

Négationnisme et hate speech devant la Cour européenne des droits de l'homme

À propos des arrêts *Perinçek* et *M'Bala M'Bala*

Philippe VINCENT

Faculté de Droit, Science politique et Criminologie de l'Université de Liège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

I.	Présentation des faits	344
A.	L'arrêt <i>Perinçek c. Suisse</i>	344
B.	La décision <i>M'Bala M'Bala c. France</i>	344
II.	Les dispositions pertinentes de la cedh en cause	345
A.	L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme	345
B.	L'article 17 de la Convention	346
III.	L'Application De Ces Dispositions Dans Les Décisions Étudiées	346
A.	La qualification des massacres et déportations subis par la population arménienne en 1915	346
B.	L'article 17 : application contrastée de l'interdiction de l'abus de droit	347
C.	L'article 10	349
IV.	Conclusion	353



La Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 15 octobre 2015 (arrêt *Perinçek c. Suisse*) et le 10 novembre 2015 (décision *M'Bala M'Bala c. France*) deux décisions assez contrastées en matière de liberté d'expression. Alors que les deux affaires concernaient la question du négationnisme et du *hate speech*, la Cour a réservé un tout autre sort au négationnisme de l'Holocauste, vigoureusement condamné, qu'à celui du génocide arménien.

I. PRÉSENTATION DES FAITS

A. L'arrêt *Perinçek c. Suisse*

Dogu Perinçek, ressortissant turc président du Parti des travailleurs de Turquie, avait à trois reprises, en 2005, tenu des propos négationnistes quant à la réalité du génocide commis en 1915 par l'Empire ottoman sur la population arménienne de ce pays. L'association Suisse-Arménie ayant déposé plainte contre lui, M. Perinçek avait été condamné en 2007 au titre de l'article 261*bis*, alinéa 4, du Code pénal suisse, qui incrimine «celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité». M. Perinçek intenta un recours en cassation pénale, puis un recours devant le Tribunal fédéral contre cette condamnation. Les deux recours furent rejetés.

M. Perinçek introduisit alors un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, alléguant que la condamnation dont il avait fait l'objet sur base de l'article 261*bis*, alinéa 4, du Code pénal suisse violait sa liberté d'expression. Dans son arrêt du 17 décembre 2013, la Cour avait conclu à une violation de l'article 10 de la Convention⁽¹⁾. La Suisse avait demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, sur base de l'article 43 de la Convention. Le 15 octobre 2015, la Grande Chambre rendit un arrêt à une courte majorité (10 voix contre 7) assorti de deux opinions dissidentes confirmant la constatation de violation de l'article 10 de la CEDH⁽²⁾.

B. La décision *M'Bala M'Bala c. France*

Les faits pertinents de cette affaire sont mieux connus. L'humoriste Dieu-donné M'Bala M'Bala avait, à l'occasion de l'un de ses spectacles au Zénith de Paris, invité sur scène Robert Faurisson, écrivain condamné à plusieurs reprises par la justice française pour ses thèses négationnistes et révisionnistes, pour lui faire remettre un «prix de l'infréquentabilité et de l'insolence» par un figurant déguisé en déporté juif. Le tribunal de grande instance de Paris avait condamné M. M'Bala M'Bala à une amende pour injure publique envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, en application de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse. Le tribunal avait considéré que le droit à l'humour connaissait des limites, notamment le respect de la dignité

⁽¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013.

⁽²⁾ Cour eur. D.H. (Gr. Ch.), arrêt *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015.

de la personne humaine, et que ces limites avaient largement été dépassées en l'espèce. La cour d'appel de Paris confirma ce jugement par un arrêt du 17 mars 2011. Le pourvoi en cassation intenté par M. M'Bala M'Bala fut rejeté par arrêt du 16 octobre 2012.

M. M'Bala M'Bala intenta alors un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci rendit une décision d'irrecevabilité le 10 novembre 2015⁽³⁾, à une majorité non précisée et sans opinion dissidente, la Convention ne prévoyant la possibilité de celles-ci que pour les arrêts.

II. LES DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA CEDH EN CAUSE

A. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 10 de la CEDH reconnaît à chacun la liberté d'expression, qui constitue l'un des droits fondamentaux. Depuis quelques années, notamment devant le regain du racisme et de l'antisémitisme, elle a fait l'objet de canalisation dans plusieurs pays d'Europe. Des législations, notamment celles qui répriment l'apologie ou la négation des génocides, ou l'incitation à la haine raciale (le *hate speech*)⁽⁴⁾, ont été adoptées pour lutter contre certains de ces excès. Après les attentats de Paris et de Bruxelles, le débat sur le caractère absolu ou relatif de la liberté d'expression a été relancé. La doctrine qui lui est consacrée n'a jamais été aussi importante⁽⁵⁾.

La Cour européenne des droits de l'homme a cependant toujours eu quant à elle une vision extrêmement large de cette liberté. Dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, elle avait énoncé que celle-ci valait « 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 »⁽⁶⁾. L'article 10, § 2, permet certes de soumettre cette liberté à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, mais celles-ci doivent remplir les trois conditions de légalité, légitimité et proportionnalité.

⁽³⁾ Cour eur. D.H., déc. *M'Bala M'Bala c. France* du 10 novembre 2015.

⁽⁴⁾ Mentionnons par exemple la loi belge du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (*M.B.*, 8 août 1981), modifiée notamment par la loi du 10 mai 2007 (*M.B.*, 30 mai 2007).

⁽⁵⁾ Voy. récemment F. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui “heurtent, choquent ou inquiètent”. Mais encore? », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, pp. 311-350, et les références citées en note 2.

⁽⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 46. Cette considération n'avait cependant pas empêché la Cour de conclure à une non-violation de l'article 10 en l'espèce, où un éditeur britannique avait été censuré pour avoir traduit et publié au Royaume-Uni un manuel danois contenant des chapitres relatifs à l'éducation sexuelle jugés particulièrement osés.

B. L'article 17 de la Convention

L'article 17 de la CEDH, intitulé «Interdiction de l'abus de droit», dispose qu'«aucune disposition de la (Convention) ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la CEDH ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles qu'il prévoit». C'est l'application de la formule «pas de liberté pour les ennemis de la liberté», qui s'explique historiquement par la crainte d'un retour des régimes totalitaires dont les atrocités avaient précisément abouti à l'adoption de la Convention. L'article a par conséquent pour objet d'empêcher les groupements totalitaires d'invoquer les droits et libertés reconnus dans la CEDH pour finalement supprimer celles-ci. La Cour peut rendre *prima facie* une décision d'irrecevabilité d'une requête sans analyse du fond.

L'application de l'article 17 a également fait couler beaucoup d'encre, car son invocation est extrêmement sensible. Il convient en effet d'éviter qu'en son nom les États commettent des abus en privant de leur droit à la liberté d'expression des individus ou des groupements ne professant pas les mêmes valeurs qu'eux, sous prétexte que leurs discours seraient liberticides.

L'utilité même de l'article 17 a parfois été remise en question, eu égard au double emploi qu'il pourrait faire avec l'article 10, § 2, ou les autres dispositions dérogatoires de la Convention⁽⁷⁾. La Cour elle-même applique parfois concomitamment les deux dispositions.

III. L'APPLICATION DE CES DISPOSITIONS DANS LES DÉCISIONS ÉTUDIÉES

A. La qualification des massacres et déportations subis par la population arménienne en 1915

À titre préliminaire, il convient de préciser que dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse*, la Cour va tout d'abord affirmer qu'il ne lui appartient pas de décider de la qualification de «génocide» des massacres et déportations commis à l'encontre de la population arménienne en 1915, ce qui présente une grande importance. Ce faisant, la Cour refuse en effet au génocide arménien le caractère de «fait historique clairement établi» qui avait été reconnu à l'Holocauste⁽⁸⁾, ouvrant la porte à un traitement différencié des deux génocides.

⁽⁷⁾ Voy. par ex. S. VAN DROOGENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?», *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 541-566, et H. CANNIE et D. VOORHOOF, «The Abuse Clause and Freedom of Expression under the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 54-83.

⁽⁸⁾ Cour eur. D.H., *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998.

Cette timidité de la Cour fut dénoncée par les sept juges qui signèrent une opinion dissidente commune à l'arrêt. Selon eux, le génocide arménien fait partie des « faits historiques clairement établis », au même titre que l'Holocauste (§ 2 de l'opinion dissidente)⁽⁹⁾. La juge Nussberger, quant à elle, justifie son vote en faveur d'un constat de violation de l'article 10 spécifiquement en raison du doute entourant la qualification de « génocide » des événements de 1915, contrairement à l'Holocauste, bien établi depuis le procès de Nuremberg. Pour elle, les États ayant adopté des législations condamnant le négationnisme auraient intérêt à être plus spécifiques dans la désignation des génocides dont la négation est condamnée⁽¹⁰⁾. On pourrait cependant lui répondre qu'à partir du moment où le pouvoir législatif s'est exprimé sur une reconnaissance du caractère de « génocide » des événements de 1915, comme c'était le cas en Suisse d'ailleurs, une précision législative s'avérerait inutile.

B. L'article 17: application contrastée de l'interdiction de l'abus de droit

En raison de son caractère de « guillotine », l'article 17 fait l'objet d'une application extrêmement prudente par la Cour. Dans son arrêt *Paksas c. Lituanie*⁽¹¹⁾, elle a rappelé qu'il ne pouvait être invoqué « qu'à titre exceptionnel et dans des circonstances extrêmes ». Dans son arrêt *Ždanoka c. Lettonie*⁽¹²⁾, elle avait même précisé que la raison d'être de cet article était d'empêcher qu'une personne ou un groupe de personnes n'invoquent les droits contenus dans la Convention pour mener des activités destinées à détruire ces droits. Son application pouvait dès lors être justifiée pour contrecarrer l'action d'individus ou de partis politiques liberticides⁽¹³⁾, plus difficilement vis-à-vis de discours individuels⁽¹⁴⁾.

Malgré cette approche prudente, la Cour avait déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de se prononcer sur l'application de l'article 17 à des hypothèses de négationnisme. Dans son arrêt *Lehideux et Isorni c. France* de 1998⁽¹⁵⁾, elle avait statué que « (la négation ou la révision de) faits historiques clairement éta-

⁽⁹⁾ Opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Siciliaños, Silvis et Kūris, jointe à l'arrêt.

⁽¹⁰⁾ Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M^{me} la juge Nussberger.

⁽¹¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Paksas c. Lituanie* du 6 janvier 2011.

⁽¹²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Ždanoka c. Lettonie* du 16 mars 2006.

⁽¹³⁾ Comme l'ancienne Commission des droits de l'homme l'avait fait vis-à-vis du parti communiste allemand (décision *Kommunistische Partei Deutschland c. République fédérale d'Allemagne* du 20 juillet 1957, n° 250/57) ou de mouvements d'extrême droite incitant à l'antisémitisme et à la haine raciale (*Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas* du 11 octobre 1979, B.H., M.W., H.P. et G.K. c. *Autriche* du 12 octobre 1989 et *Nachtmann c. Autriche* du 9 septembre 1998).

⁽¹⁴⁾ Parmi les cas où la Cour refusa de faire application de l'article 17, citons l'arrêt *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009, où elle refusa d'appliquer l'article 17 à la question de la licéité des pamphlets à connotation raciste édités par le président du Front national belge (ce qui ne l'empêcha pas de déclarer la requête de M. Féret non fondée sur base de l'article 10, § 2, de la Convention).

⁽¹⁵⁾ Cour eur. D.H., *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998.

blis – tel l'Holocauste – (...) se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10» (§ 46 de l'arrêt).

Cette jurisprudence avait été confirmée dans l'arrêt *Garaudy c. France*⁽¹⁶⁾, où la requête de l'historien Roger Garaudy contre la condamnation pénale dont il avait fait l'objet suite à la parution d'un ouvrage contenant un chapitre sur « Le mythe de l'holocauste » avait été rejetée sur base de l'article 17, au motif que « 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 »⁽¹⁷⁾. La Cour avait également tenu un raisonnement analogue dans l'affaire *Witzsch c. Allemagne (n° 2)*⁽¹⁸⁾.

L'antisémitisme⁽¹⁹⁾ et l'islamophobie⁽²⁰⁾ ont eu aussi occasionnellement donné lieu à application de l'article 17 à des comportements individuels, ce qui fut contesté par une partie de la doctrine, au motif que l'application de l'article 10 § 2 aurait été amplement suffisante⁽²¹⁾.

La décision de la Cour quant à l'application de l'article 17 dans les deux affaires sous revue était par conséquent fort attendue. De façon fort étonnante, elle en fit une application extrêmement contrastée. Dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse*, elle s'en tint à la jurisprudence *Paksas c. Lituanie*, et se contenta de rappeler que l'article 17 ne s'applique qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes (§ 114 de l'arrêt). Elle ne ferma pas immédiatement la porte à l'invocabilité de l'article, mais déclara joindre son examen à celui de la violation de l'article 10 (§ 115).

La décision fut toute autre dans le cadre de l'affaire *M'Bala M'Bala c. France*. La Cour considéra en effet que « les faits litigieux (aya)nt un caractère

⁽¹⁶⁾ Cour eur. D.H., décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003. Pour un commentaire de cette décision, voy. M. LEVINET, « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 653-662.

⁽¹⁷⁾ P. 29 de la décision.

⁽¹⁸⁾ Cour eur. D.H., décision *Witzsch c. Allemagne (n° 2)* du 13 décembre 2005.

⁽¹⁹⁾ Cour eur. D.H., décision *Ivanov c. Russie* du 20 février 2007.

⁽²⁰⁾ Cour eur. D.H., décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004, au motif que le fait d'apposer sur les fenêtres de son domicile une affiche reprenant les termes « Islam dehors – protégeons le peuple britannique » constituait « une attaque aussi véhémement, à caractère général, contre un groupe religieux, qui établit un lien entre l'ensemble du groupe et un acte terroriste grave, est contraire aux valeurs proclamées et garanties par la Convention, à savoir la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination ».

⁽²¹⁾ Voy. par exemple H. CANNIE et D. VOORHOOF, « The Abuse Clause and Freedom of Expression under the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 54-83.

négationniste et antisémite marqué, (...) Dieudonné M'Bala M'Bala tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention». La soirée avait perdu son caractère de spectacle satyrique pour devenir un meeting qui valorisait le négationnisme. Il ne s'agissait certes pas d'une attaque frontale et abrupte, mais d'une démonstration d'antisémitisme et de négationnisme d'une dangerosité équivalente. La Cour appliqua par conséquent la jurisprudence *Garaudy c. France* et eut recours à l'article 17 de la Convention pour rejeter la requête de M. M'Bala M'Bala.

La dichotomie d'application de l'article 17, trois semaines après le timide arrêt *Perinçek*, posait bien évidemment question.

C. L'article 10

La Cour avait également eu à plusieurs reprises à appliquer l'article 10 de la convention à des affaires relatives au négationnisme et au révisionnisme. Dans l'arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, elle avait statué que «Il ne fait pas de doute qu'à l'égal de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention, la justification d'une politique pronazi ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10» (§ 55)⁽²²⁾. Pour l'anecdote, on rappellera également l'arrêt *Hoffer et Annen c. Allemagne*, où la requête d'opposants à l'avortement qui avaient été condamnés pour avoir distribué des tracts arborant «Hier l'Holocauste, aujourd'hui le Bébécauste» fut rejetée au motif que l'impact d'une expression ne pouvait être détaché du contexte historique et social dans lequel elle a été émise⁽²³⁾. Ce critère du contexte historique et social allait se trouver au centre du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Perinçek*.

La violation de l'article 10, § 1^{er}, n'est pas niée en tant que telle. M. Perinçek a bien fait l'objet d'une condamnation pénale pour ses propos négationnistes. La seule question était dès lors de savoir si cette condamnation pouvait être justifiée par l'article 10, § 2, de la CEDH. Celui-ci précise en effet que «L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à

⁽²²⁾ Il faut toutefois noter que dans cet arrêt, la Cour avait reconnu une violation de la liberté d'expression des requérants, qui avaient publié un texte faisant l'apologie du Maréchal Pétain, au motif que ce texte n'entendait nullement nier la barbarie nazie, mais traitait d'une question divisant toujours les historiens (à savoir celle de l'éventuel «double jeu» du Maréchal pendant le second conflit mondial) tandis que la question de l'Holocauste ne faisait pas débat. Cet arrêt avait fait l'objet de violentes critiques doctrinales (voy. G. COHEN-JONATHAN, «L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. tr. dr. h.*, 1999, pp. 351-382).

⁽²³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Hoffer et Annen c. Allemagne* du 13 janvier 2011.

la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire». Les ingérences dans la liberté d'expression sont par conséquent autorisées moyennant le respect de trois conditions :

- l'ingérence doit être prévue par la loi ;
- elle doit viser l'un ou plusieurs des buts légitimes énumérés dans cette disposition ;
- elle doit être nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation de ce ou ces buts.

La Cour va dès lors passer en revue l'application des trois critères pour décider si l'ingérence dans la liberté d'expression de M. Perinçek était justifiée.

Au niveau de la légalité de l'ingérence, la Cour observe qu'il n'est pas nié que celle-ci trouvait sa base dans le droit suisse. La seule question se posant était celle de la prévisibilité. Celle-ci fut cependant facilement établie. Le caractère de «génocide» des massacres et déportations dont furent victimes le peuple arménien ayant été reconnu par le Conseil national suisse, M. Perinçek devait s'attendre à être poursuivi sur base de l'article 261*bis* du Code pénal suisse (§ 138).

Le raisonnement de la Cour quant au but légitime était également fort attendu. La négation du génocide arménien portait-il atteinte à la réputation ou aux droits d'autrui ? Elle reconnut que la condamnation visait à protéger la dignité du peuple arménien, dont l'identité est bâtie autour de l'idée que leur communauté a été victime d'un génocide. Par ailleurs, le fait pour M. Perinçek d'accuser les Arméniens d'avoir été l'instrument des puissances impérialistes et de s'être livré à des massacres de Turcs et de musulmans, fut interprété comme portant atteinte à la dignité des victimes elles-mêmes, et de leurs descendants (§ 156).

C'est bien évidemment au niveau de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique que le raisonnement de la Cour était le plus attendu. Pour qu'une ingérence soit jugée telle, il faut qu'elle réponde à un besoin social impérieux, tout en restant proportionnée au but légitime poursuivi⁽²⁴⁾ La Cour déclara qu'elle allait devoir ménager un équilibre entre deux droits protégés : le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention, dans lequel la Cour reconnut qu'entraînait le droit du peuple arménien au respect de sa dignité et de celle de ses ancêtres, et le droit à la liberté d'expression (§ 228).

La Cour ne pouvait bien évidemment faire l'économie d'une comparaison entre le négationnisme du génocide arménien et celui de l'Holocauste. Elle rappela qu'il avait toujours été considéré que les «attaques contre la communauté juive (étaient) intrinsèquement liées à l'idéologie nazie, antithèse de la démocra-

⁽²⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, § 63.

tie et des droits de l'homme. (L'ancienne Commission) y avait vu une incitation à la haine raciale, à l'antisémitisme et à la xénophobie, concluant de ce fait que les condamnations pénales prononcées contre leurs auteurs étaient «nécessaires dans une société démocratique» (§ 209), ces propos étant «particulièrement choquant(s) pour les personnes concernées» (§ 253).

Ayant rappelé ces faits, la Cour considéra cependant que le contexte ne permettait pas de présumer que des «propos (niant le génocide arménien) puissent de même avoir des visées racistes et antidémocratiques» (§ 234). Les deux négationnismes ne seraient dès lors pas assimilables. La Cour constate ensuite que les États où l'interdiction de la négation de l'Holocauste a été jugée compatible avec la Convention sont ceux «qui ont connu les horreurs nazies et dont on peut estimer qu'ils ont une responsabilité morale particulière: se distancer des atrocités de masse commises par eux ou avec leur complicité» (§ 243), mais qu'il n'y a par contre «aucun lien de responsabilité de cette nature entre la Suisse et les événements survenus dans l'Empire ottoman» (§ 244).

Poussé à l'extrême, le raisonnement de la Cour impliquerait que des propos négationnistes à l'encontre de l'Holocauste proférés dans des pays ayant échappé à la barbarie nazie (Espagne, Irlande, Islande, Suède et Suisse) ne pourraient être censurés. Il suffirait dès lors aux négationnistes de bien choisir leur lieu de résidence pour éviter toute poursuite. M^{me} la juge Nussberger, dans son opinion partiellement concordante et partiellement dissidente, insista bien sur cette faiblesse du raisonnement de la Cour, écrivant qu'«Une législation exprimant une solidarité avec les victimes de génocide et de crimes contre l'humanité doit être possible partout, même lorsqu'il n'y a aucun lien direct avec les événements ou les victimes, qu'un long laps de temps s'est écoulé et que la législation ne vise pas directement la prévention des conflits»⁽²⁵⁾.

Examinant ensuite les propos de M. Perinçek, la Cour considéra qu'ils ne constituaient pas «une forme d'incitation à la haine ou à l'intolérance» envers les Arméniens, et que M. Perinçek n'avait «pas traité les Arméniens de menteurs, usé de termes injurieux à leur égard ni cherché à les caricaturer» (§ 233).

Ce point de l'arrêt fut extrêmement critiqué par les sept juges qui déposèrent une opinion dissidente commune. Selon eux, «les propos litigieux constituent, à (leurs) yeux, une dénaturation des faits historiques qui va bien au-delà d'une simple négation du génocide arménien en tant que qualification juridique. Ils contiennent l'*animus* d'insulter un peuple. Il s'agit d'un véritable détournement qui vise les Arméniens en tant que groupe, tente de justifier les agissements des autorités ottomanes en les présentant presque comme défensifs et revêt une connotation raciste dénigrant la mémoire des victimes, ainsi qu'il a été jugé à juste titre par le Tribunal fédéral. Dans la mesure où il tente de discréditer l'"évidence", le discours en question – confirmé par ailleurs par le requérant à l'audience de façon très claire – peut même être assimilé à un appel

⁽²⁵⁾ Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M^{me} la juge Nussberger.

sinon à la haine et à la violence, du moins à l'intolérance envers les Arméniens. Loin d'être de nature à la fois historique, juridique et politique, il présente les Arméniens comme les agresseurs du peuple turc. Il qualifie de "mensonge international" l'emploi du terme "génocide" pour désigner les atrocités commises contre les Arméniens. Le requérant se réclame d'ailleurs de Talaat Pacha, l'un des protagonistes des événements, présenté à l'audience comme un "ami des Arméniens" (*sic*). Il s'agit là de propos qui dépassent, à notre sens, ce qui pourrait être acceptable au titre de l'article 10 de la Convention»⁽²⁶⁾.

Selon ces juges, il y a bien insulte vis-à-vis du peuple arménien lorsqu'on nie le génocide dont ils ont été victimes. Partant, la condamnation de leur auteur devrait être justifiée au titre de l'article 10, § 2, voire de l'article 17 de la Convention. On ne peut qu'adhérer à leurs propos. Il n'est pas nécessaire d'appeler à la destruction physique actuelle d'un groupe ethnique ou religieux pour qu'une atteinte à la réputation d'autrui, justifiant l'adoption de mesures répressives, soit couverte par les dispositions dérogatoires de la Convention.

La Cour va ensuite se pencher sur le contexte de l'ingérence. Bien qu'elle reconnaisse qu'à l'heure actuelle, avec les moyens de communication électronique, aucun discours ne puisse plus être considéré comme local, la Cour insista sur le fait que les propos du requérant n'avaient pas eu de «répercussions directes» en Suisse (§ 248), et que la condamnation de M. Perinçek n'avait pas permis à la minorité arménienne de se «sentir davantage en sécurité» (§ 246). Le contexte n'était pas particulièrement tendu, et ne risquait pas «de générer de graves frictions entre les Turcs et les Arméniens qui vivaient (en Suisse)» (§ 244). La Cour laisse même sous-entendre que la petite taille de la communauté arménienne en Suisse est un élément qui aurait dû inciter celle-ci à s'abstenir d'intervenir⁽²⁷⁾.

La taille du groupe humain dont les droits à la dignité sont à protéger semble donc importer à la Cour. Cette considération pourrait cependant paraître comme totalement contraire à l'esprit même de la protection de la dignité des minorités, qui devrait au contraire être renforcée de façon inversement proportionnelle à la taille du groupe considéré.

La Cour insiste enfin sur le décalage temporel entre le génocide et les propos négationnistes (presqu'un siècle), statuant que la nécessité de mesures de contrôle de la liberté d'expression diminuait forcément avec le temps (§ 250).

En raisonnant ainsi, c'est tout le devoir de mémoire que la Cour met à mal. Il existerait ainsi une sorte de prescription de l'indicible, qui permettrait de remettre en cause l'existence d'atrocités sous prétexte qu'il n'existe plus

⁽²⁶⁾ Opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis et Kūris, point 4.

⁽²⁷⁾ On peut le déduire de la référence à la France, qui compte la troisième communauté arménienne au monde, et où la question des «événements survenus en 1915» (*sic*) y sont des questions d'actualité depuis des années (§ 248).

de témoins. La Cour commet ici, de notre point de vue, une erreur funeste. C'est précisément lorsqu'il n'existe plus de témoins d'événements abominables que ceux-ci risquent d'être banalisés, et que leur souvenir mérite la plus haute protection. Si l'on devait pousser jusqu'au bout le raisonnement de la Cour, on aboutirait à la conclusion d'une négation de l'Holocauste qui serait publiée en 2045 rentrerait dans le champ de la liberté d'expression en raison de l'ancienneté des faits... M^{me} la juge Nussberger l'a bien vu, puisque dans son opinion elle écrit qu'une législation exprimant une solidarité avec les victimes d'un génocide doit être possible « même lorsqu'un long laps de temps s'est écoulé »⁽²⁸⁾.

La Cour en conclut que « Au vu de l'ensemble des éléments analysés ci-dessus – à savoir que les propos du requérant se rapportaient à une question d'intérêt public et n'étaient pas assimilables à un appel à la haine ou à l'intolérance, que le contexte dans lequel ils ont été tenus n'était pas marqué par de fortes tensions ni par des antécédents historiques particuliers en Suisse, que les propos ne pouvaient être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une réponse pénale en Suisse, qu'aucune obligation internationale n'imposait à la Suisse de criminaliser des propos de cette nature, que les tribunaux suisses apparaissent avoir censuré le requérant pour avoir exprimé une opinion divergente de celles ayant cours en Suisse, et que l'ingérence a pris la forme grave d'une condamnation pénale –, (...) il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu en l'espèce » (§ 280). Il y a donc eu violation de l'article 10 (§ 281), l'article 17 ne trouvant pas à s'appliquer (§ 282).

L'arrêt fut accompagné de deux opinions dissidentes très critiques, dont il a déjà été fait mention. La première, signée par sept juges, remet en cause le raisonnement de la Cour en affirmant qu'il y avait bien eu atteinte à la dignité du peuple arménien, qui aurait mérité à tout le moins l'application de l'article 10, § 2, de la Convention⁽²⁹⁾. La seconde, signée par quatre juges, allait plus loin, puisqu'elle regrettait que la Cour n'ait pas fait usage de l'article 17⁽³⁰⁾.

IV. CONCLUSION

Les deux décisions sous revue rendues par la Cour sont critiquables (ou à tout le moins la différence de traitement qu'elle réserve aux deux affaires), pour des motifs diamétralement opposés, bien évidemment.

⁽²⁸⁾ Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M^{me} la juge Nussberger.

⁽²⁹⁾ Opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis et Kūris.

⁽³⁰⁾ Opinion dissidente additionnelle du juge Silvis, à laquelle se rallient les juges Casadevall, Berro et Kūris.

La décision *M'Bala M'Bala c. France* peut être appréhendée de deux manières différentes. Certains avanceront que la Cour a commis un « accident de parcours »⁽³¹⁾ en s'écartant de sa jurisprudence majoritaire, qui est de considérer qu'il ne faut avoir recours à l'article 17 que dans des circonstances exceptionnelles, et que celles-ci étaient absentes en l'espèce. En quoi l'attitude de Dieudonné est-elle plus attentatoire aux droits protégés par la Convention que la littérature nauséabonde du docteur Féret en son temps ? En quoi, surtout, est-elle différente de celle de M. Perinçek ? En réservant à tout prix un statut particulier à l'antisémitisme et au négationnisme de l'Holocauste, la Cour déforçerait sa crédibilité. Il eut été beaucoup plus sain de ne pas appliquer l'article 17, et de faire passer la condamnation de Dieudonné par le filtre de l'article 10, § 2. Le résultat aurait vraisemblablement été le même, mais la Cour aurait eu une belle occasion de prononcer un arrêt motivé sur la condamnation du révisionnisme et du *hate speech* qui aurait moins prêté à controverse.

D'autres se réjouiront que la Cour ait confirmé sa jurisprudence *Lehideux et Isorni* et *Garaudy*, et se soit montrée ferme dans sa condamnation des discours de haine. On doit alors s'interroger pourquoi elle n'a pas appliqué trois semaines plus tôt le même raisonnement dans l'affaire *Perinçek* qui, aux yeux de certains des auteurs de l'opinion dissidente additionnelle jointe à l'arrêt⁽³²⁾, aurait elle aussi mérité l'application de l'article 17...

L'arrêt *Perinçek* est dès lors tout à fait contestable. Il n'est pas question ici de faire le procès du caractère souhaitable et adéquat ou non des lois mémorielles. La controverse agite le mode des historiens⁽³³⁾, mais nous devons considérer qu'elles font partie du droit positif. Ceci étant posé, les arguments de la Cour pour refuser d'appliquer *in casu* l'article 10, § 2, sont tout à fait spécieux. On constate qu'elle est très mal à l'aise quant à la qualification à apporter aux « événements de 1915 ». Reconnaître au génocide arménien le caractère de « fait historiquement établi » l'aurait obligée à appliquer la jurisprudence *Garaudy*, et à condamner M. Perinçek. Au lieu de cela, elle préfère ne pas se prononcer sur la question et regarder les répercussions des propos de M. Perinçek sur l'opinion publique suisse.

Il est évident que celle-ci ne s'est pas mobilisée outre mesure à propos d'événements qui s'étaient déroulés près d'un siècle plus tôt à 2.000 kilomètres de distance, et que la communauté arménienne de Suisse est trop restreinte pour peser d'un poids réel sur les débats. On a presque l'impression que la Cour a considéré que le problème était une tempête dans un verre d'eau, et que tant

⁽³¹⁾ D. VOORHOOF, « *Hate speech*, radicalisering en het recht op expressievrijheid », *A&M*, 2016/1, p. 17 (en français dans le texte).

⁽³²⁾ Opinion dissidente additionnelle du juge Silvis, à laquelle se rallient les juges Casadevall, Berro et Küris, § 1.

⁽³³⁾ Voy. notamment B. FAVREAU (éd.), *La loi peut-elle dire l'histoire ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

que les propos de M. Perinçek n'avaient pas de conséquences funestes notables, il n'y avait aucune raison valable de le censurer.

Poussé à l'extrême, le raisonnement de la Cour impliquerait que des propos négationnistes à l'encontre de l'Holocauste proférés dans des pays où la communauté juive est réduite ne pourraient être poursuivis. La Cour aurait dû faire preuve de bon sens, et, après avoir constaté comme elle l'a fait qu'à l'époque où nous vivons, où les télécommunications ont atteint un tel degré de sophistication, qu'une déclaration faite n'importe où dans le monde peut être répercutée partout ailleurs en quelques secondes, il est vain de s'interroger sur la présence ou non d'une partie de la communauté visée sur le territoire de l'État où les propos ont été tenus, ou si le génocide a eu lieu sur le territoire de cet État.

Les deux affaires méritaient un traitement semblable, c'est-à-dire soit une application de l'article 17, soit celle de l'article 10, § 2, dans l'optique du respect des victimes des génocides. En appliquant deux poids et deux mesures, la Cour laisse subsister des zones néfastes d'incertitude alors que, précisément en une époque troublée comme la nôtre, c'est d'un cadre prévisible dont la liberté d'expression, dont on ne répétera jamais assez le caractère fondamental, a besoin.

Comment expliquer cette dichotomie? Selon F. Krenc, la Cour serait traversée à l'heure actuelle par deux courants opposés. L'un libéral, voire ultra-libéral, quant à la liberté d'expression, reposant sur une conception optimiste de la démocratie, qui aurait triomphé dans l'arrêt *Perinçek*, l'autre plus soucieux des devoirs et obligations de l'auteur des propos, qui tend davantage à souligner la nécessité de concilier la liberté d'expression avec les droits et libertés concurrents, et qui aurait quant à lui triomphé dans la décision *M'Bala M'Bala*⁽³⁴⁾.

Cette divergence d'opinion au sein de la Cour, si elle est tout à fait explicable, les juges ne restant que des êtres humains, est par contre grandement dommageable pour sa crédibilité, dans la mesure où elle rend des décisions hétérogènes en fonction de sa composition au moment où elle doit statuer sur une affaire. Une harmonisation de la jurisprudence, qu'il revient à la Grande Chambre de réaliser par ailleurs, est indispensable si la Cour veut continuer à conserver une crédibilité dans le futur, les affaires de négationnisme et de *hate speech* portées devant elle n'étant vraisemblablement malheureusement pas sur le point de se tarir.

⁽³⁴⁾ F. KRENC, «La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore ?», *Rev. tr. dr. h.*, 2016, pp. 311-350.

