (Stämpfli) 2019, pp. 319 s. ; En tant qu'expression d'un consensus international, les instruments internationaux de droit souple peuvent par ailleurs être utilisés pour interpréter des traités internationaux, voir Christine Kaufmann, *Rechtsstaatlichkeit und Internationalisierung*, in : Olivier Diggelmann/ Maya Hertig Randall/ Benjamin Schindler (éds.), *Verfassungsrecht der Schweiz/ Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zürich/ Bâle/ Genève (Schulthess) 2020, pp. 959-957, 972.

³⁶⁸ Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne (Stämpfli) 2019, pp. 321-322 ; Pierre Moor/ Alexandre Flückiger/ Vincent Martenet, *Droit administratif*. Vol. 1. Les fondements (3^e éd.), Berne (Stämpfli) 2012, pp. 428, 431.

³⁶⁹ Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne (Stämpfli) 2019, pp. 306 ss.

peut citer comme exemple, la crise politique provoquée en Belgique par l'adoption du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, conduisant à la démission du gouvernement belge.³⁷⁰ Au sujet des effets sociologiques et psychologiques, le « *naming and shaming* » peut être mentionné à titre d'illustration. Le recours à cette technique fait partie des activités des organisations consacrées à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme. Comme l'affaire *CICAD c. Suisse* l'a montré, la définition est déjà utilisée comme un instrument de référence pour justifier la dénonciation de certains propos comme étant antisémites. Utilisée à bon escient, la définition au sens large peut donc renforcer la lutte contre l'antisémitisme. En même temps, le manque de clarté entourant la finalité de la définition et les domaines dans lesquels elle est censée s'appliquer, combiné avec les incertitudes soulevées par des formulations et cautèles qui manquent de précision et le risque d'une mauvaise application des exemples pourrait également produire un effet dissuasif. Comme mentionné précédemment, ce type d'effet psychologique peut être problématique du point de vue des libertés de communication (supra n. 139).

239 Il est important de souligner que la définition opérationnelle est déjà susceptible de déployer tous les effets qui viennent d'être décrits, son statut en tant qu'acte de droit souple, au sens large, n'étant pas conditionné par son adoption au niveau interne. La confirmation explicite d'un texte international non contraignant par les autorités suisses suite à son adoption au niveau international est à vrai dire inhabituelle. Dans le sillage de la session plénière de Bucarest, l'adoption de la définition opérationnelle par les Etats membres au niveau interne a été préconisée par certaines organisations et institutions. A titre d'exemple, on peut citer le Forum européen sur l'antisémitisme, fondé en 2008 par l'AJC.³⁷¹ Ou encore, le Parlement européen, qui invita les Etats membres de l'Union européenne en juin 2017 à adopter et appliquer la définition opérationnelle dans l'identification et la poursuite des actes antisémites.³⁷² L'adoption de la définition au niveau interne semble avant tout poursuivre le but de renforcer son statut et la faire connaître plus largement. En d'autres mots, il s'agirait de renforcer l'autorité et l'effectivité de cet instrument, sans avoir pour objectif de changer la nature juridique de la définition, qui resterait un instrument non contraignant.³⁷³

240 Même si peu commune en Suisse, l'adoption interne de la définition opérationnelle comme instrument non contraignant aurait l'avantage de permettre aux autorités de clarifier les incertitudes entourant la définition, notamment le statut des passages explicatives et des exemples, et de spécifier l'usage qui en sera fait. Comme relevé antérieurement, une clarification de ces points est une démarche souhaitable du point de vue de la protection des libertés de communication, les incertitudes entourant l'interprétation et l'usage de la définition pouvant déployer un effet dissuasif sur ces libertés. Notons pour finir que le refus de procéder à l'adoption produirait aussi certains effets, consistant entre autres probablement à affaiblir l'autorité de la définition.

³⁷⁰ Démission acceptée par le Roi en audience du 21 décembre 2018 [www.monarchie.be/fr/agenda/audience-609] (20.07.2020).

³⁷¹ Antony Lerman, The Farical Attack on the UCU For Voting Against Use of the EUMC 'Working Definition' of Antisemitism, 2 juin 2011, [<https://antonylerman.com/2011/06/02/the-farical-attack-on-the-ucu-for-voting-against-use-of-the-eumc-working-definition-of-antisemitism/>] (02.05.2020).

³⁷² Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2017 sur la lutte contre l'antisémitisme, 1 juin 2017, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0243_FR.html] (08.04.2020), par. 2.

³⁷³ Voir également Gould (2020) (supra note de bas de page n° 62), p. 3, sur l'absence d'un consensus sur la signification du terme « adoption » dans ce contexte.

B. Instruments envisageables en vue de l'adoption de la définition

Différents instruments seraient envisageables pour procéder à l'adoption de la définition opérationnelle. 241
Nous allons examiner dans un premier temps le cas de figure où l'adoption émane du Conseil fédéral, avec ou sans concours de l'Assemblée fédérale, et ensuite l'hypothèse de l'adoption par le Parlement.

1. Adoption par le Conseil fédéral

Le Conseil fédéral exerce des compétences tant au niveau international, en tant qu'organe chargé des 242
affaires étrangères et représentant de la Suisse à l'étranger,³⁷⁴ qu'au niveau interne, en tant qu'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération et organe suprême de l'administration fédérale.³⁷⁵
Dans l'une ou l'autre de ces fonctions, il dispose d'une riche palette d'actions, qui inclut notamment, au niveau international, les déclarations politiques,³⁷⁶ et au niveau interne, les informations, recommandations et communications informelles,³⁷⁷ pour ne citer que quelques exemples.

Ces activités, dont l'objet premier n'est pas de produire un effet juridique, sont généralement regroupées 243
sous la catégorie des actes matériels, par opposition notamment aux décisions administratives.³⁷⁸ Tout comme les instruments internationaux non contraignant, les actes matériels peuvent, selon leur nature, devenir juridiquement pertinents malgré leur caractère non obligatoire, par exemple s'ils sont utilisés pour interpréter une règle de droit.³⁷⁹

Pour reconnaître ou adopter la définition opérationnelle, le Conseil fédéral pourrait tout simplement 244
émettre un avis sur la définition ou publier un communiqué d'information, faisant état de ce fait. L'acte d'adoption serait alors avant tout un signal de politique étrangère, laissant la question de l'application à l'interne entièrement ouverte. Une déclaration d'adoption pourrait ensuite s'articuler sous la forme d'une recommandation, préconisant l'utilisation de la définition opérationnelle par certains acteurs et/ou pour certains domaines. On pourrait aussi envisager que le Conseil fédéral ne recommande pas simplement l'utilisation de la définition à certaines unités administratives, mais l'impose par voie d'une ordonnance administrative,³⁸⁰ par exemple en matière de collecte des données statistiques sur la criminalité.

³⁷⁴ Art. 184 al. 1 Cst.

³⁷⁵ Art. 174 et 178 al. 1 Cst.

³⁷⁶ Sur l'arsenal des modes d'action du Conseil fédéral dans le domaine des affaires étrangères voir p.ex. le Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 (FF 1997 I 416).

³⁷⁷ Voir Alexandre Flückiger, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration : Un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand ?, Berne (Stämpfli) 1998, pp. 5 ss.

³⁷⁸ La terminologie varie. Certains et certaines parlent également d'actes informels (informal/informell), action administrative de fait (tatsächliches Verwaltungshandeln – Verwaltungstathandeln), action administrative simple (schlichtes Verwaltungshandeln), actes non décisionnels (Nicht-Verwaltungsakte), voir Alexandre Flückiger, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration : Un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand ?, Berne (Stämpfli) 1998, p. 6. Voir également, Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht (6^e éd.), Zürich/ St. Gall (Dike) 2010, n. 720a et 737.

³⁷⁹ Au sujet de la pertinence juridique des recommandations voir p.ex. Pierre Moor/ Alexandre Flückiger/ Vincent Martenet, Droit administratif. Vol. 1. Les fondements (3^e éd.), Berne (Stämpfli) 2012, pp. 410-415.

³⁸⁰ Au sujet de la définition et la fonction de l'ordonnance administrative, voir le Guide de législation de l'Office fédéral de justice OJ, 2019, [<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html>] (18.06.2020), pp. 141-142 ; Pierre Moor/ Alexandre Flückiger/ Vincent Martenet, Droit administratif. Vol. 1. Les fondements (3^e éd.), Berne (Stämpfli)

- 245 Comme relevé antérieurement, l'adoption au niveau interne d'un texte de droit souple par les autorités suisses suite à son adoption au niveau international est inhabituelle. Elle n'est pas prévue par le cadre législatif. Les art. 152 al. 3 LParl et 5b OLOGA, qui imposent dans certains cas une consultation des commissions parlementaires compétentes en matière de politique extérieure, s'applique uniquement à la phase des négociations internationales, qui s'est terminée, en l'occurrence, avec la décision de l'assemblée plénière de l'IHRA à Bucarest. Le Conseil fédéral n'est par conséquent pas obligé d'impliquer le Parlement dans sa décision d'adoption de la définition opérationnelle.
- 246 On pourrait se demander si l'association du Parlement serait tout de même opportune, sous l'angle politique ou institutionnel. Les développements aux Etats-Unis et au Canada montrent que l'exécutif et le législatif peuvent porter une appréciation différente sur l'opportunité d'adopter la définition opérationnelle au niveau interne. D'un point de vue pratique, l'implication du Parlement pourrait alors s'inspirer de la démarche adoptée en Autriche. Le gouvernement autrichien a « pris note » de la définition opérationnelle « avec approbation » sans trancher définitivement la question de son adoption, et a renvoyé l'affaire au Parlement pour traitement ultérieur.³⁸¹
- 247 Enfin, en l'attente d'une prise de position du Conseil fédéral, toute autorité administrative peut, en raison de sa compétence d'exécution, appliquer la définition dans l'exécution de ses tâches. Le SLR utilise d'ailleurs déjà aujourd'hui une version précisée et élargie de la définition opérationnelle.³⁸²

2. Adoption par l'Assemblée fédérale

- 248 Il existe aussi la possibilité que les chambres parlementaires se saisissent directement de l'affaire, indépendamment et en dehors d'une éventuelle procédure d'adoption de la définition opérationnelle par le Conseil fédéral, notamment par le biais d'un postulat.³⁸³ Cet instrument fut utilisé par le Conseil national en 2003 pour reconnaître le génocide des Arméniens.³⁸⁴ Une approche non coordonnée entre le Conseil fédéral et le Parlement porte toutefois le risque de positions divergentes.

C. Le contenu de l'acte d'adoption

- 249 L'acte d'adoption devrait, en premier lieu, préciser son objet, ce qui implique avant tout une prise de position claire vis-à-vis les passages explicatifs et les exemples. Nous avons vu que les pratiques des Etats divergent à ce sujet, certains ayant adopté seulement la définition de base, avec ou sans ajout

2012, pp. 422 ss ; Pierre Tschannen/ Ulrich Zimmerli/ Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht (3^e éd.), Berne (Stämpfli) 2009, pp. 371 ss.

³⁸¹ Bundeskanzleramt, Beschlussprotokoll des 40. Ministerrates vom 25. April 2017, [<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/ministerratsprotokolle/ministerratsprotokolle-xxv-regierungsperiode/beschlussprotokoll-des-40-ministerrates-vom-25-april-2017.html>] (05.02.2020), par. 15.

³⁸² Service de lutte contre le racisme, Le SLR utilise-t-il la définition de l'antisémitisme de l'IHRA?, 16 février 2018, [<https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/frb/demandes-et-reponses/le-SLR-utilise-t-il-la-d%C3%A9finition-de-l%E2%80%99antis%C3%A9mitisme-de-l%E2%80%99IHRA.html>] (17.06.2020).

³⁸³ Contrairement à d'autres parlements étrangers, l'Assemblée fédérale n'a pas la compétence d'adopter des résolutions non contraignantes.

³⁸⁴ Postulat 02.3069 de Jean-Claude Vaudroz sur la reconnaissance du génocide des Arméniens de 1915 par le Conseil national : « Le Conseil national reconnaît le génocide des Arméniens de 1915. Il demande au Conseil fédéral d'en prendre acte et de transmettre sa position par les voies diplomatiques suisses ». [<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=6675>] (17.06.20).

portant sur le « nouvel antisémitisme », d'autres la définition au sens large. Une troisième option consisterait à adopter la définition au sens large, tout en insistant sur le statut particulier des exemples, qui ne doivent pas être compris comme des états de fait antisémites en soi et ne fondent, notamment pour ce qui est des exemples en lien avec Israël, pas de présomption d'un motif antisémite.

Nous avons aussi vu que l'ampleur du risque d'autocensure dépend de l'usage qui sera fait de la 250
définition opérationnelle, ou de la simple incertitude entourant son futur usage. Du point de vue des libertés de communication, il serait donc souhaitable que l'acte d'adoption clarifie à quelles fins, et dans quels domaines, la définition opérationnelle serait censée s'appliquer, et à l'inverse, ne serait pas censée s'appliquer, en tenant compte des objectifs pour lesquels la définition a été conçue. Comme relevé antérieurement la définition n'a pas été écrite dans l'idée de formuler une définition à vocation universelle, mais dans l'objectif précis de créer un outil pratique pour la collecte des données d'incidents antisémites. La collecte des données correspond d'ailleurs à un des deux domaines d'utilisation principalement envisagés dans les Etats étudiés au chapitre III. L'autre domaine d'utilisation envisagé par de nombreux Etats est l'éducation. Une telle utilisation ne nous paraît pas évidente, la définition étant à notre sens peu pédagogique. L'interprétation de la définition nécessite des connaissances préalables relativement étendues. Une bonne formation des enseignantes et enseignants serait nécessaire, faute de quoi les exemples risquent d'être présentés, et compris, du moins par certains et certaines des élèves, comme une liste d'états de fait antisémites en soi.³⁸⁵

Il serait, enfin, envisageable que l'acte d'adoption contienne une déclaration interprétative, par exemple 251
pour lever des ambiguïtés, en explicitant certaines manifestations de l'antisémitisme qui restent dans l'ombre (notamment les discriminations, y compris les discriminations structurelles), ou apporter des précisions à quelles conditions la critique et le rejet de l'Etat d'Israël peuvent être considérés comme étant antisémites.

D. Conclusion

Les instruments non contraignants adoptés au niveau international ou national peuvent déployer tant des 252
effets juridiques, que des effets non juridiques, par exemple de nature politique, sociologique ou psychologique. Il est important de souligner que la définition opérationnelle, en tant qu'instrument non contraignant adopté par un organisme interétatique, est déjà susceptible de déployer tous ces effets, l'adoption de la définition n'impliquerait donc pas forcément un changement fondamental.

La confirmation explicite d'un texte international non contraignant par les autorités suisses suite à son 253
adoption au niveau international est à vrai dire inhabituelle. Suite à la session plénière de Bucarest, l'adoption de la définition opérationnelle par les Etats membres au niveau interne fut préconisée par certaines organisations et institutions, dans l'objectif de renforcer l'autorité et l'effectivité de l'instrument, sans pourtant vouloir changer sa nature juridique non contraignante.

Avec l'acceptation du Postulat Rechsteiner, la question de l'adoption interne de la définition se pose 254
désormais très concrètement en Suisse, et par conséquent également celle de la procédure d'adoption

³⁸⁵ Voir également, Gould (2020) (supra note de bas de page n° 62), p. 6, qui propose au sujet de l'intégration de la définition opérationnelle dans des programmes éducatifs, que celle-ci soit présentée et discutée dans le contexte plus large du conflit israélo-palestinien, y compris en lien avec les revendications en matière de droits humains des Palestiniens et Palestiniennes.

adaptée. A notre sens, l'adoption de la définition pourrait émaner du Conseil fédéral, avec ou sans concours de l'Assemblée fédérale, ou de l'une des deux chambres parlementaires. Les instruments administratifs à disposition du Conseil fédéral incluent notamment diverses formes de déclarations sans caractère réglementaire (avis, informations, recommandations, etc.).

- 255 Puisque l'adoption au niveau interne d'un texte international non contraignant est inhabituelle, elle n'est pas prévue par le cadre législatif. En l'absence d'une base légale explicite, le Conseil fédéral n'est pas obligé de consulter le Parlement. On pourrait toutefois se demander si l'association du Parlement serait opportune sous l'angle politique ou institutionnel. Les chambres parlementaires peuvent par ailleurs se saisir de l'affaire indépendamment et en dehors d'une éventuelle procédure d'adoption de la définition par le Conseil fédéral par le biais d'un postulat.
- 256 Le libellé de l'acte d'adoption devrait, à notre sens, tenir compte des effets potentiels de la définition opérationnelle, notamment du risque d'autocensure. En effet, tant le choix de l'instrument d'adoption que son contenu peuvent avoir une certaine emprise à cet égard. Du point de vue des libertés de communication, il est donc souhaitable que l'acte d'adoption clarifie à quelles fins, et dans quels domaines, la définition opérationnelle est censée s'appliquer et précise les incertitudes entourant son interprétation.

VII. Conclusion générale

- 257 La définition opérationnelle de l'IHRA provient d'une définition de l'EUMC conçue pour harmoniser la collecte de données sur les crimes antisémites en Europe. En 2016 les Etats membres de l'IHRA, dont la Suisse, ont adopté la définition par consensus lors de la réunion de l'assemblée plénière à Bucarest, sous réserve de son caractère non contraignant vis-à-vis des Etats.
- 258 Le manque de consensus au sujet du « nouvel antisémitisme » a conduit l'IHRA à isoler une première partie de la définition opérationnelle sans référence à l'Etat d'Israël – la définition de base –, des autres passages. Il en résulte une architecture complexe de la définition opérationnelle, composée d'une définition de base, d'un passage explicatif et d'une liste d'exemples. La question de savoir si toute la définition, ou seulement la définition de base, a été adoptée par l'IHRA fait l'objet de controverses.
- 259 Suite à la conférence, certaines organisations et institutions ont appelé les Etats membres de l'IHRA à endosser la définition également au niveau interne, dans le but de renforcer son statut et la faire connaître plus largement. En septembre 2020, 27 Etats ont suivi cet appel. Certains Etats se sont limités à reprendre la définition de base, ou une variante de celle-ci, comportant des précisions ou ajouts, d'autres l'ont adoptée dans sa forme large, explications et exemples compris. Dans les débats politiques et publics, la distinction entre définition de base et exemples ne s'est toutefois guère imposée. Même dans les pays qui ont repris seulement la définition de base, les débats étaient largement déterminés par les passages et exemples en lien avec Israël. Ce sont également ces passages qui ont suscité la majeure partie des critiques.
- 260 Le compromis de Bucarest, consistant à isoler la définition de base des autres passages, pose quelques difficultés. En effet, il ne nous paraît pas évident de pouvoir utiliser la définition de base à elle seule. En raison de son niveau d'abstraction très élevée elle ne renseigne pas les lecteurs et lectrices sur les

spécificités de l'antisémitisme, comparé à d'autres phénomènes racistes. Par ailleurs, la définition de base ne mentionne pas certains aspects importants pour la lutte contre l'antisémitisme, comme les discriminations structurelles, voire les discriminations tout court. Le caractère très ouvert de la définition permet cependant de combler ces lacunes largement par le biais de l'interprétation, mais suppose des connaissances préalables relativement étendues.

Le caractère peu déterminé de la définition de base a pour conséquence que l'attention des destinataires potentiels se dirige vers les exemples, qui mettent l'accent sur les formes modernes de l'antisémitisme, notamment celles en lien avec Israël. L'objectif des rédacteurs et rédactrices d'arriver à une définition et/ou une énumération des actes et paroles antisémites qui tient compte du contexte contemporain et des stratégies de détournement doit être saluée du point de vue de la lutte contre l'antisémitisme. 261

Cependant, sous l'angle de la précision et de la prévisibilité, la cautèle selon laquelle « critiquer Israël comme on critiquerait tout autre Etat ne peut pas être considéré comme de l'antisémitisme », offre en raison de son caractère indéterminé, peu de garanties pour exclure ou réduire le risque réel ou perçu pour la liberté d'expression. La précision selon laquelle « l'antisémitisme peut se manifester par des attaques à l'encontre de l'Etat d'Israël lorsqu'il est perçu comme une collectivité juive » n'offre pas non plus des garanties fortes en faveur des libertés de communication car elle se prête à différentes interprétations. L'application des exemples dans le respect des libertés de communication, notamment ceux avec un lien prépondérant à Israël, est donc une démarche exigeante, et l'analyse contextuelle y revête toute son importance. Il est important de souligner que la liste d'exemples n'a pas été conçue comme une « check-list » se prêtant à une application mécanique. Cela ressort clairement de la phrase introduisant les exemples, qui précise que ceux-ci n'indiquent pas des états de fait en soi antisémites mais des états de fait qui *peuvent* l'être, en fonction du contexte global. 262

Du point de vue des libertés de communication, il est important de prendre en compte l'effet dissuasif potentiel des restrictions qui sont formulées de façon vague, et qui rendent difficilement prévisible quand certains propos franchissent la limite de la critique admissible. Envisagé sous cet angle, l'exemple 8 (traitement inégalitaire de l'Etat d'Israël) peut soulever des interrogations, de même que l'exemple 7 (refus du droit à l'autodétermination des juifs). 263

Pour réduire le risque d'un usage des exemples à mauvais escient, la formation des personnes censées appliquer la définition semble indiquée. Utilisée par des personnes bien formées, par exemple en matière de formation et de sensibilisation, les exemples peuvent servir de base à une discussion intéressante sur le phénomène antisémite dans le contexte contemporain. Les controverses générées par l'application de la définition à des fins de réglementation de la liberté de communication dans les institutions universitaires aux Etats-Unis illustrent toutefois que l'usage de la définition à cette fin n'est pas sans poser problème. 264

En tant qu'instrument international non contraignant adopté par un organisme interétatique, la définition opérationnelle peut déjà déployer certains effets. En effet, les tribunaux suisses peuvent s'en inspirer pour concrétiser et interpréter des notions de droit interne, comme ils le font avec d'autres actes non contraignants adoptés dans l'enceinte d'organisations internationales dont la Suisse est membre. 265

- 266 Le droit suisse ne connaît pas une définition juridiquement contraignante de la notion d'antisémitisme. L'ordre juridique se saisit du phénomène indirectement, à travers des normes visant principalement à lutter contre la discrimination, ainsi que les crimes et le discours de haine, relevant de domaines du droit différents. Selon les domaines juridiques, les domaines d'activité et les objectifs poursuivis par les normes, le seuil et les critères pour appréhender des phénomènes antisémites peuvent varier. On peut donc s'attendre à ce que l'impact de la définition soit variable selon les domaines du droit, comme l'illustrent par ailleurs les trois exemples étudiés dans le cadre de cet avis.
- 267 En droit pénal, le seuil élevé que pose l'art. 261^{bis} CP pour qualifier des formes de racisme et d'antisémitisme au sens de cette disposition a pour conséquence que seules les formes graves d'antisémitisme tombent dans le champ d'application de la norme antiraciste. La notion pénale de la discrimination raciale se distingue donc sensiblement de la notion d'antisémitisme. Pour cette raison, la définition ne devrait, à notre sens, pas directement affecter l'application de cette norme. Utilisée comme outil de formation, la définition opérationnelle pourrait toutefois sensibiliser les procureurs et procureures, et les juges pénaux aux stratégies de détournement, et, par ce biais, contribuer à ce que des propos potentiellement punissables sous l'art. 261^{bis} CP n'échappent à la justice. La sensibilisation aux différentes facettes de l'antisémitisme, pourrait également rendre les instances judiciaires plus enclines à tenir compte du motif antisémite d'une infraction lors de la fixation de la peine.
- 268 Dans le domaine de la protection de la personnalité la définition pourrait déployer un effet plus grand, notamment s'il s'agit de déterminer si une critique traitant quelqu'un d'antisémite porte atteinte aux droits de la personnalité. L'effet de la définition serait toutefois limité par l'approche contextuelle adoptée par la jurisprudence en la matière. Dans la mesure où la définition opérationnelle définit l'antisémitisme comme un phénomène social et non à des fins de droit pénal, sa prise en compte pourrait avoir l'effet bénéfique d'élargir les limites de la critique admissible quant aux comportements ou propos perçus comme antisémites, et d'ouvrir par ce biais un champ à la discussion de ce qui est antisémite ou ce qui ne l'est pas.
- 269 Dans un domaine précis du droit administratif, celui de l'usage des biens de l'Etat pour l'exercice des libertés de communication, il est peu probable que l'adoption de la définition changerait le raisonnement ou l'issue d'une cause. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'importance des libertés de communication sur des sujets politiques et la gravité d'une restriction préalable justifient le refus d'une autorisation uniquement dans des cas exceptionnels, principalement dans les cas d'un risque sérieux et concret de violation des dispositions du code pénal (art. 261^{bis} CP). Il ne reste donc guère de place pour une conception d'antisémitisme qui serait plus large que celle du droit pénal. Notons, par ailleurs, que les exemples contemporains d'antisémitisme exigent d'une façon générale un examen circonstancié du contexte, qui va bien au-delà du contrôle sommaire admissible dans le cadre d'une procédure d'autorisation.
- 270 Puisque les tribunaux peuvent d'ores et déjà recourir à la définition opérationnelle, l'adoption de la définition n'impliquerait pas forcément un changement fondamental. L'on peut cependant s'attendre à ce que la définition soit citée plus fréquemment après avoir été officiellement endossée, notamment en matière de protection de la personnalité. A l'inverse, un refus d'adopter la définition pourrait amener les tribunaux à se distancier de la définition.

Même si peu commun en Suisse, l'adoption interne de la définition opérationnelle comme instrument de droit souple aurait l'avantage de permettre aux autorités d'avoir une certaine emprise sur les possibles effets juridiques et psychologiques, et de réduire ceux qui ne sont pas souhaités (p.ex. chilling effect). Du point de vue des libertés de communication, il serait notamment souhaitable que l'acte d'adoption clarifie à quelles fins, et dans quels domaines, la définition opérationnelle est censée s'appliquer et qu'il précise les incertitudes entourant son interprétation. 271

Annexe 1 : Working Definition of Anti-Semitism (EUMC)

« Anti-Semitism is a certain perception of Jews, which may be expressed as hatred towards Jews. Rhetorical and physical manifestations of anti-Semitism are directed towards Jewish or non-Jewish individuals and/or their property, towards Jewish community institutions and religious facilities.

In addition, such manifestations could also target the State of Israel, conceived as a Jewish collectivity.

Anti-Semitism frequently charges Jews with conspiring to harm humanity, and it is often used to blame Jews for “why things go wrong”. It is expressed in speech, writing, visual forms and action, and employs sinister stereotypes and negative character traits.

Contemporary examples of anti-Semitism in public life, the media, schools, the workplace, and in the religious sphere could, taking into account the overall context, include, but are not limited to:

- Calling for, aiding, or justifying the killing or harming of Jews in the name of a radical ideology or an extremist view of religion;
- Making mendacious, dehumanizing, demonizing, or stereotypical allegations about Jews as such or the power of Jews as a collective — such as, especially but not exclusively, the myth about a world Jewish conspiracy or of Jews controlling the media, economy, government or other societal institutions;
- Accusing Jews as a people of being responsible for real or imagined wrongdoing committed by a single Jewish person or group, or even for acts committed by non- Jews;
- Denying the fact, scope, mechanisms (e.g., gas chambers) or intentionality of the genocide of the Jewish people at the hands of National Socialist Germany and its supporters and accomplices during World War II (the Holocaust);
- Accusing the Jews as a people, or Israel as a state, of inventing or exaggerating the Holocaust;
- Accusing Jewish citizens of being more loyal to Israel, or to the alleged priorities of Jews worldwide, than to the interests of their own nations.

Examples of the ways in which anti-Semitism manifests itself with regard to the State of Israel, taking into account the overall context, could include:

- Denying the Jewish people their right to self-determination, e.g., by claiming that the existence of a State of Israel is a racist endeavour;
- Applying double standards by requiring of it behaviour not expected or demanded of any other democratic nation;
- Using the symbols and images associated with classic anti-Semitism (e.g., claims of Jews killing Jesus or blood libel) to characterize Israel or Israelis;
- Drawing comparisons of contemporary Israeli policy to that of the Nazis;
- Holding Jews collectively responsible for actions of the State of Israel.

However, criticism of Israel similar to that levelled against any other country cannot be regarded as anti-Semitic.

Anti-Semitic acts are criminal when they are so defined by law (e.g., denial of the Holocaust or distribution of anti-Semitic materials in some countries). Criminal acts are anti-Semitic when the target of an attack, whether people or property – such as buildings, schools, places of worship, and cemeteries – is selected because it is, or is perceived to be, Jewish or linked to Jews. Anti-Semitic discrimination is the denial to Jews of opportunities or services available to others and is illegal in many countries. »³⁸⁶

³⁸⁶ ODIHR; Yad Vashem, Antisemitismus Thematisieren: Warum und Wie? Leitfaden für Pädagoginnen und Pädagogen, décembre 2007 (11.04.2020), Annex 1.

Annexe 2 : Working Definition of Antisemitism (IHRA)

« On 26 May 2016, the Plenary in Bucharest decided to:

Adopt the following non-legally binding working definition of antisemitism:

“Antisemitism is a certain perception of Jews, which may be expressed as hatred toward Jews. Rhetorical and physical manifestations of antisemitism are directed toward Jewish or non-Jewish individuals and/or their property, toward Jewish community institutions and religious facilities.”

To guide IHRA in its work, the following examples may serve as illustrations:

Manifestations might include the targeting of the state of Israel, conceived as a Jewish collectivity. However, criticism of Israel similar to that leveled against any other country cannot be regarded as antisemitic. Antisemitism frequently charges Jews with conspiring to harm humanity, and it is often used to blame Jews for “why things go wrong.” It is expressed in speech, writing, visual forms and action, and employs sinister stereotypes and negative character traits.

Contemporary examples of antisemitism in public life, the media, schools, the workplace, and in the religious sphere could, taking into account the overall context, include, but are not limited to:

- Calling for, aiding, or justifying the killing or harming of Jews in the name of a radical ideology or an extremist view of religion.
- Making mendacious, dehumanizing, demonizing, or stereotypical allegations about Jews as such or the power of Jews as collective — such as, especially but not exclusively, the myth about a world Jewish conspiracy or of Jews controlling the media, economy, government or other societal institutions.
- Accusing Jews as a people of being responsible for real or imagined wrongdoing committed by a single Jewish person or group, or even for acts committed by non-Jews.
- Denying the fact, scope, mechanisms (e.g. gas chambers) or intentionality of the genocide of the Jewish people at the hands of National Socialist Germany and its supporters and accomplices during World War II (the Holocaust).
- Accusing the Jews as a people, or Israel as a state, of inventing or exaggerating the Holocaust.
- Accusing Jewish citizens of being more loyal to Israel, or to the alleged priorities of Jews worldwide, than to the interests of their own nations.
- Denying the Jewish people their right to self-determination, e.g., by claiming that the existence of a State of Israel is a racist endeavor.
- Applying double standards by requiring of it a behavior not expected or demanded of any other democratic nation.
- Using the symbols and images associated with classic antisemitism (e.g., claims of Jews killing Jesus or blood libel) to characterize Israel or Israelis.
- Drawing comparisons of contemporary Israeli policy to that of the Nazis.
- Holding Jews collectively responsible for actions of the state of Israel.

Antisemitic acts are criminal when they are so defined by law (for example, denial of the Holocaust or distribution of antisemitic materials in some countries).

Criminal acts are antisemitic when the targets of attacks, whether they are people or property – such as buildings, schools, places of worship and cemeteries – are selected because they are, or are perceived to be, Jewish or linked to Jews.

Antisemitic discrimination is the denial to Jews of opportunities or services available to others and is illegal in many countries. »³⁸⁷

³⁸⁷ IHRA, Working Definition of Antisemitism, [<https://www.holocaustremembrance.com/working-definition-antisemitism>] (05.07.2020).

Liste des abréviations

AJC	American Jewish Committee
BDS	Boycott, désinvestissement et sanction
BIDDH	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme)
CERD	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965
CFR	Commission fédérale contre le racisme
CICAD	Coordination Intercommunautaire contre l'Antisémitisme et la Diffamation
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRIF	Conseil représentatif des institutions juives de France
DFI	Département fédéral de l'intérieur
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance)
EUMC	European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes)
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights (Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne)
IHRA	International Holocaust Remembrance Alliance
ITF	Task Force for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research
n.	note marginale
n°	numéro
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
SLR	Service de lutte contre le racisme