



Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques

Strasbourg, 28.I.2003

Le texte de ce Rapport explicatif ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte du Protocole, bien qu'il puisse faciliter la compréhension des dispositions qui y sont contenues. Le Protocole a été ouvert à la signature à Strasbourg, le 28 janvier 2003, à l'occasion de la Première Partie de la session 2003 de l'Assemblée parlementaire.

Introduction

1. Depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 la communauté internationale a réalisé des progrès importants dans la lutte contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. Des règles ont été adoptées aux niveaux national et international et un certain nombre d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme a été mis en place, notamment la Convention internationale de New York de 1965 sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale (CERD) qui a été élaborée dans le cadre des Nations Unies. En dépit de ces progrès, le rêve d'un monde sans haine ni discrimination raciale ne s'est que partiellement concrétisé.

2. Alors que les développements technologiques, économiques et commerciaux rapprochent les peuples du monde entier, la discrimination raciale, la xénophobie et d'autres formes d'intolérance continuent d'exister dans nos sociétés. La mondialisation présente des risques pouvant conduire à l'exclusion et à l'accroissement des inégalités, très souvent sur une base raciale et ethnique.

3. En particulier, l'apparition de réseaux de communication globale comme Internet offre à certaines personnes des moyens modernes et puissants pour soutenir le racisme et la xénophobie et pour diffuser facilement et largement des contenus exprimant de telles idées. Pour pouvoir mener des enquêtes et poursuivre ces personnes, la coopération internationale est essentielle. La Convention sur la cybercriminalité (STE 185), appelée ci-après «la Convention», a été élaborée pour permettre une entraide concernant les crimes informatiques au sens large du terme, conçue de manière souple et moderne. Ce Protocole poursuit deux objectifs : premièrement, harmoniser le droit pénal matériel dans la lutte contre le racisme et la xénophobie sur l'Internet et deuxièmement, améliorer la coopération internationale dans ce domaine. Une harmonisation de ce type facilite la lutte contre cette criminalité aux niveaux national et international. Prévoir des infractions correspondantes dans le droit interne peut prévenir l'abus des systèmes informatiques à des fins racistes dans des Parties qui n'ont pas une législation très bien définies dans ce domaine. La coopération internationale (en particulier l'extradition et l'entraide judiciaire) se trouve facilitée, par exemple en ce qui concerne la règle de la double incrimination.

4. Le comité chargé de rédiger la Convention a examiné la possibilité d'inclure des infractions liées au contenu autres que la pornographie infantile, comme la diffusion de propagande raciste par le biais de systèmes informatiques. Toutefois, le comité n'a pas pu parvenir à un consensus concernant l'incrimination d'un tel comportement. Alors que beaucoup de délégations se sont déclarées favorables à l'idée d'en faire une infraction pénale, plusieurs se sont dites très préoccupées par cette démarche qui porterait atteinte à la liberté d'expression. En raison de la complexité de cette question, il a été décidé que le comité saisisse le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) de la question de la rédaction d'un protocole additionnel à la Convention.

5. L'Assemblée parlementaire, dans son Avis no 226(2001), a recommandé la rédaction sur le champ d'un protocole additionnel à la future Convention, intitulé «élargissement du champ d'application de la Convention à de nouvelles formes d'infractions», qui définisse et incrimine notamment la diffusion de propagande raciste.

6. Le Comité des Ministres a donc confié au Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), et notamment à son Comité d'experts sur l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe par le biais de systèmes informatiques (PC-RX), le soin de rédiger un projet de protocole additionnel, instrument juridique obligatoire ouvert à la signature et à la ratification des Parties contractantes à la Convention, pour traiter en particulier des questions suivantes :

i. la définition et l'étendue d'éléments en vue de l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe commis à travers les réseaux informatiques, y compris la production, l'offre, la diffusion ou d'autres formes de dissémination de matériels ou de messages avec un tel contenu, à travers les réseaux informatiques ;

ii. la mesure dans laquelle les dispositions de droit matériel, procédural et de coopération internationale contenues dans la Convention sur la cybercriminalité s'appliquent aux enquêtes et aux poursuites relatives aux infractions à établir dans le Protocole additionnel.

7. Ce protocole comporte un élargissement de la portée de la Convention, y compris de ses dispositions sur le fond, la procédure et la coopération internationale, de manière à couvrir également les infractions concernant la propagande raciste et xénophobe. Ainsi, outre l'harmonisation des éléments de droit matériel concernant ces comportements, le Protocole vise à améliorer la possibilité qu'ont les Parties d'utiliser dans ce domaine les moyens de coopération internationale prévus par la Convention.

Commentaires concernant les articles du Protocole

Chapitre I – Dispositions communes

Article 1 – Objet

8. Le but du présent Protocole est de compléter, pour les Parties au Protocole les dispositions de la Convention par l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais des systèmes informatiques.

9. Les dispositions du Protocole ont un caractère obligatoire. Pour satisfaire à ces obligations, les Etats parties doivent non seulement promulguer une législation appropriée, mais aussi veiller à ce qu'elle soit correctement mise en œuvre.

Article 2 – Définition

Paragraphe 1 – « Matériel raciste et xénophobe »

10. De nombreux instruments juridiques ont été élaborés aux niveaux international et national pour lutter contre le racisme ou la xénophobie. Les rédacteurs de ce Protocole ont notamment pris en compte i. la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; ii. le Protocole no 12 (STE 177) à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH); (iii) L'action commune du 15 juillet 1996 de l'Union européenne adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant des actions pour combattre le racisme et la xénophobie ; iv. la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban, 30 août-8 septembre 2001); v. les conclusions de la Conférence européenne contre le racisme (Strasbourg, 13 octobre 2000); vi. l'étude complète publiée en août 2000 par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) (ECRI(2000)27) et vii. la proposition de la Commission européenne de novembre 2001 pour une décision-cadre du Conseil de l'Union européenne sur la lutte contre le racisme et la xénophobie.

11. L'article 10 de la CEDH reconnaît le droit à la liberté d'expression, qui inclut la liberté d'avoir une opinion et de recevoir et de transmettre des informations et des idées. Comme l'a précisé la Cour dans sa jurisprudence « l'article 10 de la CEDH 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'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁽¹⁾. Toutefois, la Cour a établi que les actions des Etats visant à restreindre le droit à la liberté d'expression étaient justifiées au regard du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH, notamment lorsque ces idées et ces expressions portent atteinte aux droits des tiers. Ce Protocole, sur la base des instruments nationaux et internationaux, établit dans quelle mesure la diffusion d'expressions et d'idées racistes et xénophobes porte atteinte aux droits des individus.

12. La définition contenue à l'article 2 fait référence au matériel écrit (par exemple, textes, livres, magazines, déclarations, messages, etc.), aux images (par exemple, illustrations, photos, dessins, etc.) ou à toute autre représentation d'idées ou de théories, de nature raciste et xénophobe, dans un format tel qu'il puisse être conservé, traité et transmis par le biais d'un système informatique.

13. La définition contenue à l'article 2 de ce Protocole se réfère à un comportement auquel le contenu du matériel peut mener, plutôt qu'à l'expression de sentiments/de convictions/d'aversions contenue dans le matériel en question. La définition est fondée, dans la mesure du possible, sur les définitions et les documents nationaux et internationaux existants (NU, UE).

14. Ce matériel doit préconiser et encourager la haine, la discrimination ou la violence ou inciter à de tels actes. « Préconiser » se réfère à un plaidoyer en faveur de la haine, de la discrimination ou de la violence, « encourager » se réfère à promouvoir ou aider la haine, la discrimination ou la violence et « inciter » se réfère à presser d'autres à agir avec haine, discrimination ou violence.

15. L'expression « violence » se réfère à l'usage illégal de la force, alors que le mot « haine » correspond à une extrême aversion ou volonté d'offenser.

(1) Voir dans ce contexte, par exemple, l'arrêt de l'affaire Handyside du 7 décembre 1976, série A, n°24, page 23, paragraphe 49.

16. En interprétant le terme « discrimination », la CEDH (article 14 et Protocole n° 12) et la jurisprudence pertinente, ainsi que l'article 1 du CERD (qui contient des détails sur la notion de « discrimination raciale »), devraient être gardés à l'esprit. L'interdiction de discriminer contenue dans la CEDH garantit à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat Partie l'égalité dans l'exercice des droits et libertés contenus dans la CEDH. L'article 14 de la CEDH établit une obligation générale pour les Etats d'interdire la discrimination, accessoire aux droits et libertés qui sont garantis par la CEDH. Dans ce contexte, la « discrimination » évoque un traitement différent injustifié réservé à des personnes ou à un groupe de personnes en fonction de certaines caractéristiques. Dans plusieurs arrêts (par exemple, l'arrêt Linguistique belge, l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali ⁽¹⁾), la Cour européenne des Droits de l'Homme déclare: «une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"» (arrêt du 28 mai 1985, série A, no 94, paragraphe 72). Le point de savoir si un traitement est ou non discriminatoire doit être examiné à la lumière des circonstances particulières. En ce qui concerne plus particulièrement la discrimination raciale, une indication pour l'interprétation de ce terme peut être trouvée à l'article 1 du CERD qui établit que « discrimination raciale » vise « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

17. La haine, la discrimination ou la violence peuvent être dirigés contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de leur appartenance à un groupe caractérisé par «race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, ou la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments».

18. Ces motifs ne sont pas exactement identiques à ceux énumérés à l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH, par exemple, car certains des motifs contenus dans cet article sont étrangers au concept de racisme ou de xénophobie, ni à ceux énoncés dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui traite de la «discrimination raciale» en général et non du «racisme» en tant que tel. En général, ces motifs doivent être interprétés selon le droit et la pratique nationaux et internationaux. Toutefois, certains d'entre eux requièrent des explications supplémentaires quant à leur signification spécifique dans le contexte de ce Protocole.

19. «L'ascendance» se réfère essentiellement aux personnes ou groupes de personnes dont certains ascendants pouvaient être identifiées par des caractéristiques (telles que la race ou la couleur). Toutefois, même si ces caractéristiques n'existent pas nécessairement à l'heure actuelle, en raison de leur ascendance, ces personnes ou groupes de personnes peuvent encore être sujet à la haine, à la discrimination ou à la violence. « L'ascendance » ne se réfère pas à l'origine sociale.

20. La notion « d'origine nationale », doit être interprétée dans un large sens factuel. Il peut se référer à l'histoire d'une personne, non seulement quant à la nationalité ou l'origine de ses ancêtres, mais aussi par rapport à sa propre appartenance nationale, indépendamment du fait que cette personne possède ou non cette nationalité au sens juridique du terme. Lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités ou est apatride, l'interprétation large de cette notion permet de la protéger si elle est discriminée sur la base de l'un de ces motifs. De plus, la notion « d'origine nationale » peut non seulement se référer à l'appartenance à un Pays qui est reconnu comme tel par la communauté internationale, mais aussi aux minorités ou à tout autre groupe de personne avec des caractéristiques similaires.

(1) Abdulaziz, Cabales et Balkandali, arrêt du 28 mai 1985, Série A no. 94, p. 32, para. 62; Arrêt linguistique belge, arrêt du 23 juillet 1968, Série A no. 6, p. 34, para. 10.

21. La notion de « religion » se trouve souvent dans les instruments internationaux et dans la législation nationale. Ce terme se réfère à des convictions et à des croyances. Inclure ce terme en tant que tel dans la définition pourrait entraîner le risque de dépasser le champ d'application du Protocole. Toutefois, la religion peut être utilisée comme prétexte, alibi ou substitut aux autres facteurs énumérés dans la définition. Le terme « religion » doit donc être interprétée dans ce sens limité.

Paragraphe 2

22. En veillant à ce que les termes et les expressions utilisés dans le Protocole soient interprétés conformément à la Convention, cet article garantit une interprétation uniforme des deux textes. Ceci veut dire que les termes et les expressions employés dans ce Rapport explicatif sont interprétés de la même manière que dans le Rapport explicatif de la Convention.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Considérations générales

23. Les infractions telles que définies dans ce Protocole contiennent un certain nombre d'éléments communs qui ont été repris de la Convention. Pour plus de clarté, les paragraphes correspondants du Rapport Explicatif de la Convention ont été reproduits ci-après.

24. Une caractéristique des infractions en question est que leurs auteurs doivent expressément avoir agi «sans droit». Cette expression rend compte du fait que le comportement décrit n'est pas toujours punissable en soi, mais peut être légal ou justifié non seulement par des exceptions légales classiques (consentement, légitime défense ou nécessité), mais dans les cas où d'autres principes ou intérêts excluent toute responsabilité pénale (par exemple à des fins de maintien de l'ordre, de recherche ou académiques). L'expression «sans droit» tire son sens du contexte dans lequel elle est utilisée. Ainsi, sans restreindre la marge de manœuvre qu'ont les Parties pour interpréter ce concept dans leur droit interne, cette expression peut renvoyer à un comportement qui ne repose sur aucune compétence (législative, exécutive, administrative, judiciaire, contractuelle ou consensuelle) ou à un comportement qui n'est couvert ni par des exceptions légales, excuses et faits justificatifs établis, ni par des principes de droit interne pertinents. Le Protocole ne concerne pas, par conséquent, les comportements conformes aux compétences gouvernementales légales (par exemple, lorsque le gouvernement de la Partie concernée agit dans un but de maintien de l'ordre public, de protection de la sécurité nationale ou dans le cadre d'une instruction pénale). De plus, les activités légitimes et ordinaires inhérentes à la conception des réseaux ainsi que les pratiques d'exploitation ou de commerce légitimes ou ordinaires ne devraient pas être érigées en infractions pénales. Il appartient aux Parties de déterminer les modalités d'application desdites exceptions dans leur ordre juridique interne (en droit pénal ou autre).

25. Toutes les infractions énumérées dans le Protocole doivent être commises de façon «intentionnelle» pour que la responsabilité pénale soit engagée. Dans certains cas, un élément intentionnel spécifique supplémentaire fait partie intégrante de l'infraction. Les auteurs du Protocole, comme ceux de la Convention, se sont entendus pour considérer que l'interprétation du mot «intentionnellement» doit être laissée aux droits internes. Une personne ne peut être responsable pour une quelconque infraction contenue dans ce Protocole si elle n'a pas agi avec intention délictueuse. Il ne suffit pas, par exemple, pour que la responsabilité pénale d'un fournisseur de services soit engagée, que ce dernier sert d'intermédiaire pour la transmission de ce type de matériel par le biais d'un site Web ou d'un bavardoir, en l'absence de l'intention requise en droit interne dans le cas particulier. De plus, un fournisseur de service n'est pas tenu de surveiller le contenu pour éviter la responsabilité pénale.

26. En ce qui concerne la définition de « système informatique », elle est identique à celle contenue dans la Convention et expliquée dans son Rapport explicatif.

Article 3 – Diffusion de matériel raciste et xénophobe dans les systèmes informatiques

27. Cet article exige des Etats Parties d'incriminer la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public de matériel raciste et xénophobe par le biais d'un système informatique.

28. Par « diffusion », il faut entendre l'action consistant à disséminer du matériel raciste et xénophobe à autrui, tandis que la « mise à disposition » désigne l'action consistant à mettre du matériel raciste et xénophobe en ligne pour qu'il soit utilisé par autrui. Cette expression englobe par ailleurs la création ou la compilation d'hyperliens visant à faciliter l'accès à ce matériel.

29. Le terme « au/du public » utilisé à l'article 3 indique clairement que toute conversation ou expression privée communiquée ou transmise par le biais d'un système informatique ne rentre pas dans le champ d'application de cette disposition. En effet, de telles communications ou expressions, comme d'autres formes traditionnelles de correspondance, sont protégées par l'article 8 de la CEDH.

30. La question de déterminer si une communication de matériel raciste et xénophobe doit être considérée comme une communication privée ou une diffusion au public, doit être examinée à la lumière de circonstances spécifiques. En premier lieu, ce qui importe est la volonté de l'émetteur du message de le transmettre à une personne déterminée. La présence de cette intention subjective peut être établie sur la base d'un certain nombre de facteurs objectifs, tels que le contenu du message, la technologie employée, les mesures de sécurité appliquées, le contexte dans lequel celui-ci est émis. Lorsque ces messages sont envoyés à plusieurs récepteurs à la fois, le nombre de récepteurs et la nature de la relation entre l'émetteur et le récepteur sont des facteurs pertinents pour déterminer si une telle communication peut encore être considérée comme privée.

31. Echanger du matériel raciste et xénophobe dans un *chat-room*, le distribuer dans des newsgroups ou des forums de discussion, sont des exemples de mise à disposition du public d'un tel matériel. Dans ce cas, le matériel est accessible à toute personne. Même lorsque l'accès à ce matériel exigerait une autorisation par le biais d'un mot de passe, le matériel en question serait accessible au public lorsque cette autorisation est donnée à tout le monde ou à toute personne qui présente certains critères. Afin de déterminer si la mise à disposition ou la diffusion était ou non au public, la nature de la relation entre les personnes concernées devrait être prise en considération.

32. Les paragraphes 2 et 3 visent à prévoir une possibilité de réserve dans des cas tout à fait limités. Ces paragraphes devraient être lus ensemble et en séquence. Une Partie a, premièrement, la possibilité de ne pas imposer de responsabilité pénale aux comportements prévus dans cet article, lorsque le matériel préconise, encourage ou incite à la discrimination qui n'est pas associée à la haine ou à la violence, à condition que d'autres recours efficaces soient disponibles. Par exemple, ces recours peuvent être de nature civile ou administrative. Lorsqu'une Partie ne peut pas, à cause de principes établis dans son système juridique interne concernant la liberté d'expression, prévoir de tels recours, elle peut se réserver le droit de ne pas appliquer l'obligation contenue au paragraphe 1 de cet article, si elle concerne seulement le fait de préconiser, encourager ou inciter à une discrimination qui n'est pas associée à la haine ou à la violence. Une Partie peut aussi restreindre encore le champ d'application de cette réserve en prévoyant que la discrimination vise, par exemple, à insulter, dégrader ou menacer un groupe de personnes.

Article 4 – Menace avec une motivation raciste et xénophobe

33. La plupart des législations prévoient déjà l'incrimination de la menace en général. Les rédacteurs sont convenus de souligner dans le Protocole que, sans aucun doute, la menace avec une motivation raciste et xénophobe doit être pénalement sanctionnée.

34. La notion de « menace » peut se référer à une intimidation qui provoque la crainte chez la personne envers laquelle la menace est dirigée, qu'elle risque d'être victime d'une infraction pénale grave (par exemple, qui porte atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou personnelle, aux biens, etc., de la victime ou de sa famille). Les Etats déterminent librement ce qui constitue une infraction pénale grave.

35. Selon cette disposition, la menace doit s'adresser soit (i) à une personne au motif qu'elle appartient à un groupe caractérisé par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, ou la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, soit (ii) à un groupe de personnes défini par l'une de ces caractéristiques. La menace ne doit pas être nécessairement faite en public. En effet, cet article couvre aussi la menace privée.

Article 5 – Insulte avec une motivation raciste et xénophobe

36. L'article 5 traite de l'insulte en public, d'une personne ou d'un groupe au motif qu'ils appartiennent ou sont considérés comme appartenant à un groupe avec certaines caractéristiques. La notion « d'insulte » se réfère à toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui porte atteinte à l'honneur ou à la dignité de la personne. Il devrait clairement résulter de l'expression elle-même que l'insulte directement liée à l'appartenance à un groupe de la personne insultée. Contrairement au cas de la menace, l'insulte exprimée lors d'une communication privée n'est pas couverte par cette disposition.

37. Le paragraphe 2(i) permet aux Parties de prévoir que la conduite doit aussi avoir pour effet d'exposer, non seulement en théorie, mais aussi en pratique, la personne ou le groupe de personnes en question à la haine, au mépris ou au ridicule.

38. Le paragraphe 2(ii) permet aux Parties de formuler une réserve qui va encore plus loin, jusqu'à exclure l'application du paragraphe 1.

Article 6 – Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité

39. Ces dernières années, diverses affaires ont été traitées par des tribunaux nationaux où des personnes (dans le public, dans les médias, etc.) ont élaboré des idées ou des théories visant à minimiser, nier ou justifier les crimes graves commis au cours de la seconde guerre mondiale (en particulier l'Holocauste). La motivation de tels comportements est souvent présentée sous le prétexte de la recherche scientifique, alors qu'en réalité, le but exact est de soutenir et d'encourager la motivation politique qui avait donné lieu à l'Holocauste. De plus, ces comportements ont aussi inspiré ou même stimulé et développé les activités illégales de groupes racistes et xénophobes, y compris par le biais de systèmes informatiques. L'expression de ces idées insulte (la mémoire de) toute personne qui a été victime de l'Holocauste, ainsi que leur famille. Elle porte en outre atteinte à la dignité de la communauté humaine.

40. L'article 6 du Protocole, qui a une structure similaire à celle de l'article 3, traite ce problème. Les rédacteurs s'entendent qu'il est important d'incriminer toute expression qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international établi par l'accord de Londres du 8 avril 1945. Ceci à cause du fait que les actes qui ont donné lieu à des génocides et à des crimes contre l'humanité, se sont déroulés entre 1940 et 1945. Toutefois,

les rédacteurs ont relevé que, depuis lors, d'autres cas de génocide et de crimes contre l'humanité, qui étaient motivés par des idées et des théories de nature raciste et xénophobe, ont été perpétrés. Les rédacteurs ont dès lors considéré qu'il était nécessaire de ne pas limiter le champ d'application de cette disposition aux seuls crimes commis par le régime nazi pendant la seconde guerre mondiale, et établis comme tels par le Tribunal de Nü rnberg, mais de l'étendre aussi aux génocides et crimes contre l'humanité constatés par d'autres tribunaux internationaux établis après 1945 par des instruments internationaux pertinents (par exemple, des Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, des traités multilatéraux, etc.). De tels tribunaux pourraient être, par exemple, les Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie, pour le Rwanda, la Cour Pénale Internationale. Cet article permet de se référer à des décisions finales et obligatoires de tribunaux internationaux futurs, dans la mesure où la juridiction de tels tribunaux est reconnue par la Partie à ce Protocole.

41. Cette disposition vise à poser clairement le principe que des faits, dont la vérité historique a été judiciairement établie, ne peuvent pas être niés, minimisés de manière grossière, approuvés ou justifiés pour soutenir ces théories et ces idées détestables.

42. La Cour européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs indiqué clairement que la négation ou la révision de « faits historiques clairement établis – tel que l'Holocauste – [...] se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10 » de la CEDH (voir à cet égard l'arrêt *Lehideux et Isorni* du 23 septembre 1998 ⁽¹⁾).

43. Le paragraphe 2 de l'article 6 donne la faculté aux Parties (i) soit d'exiger, à travers une déclaration, que la négation ou la minimisation grossière mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6, soient commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, ou la religion dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, (ii) soit de formuler une réserve, qui leur permettrait de ne pas appliquer, en tout ou en partie, cette disposition.

Article 7 – Aide et complicité

44. Cet article vise à ériger en infraction pénale tout acte de complicité en vue de la perpétration d'une des infractions établies en vertu des articles 3 à 6 du Protocole. Contrairement à la Convention, le Protocole n'incrimine pas la tentative de commission des infractions contenues dans le Protocole, car la plupart des conduites qui y sont criminalisées ont une nature préparatoire.

45. La responsabilité est engagée en cas de complicité lorsque la personne qui commet une infraction établie par le Protocole est aidée par une autre personne qui a également l'intention que l'infraction soit commise. Ainsi, par exemple, bien que la transmission par le biais de l'Internet de matériel raciste et xénophobe requière l'assistance de fournisseurs de services agissant comme intermédiaires, un fournisseur de services qui n'a pas d'intention criminelle ne peut être tenu responsable au titre de cette section. Les fournisseurs de services ne sont donc pas tenus de surveiller activement le contenu pour éviter la responsabilité pénale en application de cette disposition.

46. Comme pour toutes les infractions établies en vertu du Protocole, l'acte de complicité doit être commis intentionnellement.

(1) *Lehideux et Isorni* arrêt du 23 septembre 1998, publié dans les Rapports 1998-VII, paragraphe 47.

Chapitre III – Relations entre la Convention et ce Protocole

Article 8 – Relations entre la Convention et ce Protocole

47. L'article 8 concerne les relations entre la Convention et ce Protocole. Il évite d'inclure un certain nombre de dispositions de la Convention dans le Protocole. Il indique que certaines des dispositions de celle-ci s'appliquent, *mutatis mutandis*, à ce Protocole (par exemple, celles qui concernent la responsabilité et les sanctions, la compétence et une partie des dispositions finales). Le paragraphe 2 de l'article 8 rappelle aux Parties que les mesures définies dans la Convention devraient être appliquées aux infractions prévues par ce Protocole. Pour plus de clarté, les articles pertinents ont été précisés.

Chapitre IV – Dispositions finales

48. Les dispositions contenues dans ce chapitre sont, pour l'essentiel, tirées du «Modèle de clauses finales des conventions et accords conclus au sein du Conseil de l'Europe» approuvé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de la 315^e réunion des Délégués des Ministres en février 1980. Etant donné que la majorité des articles 9 à 16 utilise le vocabulaire normalisé du modèle de clauses ou est fondée sur la longue pratique du Conseil de l'Europe en matière de traités, ces articles n'appellent aucun commentaire particulier. Toutefois, certaines modifications des clauses types ou certaines clauses nouvelles requièrent une explication. On notera à cet égard que les clauses types ont été adoptées en tant qu'ensemble non contraignant de dispositions. Comme indiqué dans l'introduction aux clauses types, « les présentes clauses finales types ne visent qu'à faciliter la tâche des comités d'experts et éviter des différences de libellé qui n'auraient aucune justification réelle. Les clauses types ne sont nullement contraignantes : des clauses différentes peuvent être adaptées à des situations différentes » (voir aussi dans ce contexte les paragraphes 304-330 du rapport explicatif de la Convention).

49. Le paragraphe 2 de l'article 12 spécifie que les Parties peuvent utiliser les réserves telles que définies aux articles 3, 5 et 6 de ce Protocole. Aucune autre réserve ne peut être formulée.

50. Ce Protocole est ouvert à la seule signature des signataires de la Convention. Il entrera en vigueur trois mois après sa ratification par cinq Parties à la Convention qui ont exprimés leur consentement pour être liées au Protocole (articles 9-10).

51. La Convention permet des réserves concernant certaines de ces dispositions qui, à travers la clause de connexion de l'article 8 du Protocole, peuvent aussi avoir un effet sur les obligations d'une Partie au titre de ce Protocole. Toutefois, une Partie peut notifier le Secrétaire Général qu'elle n'appliquera pas une réserve à ce Protocole. Ceci est expressément prévu par l'article 12 paragraphe 2 du Protocole.

52. Cependant, lorsqu'une Partie n'a pas utilisé une réserve ou une déclaration au titre de la Convention, elle peut avoir besoin de restreindre ses obligations par rapport aux infractions contenues dans ce Protocole. Le paragraphe 2 de l'article 12 permet aux Parties de le faire, concernant l'article 22, paragraphe 2, et l'article 41, paragraphe 1, de la Convention.