

## **EGMR 20151015\_27510\_08 vom 15. Oktober 2015**

EGMR (Schweiz), 2015-10-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_egmr\\_20151015\\_27510\\_08](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_egmr_20151015_27510_08)

FR: CourEDH 20151015\_27510\_08 du 15 octobre 2015

IT: CorteEDU 20151015\_27510\_08 del 15 ottobre 2015

### **Regeste**

Urteilkopf 27510/08 Perinçek Dogu c. Suisse Arrêt no. 27510/08, 15 octobre 2015

Regeste Diese Zusammenfassung existiert nur auf Französisch. SUISSE: Art. 10 CEDH. Condamnation pénale pour avoir contesté publiquement l'existence du génocide arménien. Le requérant est un homme politique turc qui a qualifié publiquement la thèse du génocide arménien de mensonge international. Condamné par les autorités suisses pour discrimination raciale, le requérant se plaint d'une violation de son droit à la liberté d'expression. La Grande Chambre a examiné si les autorités suisses avaient ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant à la liberté d'expression et le droit des Arméniens à la protection de leur dignité. Pour procéder à cette évaluation, les juges strasbourgeois ont tenu compte des circonstances du cas d'espèce: nature des propos du requérant, contexte de l'ingérence, mesure dans laquelle les propos litigieux ont heurté les droits des Arméniens, existence ou non d'un consensus parmi les Hautes Parties contractantes quant à la nécessité de recourir à des sanctions pénales à l'égard de propos de cette nature, existence éventuelle de règles de droit international en la matière, raisonnement suivi par les juridictions suisses pour justifier la condamnation du requérant et gravité de l'ingérence. La Cour est arrivée à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire dans une société démocratique de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne (ch. 196-280). Conclusion: violation de l'art. 10 CEDH. N.B. Cet arrêt de la Grande Chambre fait suite à celui du 17.12.2013 d'une chambre, qui était arrivée à la même conclusion. Inhaltsangabe des BJ (4. Quartalsbericht 2015) Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK); Strafrechtliche Verurteilung wegen der Leugnung des Völkermords an den Armeniern. Die Angelegenheit betraf die Verurteilung gestützt auf Artikel 261bis Absatz 4 des StGB (Antirassismus-Strafnorm) eines türkischen Politikers, welcher in der Schweiz öffentlich behauptet hatte, dass die Massendepportationen und Massaker an den Armeniern durch das osmanische Reich 1915 kein Völkermord gewesen seien. Vor dem Gerichtshof machte der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Meinungsäusserungsfreiheit geltend. Der Gerichtshof wog ab zwischen dem Recht auf freie Meinungsäusserung des Beschwerdeführers und dem Recht auf Achtung der Würde der damaligen Opfer und der armenischen Identität (geschützt durch Art. 8 EMRK: Recht auf Achtung des Privatlebens). Er hielt es für nicht notwendig in einer demokratischen Gesellschaft, den Beschwerdeführer wegen seiner Äusserungen strafrechtlich zu verurteilen, um die betroffenen Rechte der armenischen Gemeinschaft zu schützen. Dabei befand der Gerichtshof insbesondere, dass die Aussagen des Beschwerdeführers eine Fragestellung von öffentlichem Interesse betrafen und nicht als Aufruf zu Hass oder Intoleranz zu verstehen waren. Die strittigen Äusserungen seien nicht im Kontext starker Spannungen oder spezifischer historischer Vorläufer in der Schweiz gefallen und die Würde der armenischen Gemeinschaft sei nicht derart beeinträchtigt, dass in der Schweiz eine strafrechtliche Antwort nötig wäre. Schliesslich gebe es keine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz, solche Aussagen zu

kriminalisieren. Es scheine, als hätten die innerstaatlichen Gerichte die Aussagen des Beschwerdeführers sanktioniert, weil diese von der in der Schweiz vorherrschenden Meinung abweiche, und der Eingriff in Form einer strafrechtlichen Verurteilung wiege schwer. Verletzung von Artikel 10 EMRK (10 zu 7 Stimmen). Sachverhalt GRANDE CHAMBRE AFFAIRE PER■NÇEK c. SUISSE (Requête no 27510/08) ARRÊT STRASBOURG 15 octobre 2015 Cet arrêt est définitif. Il peut subir des retouches de forme. PROCÉDURE 1 EN FAIT 4 I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE 4 A. Le requérant 4 B. Les propos en cause 4 C. La procédure pénale dirigée contre le requérant à raison de ces propos 6 D. Les poursuites pénales engagées en 2008 contre le requérant 22 E. Autres éléments produits par les tiers intervenants 23 II. LE DROIT INTERNE PERTINENT 23 A. La Constitution de la Confédération suisse 23 B. L'article 261 bis du code pénal 24 1. Le texte de l'article 24 2. La genèse de l'article 24 3. Application à des propos tenus antérieurement à ceux du requérant concernant les événements survenus en 1915 et les années suivantes 27 C. Autres dispositions pertinentes du code pénal 28 D. Le postulat no 02.3069 29 E. La loi de 2005 sur le Tribunal fédéral suisse 30 III. LE DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN PERTINENT 30 A. Droit international général 30 1. En matière de génocide 30 2. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale 37

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Joint , par quatorze voix contre trois, la question de l'application de l'article 17 de la Convention au fond du grief soulevé sur le terrain de l'article 10 de la Convention ;

### **E. 2**

Dit , par dix voix contre sept, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;

### **E. 3**

Dit , par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention ;

### **E. 4**

Dit , par seize voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément la recevabilité ou le fond du grief soulevé sur le terrain de l'article 7 de la Convention ;

### **E. 5**

Dit , par douze voix contre cinq, que le constat d'une violation de l'article 10 de la Convention représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par le requérant ;

### **E. 6**

Rejette , à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus. Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 15 octobre 2015. Johan Callewaert Adjoint au greffier Dean Spielmann Président Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes : - opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nußberger ; - opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis

et K■ris ; - opinion dissidente additionnelle du juge Silvis, à laquelle se rallient les juges Casadevall, Berro et K■ris. D.S. J.C. OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE ET PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE LA JUGE NUSSBERGER ( Traduction )

Le débat historique, volet de la liberté d'expression Analyser, apprécier et commenter les événements historiques est indispensable pour vivre ensemble paisiblement en société : il faut prendre conscience de ce qui s'est produit dans le passé et assumer ses responsabilités si nécessaire. Nulle vérité historique ne peut rester gravée à jamais dans le marbre. Au contraire, de nouvelles recherches, de nouvelles découvertes de documents et de preuves peuvent éclairer sous un jour nouveau ce que l'on pensait être une opinion incontestée. Aussi les débats et discussions sur l'histoire sont-ils un volet essentiel de la liberté d'expression. Jamais en principe ils ne devraient être entravés dans une société démocratique, surtout pas en déclarant tabous des événements à exclure de toute libre appréciation en débat public ou en établissant des « opinions officielles » que nul ne saurait contester. Toutefois, des limites peuvent s'imposer si le débat historique dégénère en incitation à la haine contre tel ou tel groupe et ne sert qu'à heurter la dignité et les plus profonds sentiments d'autrui. L'exemple le plus célèbre est la négation de l'Holocauste, sanctionnée pénalement dans plusieurs pays (voir par exemple, à titre de comparaison, la législation en Allemagne, en Autriche et en Belgique, paragraphe 91). Dans sa jurisprudence, la Cour valide généralement les mesures de cette nature (paragraphe 209 à 212). Dans ces conditions, le constat d'une violation en l'espèce soulève d'importantes questions quant à la cohérence de la jurisprudence de la Cour. Pourquoi des sanctions pénales pour refus de qualifier de « génocide » les massacres d'Arméniens en Turquie en 1915 emportent-elles violation de la liberté d'expression alors que des sanctions pénales pour négation de l'Holocauste ont été jugées compatibles avec la Convention ? Points de désaccord avec le raisonnement de la majorité J'ai voté en faveur d'un constat de violation en l'espèce. Mais, sur la question cruciale de la distinction entre la négation de l'Holocauste et la négation d'un génocide du peuple arménien en 1915, je ne puis accepter ni la réponse donnée par la majorité de la chambre (paragraphe 117 de l'arrêt de chambre) ni celle apportée par la majorité de la Grande Chambre (paragraphe 242-243). J'estime qu'il n'y pas eu en l'espèce de violation matérielle de la liberté d'expression. Il n'y a eu à mes yeux qu'une violation procédurale en raison d'un manque de sécurité juridique et d'une mise en balance insuffisante des droits en cause (voir, à titre d'exemples de violations procédurales de l'article 10 de la Convention, Association Ekin c. France , no 39288/98, CEDH 2001-VIII, § 58 , et Lombardi Vallauri c. Italie no 39128/05, § 46, 20 octobre 2009). Le conflit entre la liberté pour le requérant de douter de la véracité de ce qui est considéré comme la « vérité historique » et la protection du sens de l'identité historique des Arméniens et de leurs sentiments aurait dû être réglé par le législateur suisse de manière claire et prévisible. Or l'article 261 bis , al. 4, du code pénal suisse ne le permet pas. Et les tribunaux suisses n'ont pas pu combler cette lacune. Distinction entre la jurisprudence de la Cour sur la négation de l'Holocauste et la présente affaire La chambre et la Grande Chambre ont distingué la présente affaire des affaires de négation de l'Holocauste en s'appuyant sur des arguments différents. La chambre a dit douter de l'existence d'un « consensus général » quant à savoir si les événements survenus en 1915 et les années suivantes en Turquie pouvaient être qualifiés de « génocide » du peuple arménien. Sur cette base, elle a établi une distinction entre les sanctions pénales à raison des discours tenus par le requérant et les affaires relatives à la négation de crimes en rapport avec l'Holocauste (paragraphe 117 de l'arrêt de chambre). Même si elle a dit qu'elle n'avait pas pour tâche d'apprécier des événements

d'ordre historique (paragraphe 99 de l'arrêt de chambre), son approche semble reposer sur l'idée d'une différence dans le degré de certitude sur ce qui s'est passé en Turquie en 1915 et en Allemagne sous le régime nazi. Pareille approche risque d'être (mal) interprétée comme un jugement sur la validité de la connaissance de faits historiques. La majorité de la Grande Chambre se démarque de cette approche et dit que « criminaliser la négation [de l'Holocauste] ne se justifie pas tant parce qu'il constitue un fait historique clairement établi (...) » (paragraphe 243). L'élément pertinent est plutôt selon elle le contexte, évoquant les facteurs géographiques et historiques (paragraphe 242 à 248) ainsi que le facteur temporel (paragraphe 249-250). D'après cette approche, 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 » (paragraphe 243). La majorité de la Grande Chambre ne peut constater l'existence d'aucun lien de responsabilité de cette nature entre la Suisse et les événements survenus dans l'Empire ottoman (paragraphe 244). En outre, s'appuyant sur le facteur temporel, elle dit que le décalage dans le temps entre la perpétration d'atrocités et la résurgence d'un débat polémique atténue les conséquences de propos critiques. Je ne puis adhérer à cette manière de raisonner. Pour moi, il n'est pas seulement « louable, et conforme à l'esprit de la protection universelle des droits de l'homme, (...) [de] cherche[r] à défendre les droits des victimes d'atrocités de masse quel que soit l'endroit où celles-ci ont été perpétrées » (paragraphe 246) : cela suffit amplement à justifier une législation de ce type. Il s'agit d'un « choix de société » ( S.A.S. c. France [GC], no 43835/11 , § 153, CEDH 2014) que la Cour doit accepter. 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. Toute société doit pouvoir régler en toute latitude le conflit entre, d'une part, le débat libre et sans entrave sur des événements historiques et, d'autre part, les droits à la personnalité des victimes et de leurs descendants conformément à sa vision de la justice historique en cas d'allégation d'un génocide. Le choix de société doit toutefois reposer sur un débat démocratique en société conduit ouvertement et en toute transparence et il doit être inscrit dans la loi de manière à indiquer de façon clairement prévisible quels propos sont autorisés et quels propos sont non seulement tabous mais aussi passibles de sanctions pénales. Des incertitudes touchant la responsabilité pénale peuvent étouffer dans l'œuf un débat historique ou inciter des historiens à ne plus revenir sur certains sujets. La législation sur la négation de l'Holocauste en Allemagne, en Autriche et en Belgique, déjà examinée par la Cour (paragraphe 209 à 212), est sans équivoque sur ce point. Toutes les dispositions pertinentes visent directement le « régime national-socialiste » (voir leur citation au paragraphe 91). En France, la législation vise la négation des crimes contre l'humanité, tels que définis à l'article 6 de la Charte du Tribunal militaire international, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ( ibid .), ce qui permet de bien voir de quels événements historiques il s'agit. Violation procédurale de l'article 10 de la Convention Contrairement aux cas évoqués ci-dessus, le processus législatif en Suisse à l'origine du texte en cause n'était pas axé sur la « question arménienne » : il a plutôt pris la forme de débats généraux sur l'interdiction de la négation du génocide et des crimes contre l'humanité, dans le cadre desquels cette question ne fut mentionnée qu'à titre d'exemple (voir, en comparaison, les documents relatifs à ce processus, cités aux paragraphes 37-38, ainsi que l'analyse explicite qu'en ont donné les

tribunaux suisses, aux paragraphes 22 à 26). L'exemple du génocide arménien n'est pas non plus évoqué dans le texte de l'article 261 bis , al. 4, du code pénal suisse. La règle pénale que renferme l'article 261 bis , al. 4, est libellée de telle sorte que l'on ne sait pas vraiment si les juridictions censées l'appliquer doivent décider elles-mêmes si tel ou tel événement historique mérite le qualificatif de « génocide » et, dans l'affirmative, sur quel fondement. Cette difficulté insurmontable est amplement illustrée par les décisions des tribunaux suisses. Si le droit international et le droit national suisse donnent à la notion de « génocide » une définition claire (paragraphes 47 et 52 à 54) sur laquelle les juridictions peuvent s'appuyer, celles-ci ont du mal à opérer le bon choix méthodologique pour statuer sur la qualification juridique d'un événement aussi ancien (référence aux travaux scientifiques, aux déclarations politiques d'organes de l'État et d'institutions internationales, etc. ; paragraphes 22 à 26). Elles sont confrontées au problème de l'absence soit d'un jugement d'un tribunal international soit d'une unanimité dans les débats sur le plan national et international, qu'ils soient d'ordre scientifique ou politique. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse n'a pu que se référer à ce qu'il appelait un « consensus général, historique en particulier » (paragraphe 4.3 de son arrêt, cité au paragraphe 26). Cela peut-il suffire à une condamnation pénale pour une opinion qui met justement en doute cette qualification de « génocide » ? Cela montre à mes yeux que le législateur suisse n'a pas pesé les droits protégés par l'article 8 et ceux protégés par l'article 10 pour ce qui est du débat sur les événements survenus en Turquie en 1915. Dans un domaine aussi sensible, il ne peut suffire de légiférer sur des droits concurrents dans l'abstrait sans se référer aux cas historiques précis. Voilà la différence réelle qui oppose la présente espèce aux affaires de négation de l'Holocauste, où les limites du débat historique étaient clairement définies sur la base de la législation nationale et où les tribunaux avaient donc pu prendre comme point de départ la qualification juridique de « génocide » donnée à l'Holocauste pour statuer sur les responsabilités pénales. Laisser subsister un grand doute dans des débats aussi importants compromet la liberté d'expression plus qu'il n'est nécessaire dans une société démocratique. J'ai donc voté en faveur d'un constat de violation (procédurale) de l'article 10 de la Convention ainsi qu'en faveur de la conduite d'un examen séparé de l'affaire sur le terrain de l'article 7 de la Convention.

**OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS ET KRIS**

1. Nous ne sommes pas en mesure de souscrire à la conclusion qu'en l'espèce il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. 2. Notons d'emblée que la Cour a fait preuve d'une timidité certaine en réaffirmant la position de la chambre dans le sens qu'elle n'est pas tenue de dire si les massacres et déportations subis par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman peuvent être qualifiés de génocide au sens que revêt ce terme en droit international, mais aussi qu'elle est incompétente pour prononcer, dans un sens ou dans l'autre, une conclusion juridique contraignante sur ce point (paragraphe 102). Que les massacres et déportations subis par le peuple arménien étaient constitutifs d'un génocide relève de l'« évident ». Le génocide arménien est un fait historique clairement établi. [2] Le nier revient à nier l'évidence. Mais là n'est pas la question. L'affaire ne porte pas sur la vérité historique, ni sur la qualification juridique des événements de 1915. Le véritable enjeu de l'affaire concerne la question de savoir s'il est possible pour un État d'incriminer l'insulte à la mémoire d'un peuple victime d'un génocide sans outrepasser sa marge d'appréciation. Selon nous, tel est le cas. 3. Dans ces conditions, nous ne pouvons pas suivre l'approche de la majorité quant à l'appréciation des propos du requérant (I). Il en va de même de l'appréciation de l'incidence des facteurs géographiques et historiques (II), des implications

du facteur temporel (III) et du défaut de consensus (IV), de l'inexistence d'une obligation d'incriminer (V), ainsi que de la mise en balance effectuée par les autorités nationales (VI). L'appréciation des propos du requérant 4. Notre désaccord concerne pour l'essentiel la façon dont la majorité a compris les déclarations du requérant (paragraphe 229-241). Ce discours, particulièrement pernicieux, et ses conséquences, ont été minimisés tout au long de l'arrêt. Même s'ils ne forment pas nécessairement un discours tombant sous le coup de l'article 17 de la Convention - encore que pour certains d'entre nous tel est effectivement le cas -, les propos litigieux constituent, à nos 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 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. 5. C'est ainsi que l'affaire concerne tout simplement les limites de la liberté d'expression. En appliquant la grille de lecture séquentielle de l'article 10 de la Convention, nous n'avons aucune difficulté à conclure à l'ingérence et à la légalité de celle-ci. Le tribunal de police de Lausanne, dans sa décision du 9 mars 2007, a retenu que le requérant avait nié le génocide des Arméniens en justifiant les massacres. Le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 12 décembre 2007, s'est longuement étendu sur l'élément moral de l'infraction (mobiles de discrimination raciale, aux points 5.1 et 5.2) en arrivant à la conclusion que les constatations de fait « démontr[ai]ent suffisamment l'existence de mobiles qui, en plus du nationalisme, ne p[ouvaie]nt relever que de la discrimination raciale, respectivement ethnique ». Le requérant a été poursuivi pour avoir enfreint l'article 261 bis du code pénal, qui ne pose, en tant que tel, aucun problème quant à son contenu et à sa légitimité au regard des valeurs protégées par la Convention. Les juridictions ont examiné les faits et apprécié les propos litigieux. Le requérant savait qu'en tenant ceux-ci il s'exposait à l'application de l'article 261 bis du code. Cette disposition poursuit d'ailleurs les buts légitimes de la protection des droits d'autrui et de la défense de l'ordre. L'incidence des facteurs géographiques et historiques 6. Au-delà de cet aspect, il nous semble que la méthodologie suivie par la majorité est, ici et là, problématique. Il en va ainsi notamment des « facteurs géographiques et historiques », plus amplement développés aux paragraphes 242 à 248 de l'arrêt. Minimiser l'importance des propos du requérant en essayant de les cantonner géographiquement conduit à relativiser sérieusement la portée universelle et erga omnes des droits de l'homme, qui constitue la quintessence de leur acception contemporaine. En effet, ainsi qu'il a été affirmé avec force par l'Institut de droit international, l'obligation pour les États d'assurer le respect des droits de l'homme est une obligation erga omnes ; « elle incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme » (Résolution sur « la

protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États », Annuaire de l'Institut de droit international , 1989, vol. II, p. 341, article 1er). Dans le même ordre d'idées, la Déclaration et le programme d'action de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme énonce que « la promotion et la protection de tous les droits de l'homme sont une préoccupation légitime de la communauté internationale » (ONU, documents officiels, A/CONF/123, par. 4, 1993). 7. Il est évident que cette approche universaliste contraste avec celle de la majorité dans le présent arrêt. Si l'on voulait tirer toutes les conséquences logiques de l'approche géographiquement cantonnée qui semble être celle de la majorité, on pourrait penser que la négation en Europe de génocides commis dans d'autres continents, comme par exemple du génocide rwandais ou de celui perpétré par les Khmers rouges au Cambodge serait protégée par la liberté d'expression sans aucune limite ou presque. Il ne nous paraît pas qu'une telle vision reflète les valeurs universelles qui sont consacrées par la Convention. L'incidence du facteur temporel 8. L'insistance sur le facteur temporel (paragraphe 249 à 254 de l'arrêt) nous semble poser des problèmes analogues. Faudrait-il en conclure que d'ici 20 ou 30 ans, la négation de l'Holocauste lui-même serait acceptable au titre de la liberté d'expression ? Quid de la compatibilité de ce facteur avec le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ? Le défaut de consensus 9. Le défaut de consensus, sur lequel la majorité se base aux paragraphes 258 à 268, pourrait tout au plus être vu aussi comme un facteur propre à élargir la marge d'appréciation des autorités suisses. Au risque de nous répéter, nous sommes d'avis qu'un législateur a parfaitement le droit d'incriminer des propos comme ceux proférés par le requérant. La question du consensus, en tant que limite de la marge d'appréciation des autorités nationales, ne se poserait que dans l'hypothèse où il y aurait consensus quant à l'interdiction explicite d'une telle incrimination. Or tel n'est pas le cas en l'espèce. L'inexistence d'une obligation d'incriminer 10. Quant à l'inexistence d'une obligation pour la Suisse de criminaliser les propos en question (paragraphe 258 à 268), nous avouons avoir les plus grands doutes quant à la pertinence du raisonnement. Ne peut-on pas affirmer, au contraire, qu'une coutume (régionale) émerge peu à peu à travers la pratique des États, de l'Union européenne (décision-cadre 2008/913/JAI) ou de l'ECRI (Recommandation de politique générale no 7) ? Notons également qu'au-delà de l'Europe, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale a, à plusieurs reprises, recommandé la criminalisation du discours négationniste. Peut-on ignorer tous ces développements d'un trait de main en se plaçant sur le terrain d'un supposé conflit d'obligations ? 11. Mis à part ces développements qui pointent dans la direction opposée à celle prise par la majorité, il échet de relever que la Cour de cassation du canton de Vaud, dans sa décision du 13 juin 2007, a rappelé que la particularité de la norme antiraciste suisse résidait dans le fait que le législateur national avait décidé, s'agissant notamment du génocide ou d'autres crimes contre l'humanité, d'aller au-delà des minima fixés par la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. À notre avis, un législateur a parfaitement le droit d'incriminer des propos comme ceux proférés par le requérant. Le législateur national suisse, à l'issue de longs débats parlementaires, a estimé que des discours tels que ceux prononcés par le requérant méritaient de l'être. Nous sommes d'avis que la nécessité de l'incrimination dans une société démocratique relève, dans cette affaire, de la marge d'appréciation de l'État. La mise en balance des droits en cause 12. Enfin, concernant la mise en balance des droits en cause (paragraphe 274 à 280 de l'arrêt), il nous semble que le Tribunal fédéral a fait un excellent travail, mesuré, circonstancié et motivé. Il a consacré le

point 6 à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention en s'exprimant comme suit : « (...) le requérant tente essentiellement, par une démarche de provocation, d'obtenir des autorités judiciaires suisses une confirmation de ses thèses, au détriment de membres de la communauté arménienne, pour lesquels cette question joue un rôle identitaire central. La condamnation du recourant tend ainsi à protéger la dignité humaine des membres de la communauté arménienne, qui se reconnaissent dans la mémoire du génocide de 1915. La répression de la négation d'un génocide constitue enfin une mesure de prévention des génocides au sens de l'art. I de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide conclue à New-York le 9 décembre 1948, approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2000) (...) » 13. Mise en balance, il y a eu en l'espèce. Par conséquent, la conclusion du paragraphe 280 n'est pas justifiée. 14. En un mot, nous sommes convaincus qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention en l'espèce.

**OPINION DISSIDENTE ADDITIONNELLE DU JUGE SILVIS, À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES CASADEVALL, BERRO ET K■RIS (Traduction)**

1. La présente opinion additionnelle porte principalement sur le vote de la majorité en faveur de la non-application de l'article 17 de la Convention. Ainsi qu'il est indiqué dans l'opinion dissidente commune concernant le constat d'une violation sur le terrain de l'article 10 de la Convention, certains des juges dissidents auraient préféré que l'article 17 s'applique. Je suis parmi ces juges qui, très respectueusement, sont en désaccord avec la majorité sur cette question.

2. Certes, en matière de négation du génocide et d'autres formes de discours de haine, la Cour n'a pas d'approche uniforme en ce qui concerne l'article 17. Dans son essai en honneur à Sir Nicolas Bratza, le juge Villiger a regroupé les affaires existantes en quatre catégories, chacune se caractérisant par une approche différente.

3. La première de ces approches consiste à appliquer directement l'article 17, de sorte que la requête est d'emblée déclarée irrecevable. À titre d'illustration, il y a la décision souvent citée rendue par la Commission en l'affaire Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas (nos 8348/78 et 8406/78 , décision du 11 octobre 1979, Décisions et rapports (DR) 18). Les requérants dans cette affaire défendaient des opinions éminemment racistes, avec un programme politique jugé par la Commission contraire à la lettre et à l'esprit de la Convention, et susceptible de contribuer à la destruction de droits de l'homme. Par l'effet de l'article 17, ils ne pouvaient prétendre à la protection de l'article 10. La Cour a adopté cette même approche dans certaines affaires, notamment *Norwood c. Royaume-Uni* ((déc.), no 23131/03, CEDH 2004-XI). *Garaudy c. France* ((déc.), no 65831/01 , CEDH 2003-IX) en est un autre exemple, où l'analyse a pris fin dès le constat d'application de l'article 17 et où le grief tiré d'une violation de l'article 10 a été rejeté pour irrecevabilité *ratione materiae* . Cette approche est toujours suivie aujourd'hui, comme le montre la jurisprudence récente (par exemple *Kasymakhurov et Saybatalov c. Russie* , nos 26261/05 et 26377/06 , 14 mars 2013). Il y a lieu de noter qu'on peut voir dans l'arrêt *Kasymakhurov et Saybatalov* une réponse à la critique selon laquelle l'entrée en jeu de l'article 17 est synonyme d'absence d'analyse juridique digne de ce nom. La Cour y a analysé en détail les opinions politiques des requérants (celles du groupe fondamentaliste Hizb ut-Tahrir), pour motiver l'exclusion de celles-ci de la protection des articles 9, 10 et 11 par le jeu de l'article 17.

4. La deuxième approche, de nature mixte, a été suivie dans une série d'affaires où le requérant était un négationniste de l'Holocauste, tenait un autre type de discours antisémite et/ou diffusait des idées pronazies (voir, par exemple, *Kühnen c. Allemagne* , no 12194/86 , décision de la Commission du 12 mai 1988, DR 56). Il y a combinaison ici des articles 10 et 17, en ce sens que l'affaire est soumise à l'examen habituel sur le terrain de l'article 10 § 2. Au stade de la

« nécessité », l'article 17 est invoqué et permet de conclure au défaut manifeste de fondement de la requête (sans examen au fond mais pas hors du champ de l'article 10).

5. Ces deux approches ne s'excluent cependant pas l'une et l'autre, comme le montre l'affaire *Molnar c. Roumanie* ((déc.), no 16637/06 , 23 octobre 2012). Suivant la première des approches exposées ci-dessus, la Cour a dit dans cette décision que, l'action du requérant étant incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme, il ne pouvait invoquer l'article 10. Mais ce n'était pas son dernier mot : elle a achevé son examen de l'affaire sur la base d'une conjecture, disant qu'à supposer même qu'il y eût ingérence dans la liberté d'expression du requérant, elle aurait été justifiée au regard du second paragraphe de l'article 10.

6. Le troisième groupe dans cette typologie rassemble les affaires dans lesquelles l'article 17 aurait pu être appliqué mais ne l'a pas été, par exemple *Leroy c. France* (no 36109/03 , 2 octobre 2008). Le requérant dans cette affaire fut condamné pour apologie du terrorisme en raison d'un dessin qu'il avait fait s'inspirant des attentats terroristes perpétrés contre le World Trade Center et publié deux jours après. Sur le terrain de l'article 10 de la Convention, il dénonçait sa condamnation. La Cour n'a pas été convaincue par la thèse du Gouvernement selon laquelle l'affaire devait être examinée hors du terrain de l'article 10 : pour l'essentiel, elle l'a distinguée des affaires article 17 plus typiques précitées, où l'intention haineuse et injurieuse de l'intéressé était sans équivoque. Ajoutons qu'elle a finalement jugé que l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant était justifiée et que la sanction appliquée était proportionnée.

7. Enfin, et même si cette approche n'est peut-être pas vraiment différente, la Cour dans certaines affaires n'a statué sur l'application de l'article 17 qu'après s'être prononcée sur le fond de l'affaire. C'est ce qu'on peut voir dans les arrêts *Soulas c. France* (no 15948/03 , 8 juillet 2008) et *Féret c. Belgique* (no 15615/07 , 17 juillet 2009), deux affaires où il était question de restrictions à des discours racistes et islamophobes que la Cour, au bout du compte, a jugées justifiées. Après être parvenue à cette conclusion, elle a ajouté, presque à titre surabondant, que les propos en cause ne justifiaient pas l'application de l'article 17. En quelque sorte, on pourrait penser que cela revient à mettre la charrue avant les bœufs.

8. Ce qui caractérise les différentes approches suivies par la Cour sur le terrain de l'article 17, c'est qu'elle ne se ferme aucune porte. Il y a dans sa panoplie plus d'un outil, dont elle peut se servir si besoin est dans tel ou tel cas d'espèce. À mes yeux, on peut dire aussi que la Cour fait plutôt usage de l'article 17 avec parcimonie. Hormis les formes de discours de haine les plus extrêmes et odieuses, la Cour trouve en général une réponse aux griefs tirés de restrictions à la liberté d'expression dans les limites de l'article 10 de la Convention. En l'espèce, elle a estimé que la question de l'application de l'article 17 devait être jointe au fond du grief soulevé par le requérant sur le terrain de l'article 10, jugeant déterminant au regard de l'article 17 le point de savoir si les propos du requérant visaient à encourager la haine ou la violence . Selon moi, les discours racistes et la négation du génocide, associés à une intention d'insulter ou de faire souffrir autrui, peuvent être qualifiés en eux-mêmes d'activités visant la destruction de droits ou libertés énoncés dans la Convention, au sens de l'article 17. Telle était la position adoptée par la Cour dans son arrêt *Hizb Ut- Tahrir et autres c. Allemagne* (no 31098/08 , § 72, 12 juin 2012, où elle a dit en particulier que les « propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention » sont exclus de la protection de l'article 10 par le jeu de l'article 17 ( *Lehideux et Isorni c. France* , 23 septembre 1998, § 53, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, et *Garaudy* , décision précitée). Ainsi, dans sa décision *Garaudy* ( *ibid.* ), qui concernait notamment la condamnation pour contestation de crimes contre l'humanité de l'auteur d'un ouvrage qui niait systématiquement l'existence de tels

crimes perpétrés par les nazis contre la communauté juive, elle a jugé incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention le grief soulevé par le requérant sur le terrain de l'article 10. 9. Je considère que, en l'espèce, l'intention d'insulter la mémoire des victimes du génocide arménien était manifeste et que, en cela, les propos du requérant étaient dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention. Or la position précisément adoptée par la Grande Chambre sur le plan de la procédure est que le grief de violation de l'article 10 avait déjà été déclaré recevable par la chambre. L'application de l'article 17 ne pouvait donc conduire à l'irrecevabilité de ce grief. Dans ces conditions, j'aurais préféré une approche consistant notamment à se livrer à une analyse au fond sous l'angle de l'article 17 avant d'entrer sur le terrain de l'article 10. À mon sens, c'est seulement après une pareille analyse que la Cour aurait dû appliquer l'article 17 à titre subsidiaire comme principe directeur dans l'interprétation de l'article 10 au stade de la « nécessité » sous l'angle du paragraphe 2 de cet article. 10. [Opinion propre au seul juge Silvis :] Enfin, ayant voté contre un constat de violation, je ne puis accepter que celui-ci vaille satisfaction suffisante pour le requérant. Certes cette position ne vaut que pour moi : je partage bien évidemment la décision de ne lui octroyer aucune indemnité pécuniaire. 1. L'arrêt n'existe qu'en anglais. Les extraits cités sont traduits pour les besoins de la cause. 2. L'arrêt n'existe qu'en anglais. Les extraits cités sont traduits pour les besoins de la cause. Cf. pour le détail, à la fois concernant la matérialité des faits et l'élément intentionnel de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in Cf. pour le détail, à la fois concernant la matérialité des faits et l'élément intentionnel de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War* Cf. pour le détail, à la fois concernant la matérialité des faits et l'élément intentionnel de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, Vol. Cf. pour le détail, à la fois concernant la matérialité des faits et l'élément intentionnel de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, Vol. I, "Global War", Ch. 22 ( Cf. pour le détail, à la fois concernant la matérialité des faits et l'élément intentionnel de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, Vol. I, "Global War", Ch. 22 (Genocide Cf. pour le détail, à la fois concernant la matérialité des faits et l'élément intentionnel de ceux qui ont commis les crimes, Hans-Lukas Kieser et Donald Bloxham, in *The Cambridge History of the First World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, Vol. I, "Global War", Ch. 22 (Genocide), pp. 585-614.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.