

# BGer 6B 857/2022 vom 13. April 2023

Bundesgericht, 2023-04-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_857\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_857_2022)

FR: TF 6B 857/2022 du 13 avril 2023

IT: TF 6B 857/2022 del 13 aprile 2023

## Regeste

Discrimination raciale ; défense d'office ; arbitraire, principe in dubio pro reo, liberté d'expression | Infractions

## Erwägungen

### E. 1

Le recourant conteste sa condamnation pour discrimination raciale au sens de l' art. 261bis al. 4 CP .

#### E. 1.1.1

L' art. 261bis al. 4 CP punit 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 ou minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. En l'occurrence, c'est la seconde partie de la disposition qui entre en considération en l'espèce. En tant qu'il se rapporte à la négation, à la minimisation grossière et à la recherche de justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité, l'art. 261bis al. 4 in fine CP consacre un délit de mise en danger abstraite de la paix publique ( ATF 145 IV 23 consid. 2.1, in SJ 2019 I 157; 129 IV 95 consid. 3.3.1 et consid. 3.5). La disposition a pour objet de lutter contre les atteintes discriminatoires (ATF 145 précité; 126 IV 20 consid. 1c). Elle a été conçue, initialement, pour lutter contre ledit "mensonge d'Auschwitz" et par conséquent, contre la falsification de l'histoire par des révisionnistes, laquelle cache souvent une propagande raciste ( ATF 145 IV 23 consid. 2.3.2; Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 III 308, n° 636.2, 308). La norme réprime trois comportements: ceux consistant à nier, à minimiser grossièrement ou à chercher à justifier un génocide ou un autre crime contre l'humanité. Nier ("leugnen", "disconoscere") consiste en la négation ou en la remise en question de la véracité d'un événement, de façon explicite ou par le biais d'une formulation interrogative (cf. ATF 126 IV 20 consid. 1e). Nie également celui qui recourt à des termes tels que "mythe", "légende" ou "conte" en se référant à un génocide ou à un autre crime contre l'humanité (cf. arrêt 6S.614/2001 du 18 mars 2002 consid. 3b/bb). Celui qui minimise grossièrement ("gröblich verharmlosen"; "minimizzare grossolanamente") ne nie pas la réalité ou la véracité d'un événement mais en diminue la portée, l'ampleur ou en redimensionne l'importance. Finalement, cherche à justifier ("zu rechtfertigen suchen"; "cercare di giustificare") celui qui légitime l'événement, sans en contester l'existence ou les proportions, attribue une forme de responsabilité aux victimes, ou le rend acceptable ou nécessaire (sur le tout: ATF 145 IV précité consid. 2.2 et les

références citées; arrêt 6B\_777/2022 du 16 mars 2023 destiné à la publication consid. 1.1.2). La négation de l'Holocauste réalise objectivement l'état de fait incriminé par l'art. 261bis al. 4 in fine CP parce qu'il s'agit d'un fait historique généralement reconnu comme établi (ATF 129 précité consid. 3.4.4), notoire, incontestable ou indiscutable (arrêts 6B\_777/2022 précité consid. 1.1.2; 6B\_350/2019 du 29 mai 2019 consid. 1.1; 6B\_398/2007 du 12 décembre 2007 consid. 3.4.3 et références citées). Mettre en doute l'existence des chambres à gaz revient à contester les crimes commis par le régime nazi, en particulier l'extermination systématique des juifs dans des chambres à gaz, comportement susceptible de tomber sous le coup de l'art. 261bis al. 4 in fine CP (cf. ATF 126 précité consid. 1e; 121 IV 76 consid. 2b/cc; arrêts 6B\_777/2022 précité consid. 1.1.2; 6B\_350/2019 précité consid. 1.1; 6B\_1100/2014 du 14 octobre 2015 consid. 3.1). L'auteur doit agir publiquement, c'est-à-dire en dehors d'un cercle privé ( ATF 130 IV 111 consid. 5.2.2), par des paroles, des écrits, des images, des gestes ou des voies de fait (ATF 145 IV précité consid. 2.2).

### **E. 1.1.2**

Déterminer le contenu d'un message relève de l'établissement des faits. Dans le recours en matière pénale, le Tribunal fédéral est lié par de telles constatations de la décision entreprise ( art. 105 al. 1 LTF ), sous les réserves découlant des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de l'arbitraire dans la constatation des faits (sur cette notion, v. ATF 145 IV 154 consid. 1.1). Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs ainsi que, de manière plus générale, tous les moyens qui relèvent de la violation de droits fondamentaux, que s'ils sont invoqués et motivés par le recourant ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1). L'interprétation du message ressortit, en revanche, à l'application du droit fédéral, que le Tribunal fédéral revoit librement dans le recours en matière pénale. Il s'agit de rechercher le sens qu'un destinataire non prévenu doit conférer aux expressions utilisées, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes, soit, notamment, la personne dont émane le message et celles qui sont visées ( ATF 148 IV 113 consid. 3; 145 IV 462 consid. 4.2.3; 143 IV 193 consid. 1; 137 IV 313 consid. 2.1.3).

### **E. 1.2**

Le recourant soutient tout d'abord que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction font défaut.

#### **E. 1.2.1**

La cour cantonale a considéré que la défense du recourant s'articulait uniquement autour de l'élément subjectif de l'infraction, de sorte qu'elle ne s'est pas attachée à examiner les conditions objectives de l'art. 261bis al. 4 in fine CP, sans que le recourant ne se plaigne d'un défaut de motivation à cet égard. Il ressort cependant de la décision entreprise les considérations suivantes pertinentes sous l'angle objectif. Dans le texte incriminé, sitôt après avoir mentionné des "invraisemblances" dans l'histoire de la Shoah, le recourant s'était expressément référé à Auschwitz et en avait appelé à une nouvelle recherche historique pour corriger "les absurdités que l'on nous sert et ressert depuis 1945". Même s'ils étaient introduits par l'affirmation d'une indignation contre le manque de réaction publique à l'encontre d'un film s'en prenant aux mesures publiques de lutte contre la pandémie, ces propos présentaient, d'une part, l'histoire de l'extermination des juifs à Auschwitz comme des absurdités historiques répétées et assénées depuis la fin de la guerre

et, d'autre part, l'histoire de la Shoah comme tissée d'invraisemblance. Ainsi, pour le recourant, l'histoire officielle de l'extermination des juifs est absurde et le fait lui-même n'est pas vrai (jugement entrepris, consid. 3.3.2).

### **E. 1.2.2**

Le recourant affirme qu'il ne ressortait nullement du texte incriminé qu'il aurait contesté l'existence même de l'extermination des juifs, ni remis en cause ou minimisé les conséquences de la Shoah et les souffrances subies par le peuple juif. Il n'avait, en particulier, fait aucune allusion à l'utilisation des chambres à gaz, ni fait mention du nombre de victimes de l'holocauste. En outre, la cour cantonale s'était méprise sur les acceptions des termes "invraisemblances" et "absurdités" utilisés dans le texte incriminé, qui ne renvoient pas à la conformité à la réalité ou à la vérité mais relèvent plutôt de la croyance: selon le dictionnaire de l'Académie française et Le Robert, l'invraisemblance, loin de s'apparenter à la négation de quelque chose, désigne un "défaut de vraisemblance", soit ce qui "n'est pas vraisemblable, qu'on ne peut croire conforme à la vérité" avec la précision que "l'invraisemblable est parfois vrai", tandis que l'absurdité est définie comme le "caractère de ce qui est contraire à la raison, à la logique, au bon sens". Par ailleurs, s'il était vrai que l'extermination planifiée du peuple juif ainsi que l'usage des chambres à gaz pour ce faire étaient reconnus comme suffisamment prouvés, ce n'était pas le cas de l'intégralité des questions liées à l'Holocauste ou aux camps de concentration, notamment les faits décrits dans le rapport Bergier, en particulier le refoulement de près de 30'000 juifs à la frontière suisse, lesquels auraient par la suite été exterminés dans les camps. A ce sujet, il fallait rappeler les déclarations de chercheurs qui ramenaient le nombre de refoulés à quelques milliers, précisant qu'aucun élément ne venait attester la thèse d'une déportation et d'une extermination de ces personnes. Ainsi, soulever des invraisemblances ne saurait être interprété comme une négation pure et simple de la Shoah.

### **E. 1.2.3**

Contrairement à ce que le recourant cherche à soutenir, aucun élément du texte incriminé ne permet d'en limiter la portée à certaines rumeurs et thèses autour des camps de concentration que les recherches historiques auraient, depuis lors, permis de réfuter. Force est de constater que ce texte contient uniquement des désignations globales ("l'histoire de la Shoah", "Auschwitz"), de sorte qu'il se comprend, aux yeux d'un lecteur moyen non averti, comme désignant l'Holocauste en tant que tel, soit l'extermination systématique des juifs sous le Troisième Reich. Il importe peu, dans ce contexte, que le recourant n'ait pas mentionné directement les chambres à gaz. En effet, la référence à Auschwitz, soit le complexe concentrationnaire le plus tristement célèbre du Troisième Reich, notoirement référé comme un symbole de l'Holocauste (d'où l'expression "mensonge d'Auschwitz", qui désigne, précisément, l'affirmation selon laquelle l'Holocauste n'aurait jamais eu lieu et les chambres à gaz n'auraient pas existé; cf. Message précité, FF 1992 III 308, n° 636.2, 308), est suffisamment univoque pour le lecteur moyen. Du reste, lors de son audition devant la cour cantonale, le recourant avait admis qu'il avait utilisé le mot "Auschwitz" pour parler de façon générale de l'entier du sujet (jugement entrepris, p. 4). Par ailleurs, l'on ne saurait suivre le recourant lorsqu'il affirme que les termes "invraisemblances" et "absurdités" appliqués à l'histoire de la Shoah et à Auschwitz ne seront pas compris par le lecteur moyen comme signifiant que l'existence de ces faits historiques est douteuse. L'invraisemblable se rapporte bien, selon la définition du dictionnaire citée par le recourant, à ce que l'on ne peut croire conforme à la vérité. D'ailleurs, sous l'acception "invraisemblance", le dictionnaire de

l'Académie française propose l'exemple suivant: "Les invraisemblances de ce témoignage le rendent suspect." (consultation en ligne à l'adresse <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1978>, la dernière fois le 3 avril 2023); de manière similaire, lorsqu'il évoque le fait de relever "des invraisemblances dans l'histoire de la Shoah", le recourant suggère que la réalité de cet événement historique est suspecte. Enfin, le recourant, quoi qu'il en dise, ne se limite pas, dans sa contribution, à se plaindre de ce qu'il perçoit comme une censure injustifiée sur certains sujets de société; par la formulation sans équivoque utilisée, de même que par l'enchaînement des idées tel que mis en exergue de manière pertinente par la cour cantonale (cf. consid. 1.2.1 supra ), la contribution litigieuse communiquée, dans la perspective du lecteur moyen non averti, les doutes de son auteur sur la réalité de l'Holocauste. Dans cette mesure, les propos incriminés s'inscrivent pleinement dans la théorie du "mensonge d'Auschwitz", de sorte que le recourant remplit les conditions objectives de l'art. 261bis al. 4 in fine CP.

### **E. 1.3**

Le recourant discute les aspects subjectifs de l'infraction retenue contre lui et invoque sous cet angle la violation du principe in dubio pro reo .

#### **E. 1.3.1**

Du point de vue subjectif, le délit est intentionnel, le dol éventuel pouvant suffire ( ATF 148 IV 113 consid. 3; 145 IV 23 consid. 2.3; arrêts 6B\_777/2022 précité consid. 1.1.3; 6B\_1126/2020 du 10 juin 2021 consid. 2.1.3). Déterminer ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté relève du contenu de la pensée, à savoir de faits "internes", qui, en tant que faits, lient le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins qu'ils n'aient été retenus de manière arbitraire ( ATF 141 IV 369 consid. 6; cf. ATF 142 IV 137 consid. 12. Est en revanche une question de droit celle de savoir si l'autorité cantonale s'est fondée sur une juste conception de la notion d'intention et si elle l'a correctement appliquée sur la base des faits retenus et des éléments à prendre en considération ( ATF 137 IV 1 consid. 4.2.3.; 135 IV 152 consid. 2.3.2; 133 IV 9 consid. 4.1). Le comportement punissable doit consister en une manifestation caractéristique de la discrimination (ATF 145 IV précité consid. 2.3). Aussi, pour retenir l'infraction de l'art. 261bis al. 4 in fine CP, il ne suffit pas de contester l'existence ou l'importance d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité, respectivement de tenter de les justifier, pour être en présence d'une discrimination raciale. Il faut encore que ce comportement soit dicté par des mobiles particuliers de l'auteur, soit la haine ou le mépris des personnes appartenant à une race, une ethnie ou une religion déterminée (ATF 145 IV précité consid. 2.3). Le mobile est la cause psychologique d'une manifestation donnée de volonté. Le plus souvent, il représente l'expression de sentiments, conscients ou inconscients, d'impulsions ou de raisonnements qui ont une influence médiate ou immédiate sur l'infraction. La détermination du mobile relève de l'établissement des faits. S'agissant d'un facteur relatif à la volonté interne de l'auteur, le juge peut établir le mobile en se fondant sur toute preuve pertinente ( ATF 101 IV 387 consid. 2a) ou indice externe (ATF 145 IV précité consid. 4.2 et les références citées). Le mobile discriminatoire est pratiquement intrinsèque à toute tentative de justifier un génocide ou un autre crime contre l'humanité fondés sur l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse des victimes, car un tel comportement implique nécessairement une forme d'approbation de telles atrocités et des idéologies qui les inspirent (ATF 145 IV précité consid. 4.3 et les références citées). Une telle déduction ne saurait en revanche être tirée en présence de la négation ou de la minimisation d'un génocide ou d'un autre crime contre l'humanité et il convient dès lors

d'examiner les circonstances de chaque cas d'espèce, même si de tels comportements ne laissent que peu de place à des mobiles "respectables" (ATF 145 IV précité consid. 4.3). Cependant, la jurisprudence a implicitement admis un tel automatisme et considéré comme acquis l'existence d'un mobile discriminatoire dans l'affaire dite du "mensonge d'Auschwitz" qui représente aujourd'hui l'expression d'un antisémitisme extrême. Celui qui conteste ou remet en question l'existence des chambres à gaz dans le contexte de l'extermination des juifs par le régime national-socialiste donne, à tout le moins implicitement, l'impression que ce régime n'était pas pire que d'autres et qu'il a fait en réalité beaucoup moins de victimes que ce que l'on pense. Il porte une accusation plus ou moins voilée de falsification de l'Histoire en faisant croire à une conjuration qui profiterait aux victimes elles-mêmes (cf. ATF 145 IV précité consid. 4.3 et les références citées; arrêts 6B\_1438/2021 du 16 février 2023 consid. 2.1; 6S.420/1999 du 21 juin 2000 consid. 3b/bb non publié in ATF 126 IV 176 ). La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP , 32 al. 1 Cst., 14 par. 2 Pacte ONU II et 6 par. 2 CEDH, ainsi que son corollaire, le principe in dubio pro reo , concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1; 144 IV 345 consid. 2.2.3.1; 127 I 38 consid. 2a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. Comme règle d'appréciation des preuves (sur la portée et le sens précis de la règle sous cet angle, cf. ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3), la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective. Lorsque l'appréciation des preuves et la constatation des faits sont critiquées en référence au principe in dubio pro reo , celui-ci n'a pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire ( ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1 et les références citées).

### **E. 1.3.2**

La cour cantonale a retenu, en substance, que bien qu'il s'en soit maladroitement défendu dans son audition menée par le ministère public en disant qu'il ne pouvait pas en parler, tout en affirmant contradictoirement qu'il y avait "des invraisemblances qu'il faudrait [lui] expliquer", le recourant était négationniste. S'il prétendait désormais - vraisemblablement pour se disculper - ne contester ni "le chiffre de 6 millions liés à la Shoah (...) [ni] la souffrance du peuple juif durant la 2ème guerre mondiale", force était toutefois de constater qu'il n'avait pas rectifié ses propos litigieux par le même canal de diffusion, se limitant à retirer le texte en cause sous la pression de l'instruction pénale. Au contraire, il persistait à se plaindre d'une instrumentalisation du thème de l'Holocauste, ainsi que des prétendus "éléments exagérés" qui en découleraient et qu'il qualifie de "révisionnisme officiel". Il était également relevé que le recourant avait été condamné en 2002 pour discrimination raciale en tant que coéditeur du "contre-rapport Bergier", et René-Louis Berclaz, auteur de ce contre-rapport, l'avait été pour négationnisme, de sorte qu'il était malvenu de s'y référer. La cour cantonale a ainsi retenu que le recourant avait nié le martyre des juifs et obéi à un dessein spécial de discriminer, de sorte qu'il avait intentionnellement porté publiquement atteinte à la dignité humaine de ces victimes et à celle de leur peuple (jugement entrepris, consid. 3.3.2).

### **E. 1.3.3**

Le recourant soutient n'avoir jamais cherché à nier l'existence du génocide juif ni à minimiser les conséquences de la Shoah. L'hypothèse qu'il défendait, à savoir qu'il n'avait tenu les propos litigieux que dans le but de dénoncer l'impunité des propos discriminatoires à l'égard des musulmans, n'était pas moins convaincante que la thèse retenue par la cour cantonale et devait donc prévaloir en vertu du principe in dubio pro reo . Il avait d'ailleurs expressément déclaré lors de son audition devant la cour cantonale qu'il ne contestait ni l'existence de la Shoah ni le chiffre officiel de 6 millions de morts. De plus, en reprenant à son compte son affirmation selon laquelle il n'était pas révisionniste, la cour cantonale dressait un parallèle entre révisionnisme et négationnisme qui traduisait une incompréhension manifeste de ces deux notions. Enfin, en se fondant sur une ancienne condamnation pour discrimination raciale, la cour cantonale s'en prenait à sa personne et non à ses propos, versant ainsi dans l'arbitraire. Il fallait conclure qu'en évoquant des "invraisemblances" dans sa contribution, le recourant visait uniquement à dénoncer une omerta sur un sujet tabou et appelait simplement de ses vœux qu'un débat plus libre soit ouvert sur certains sujets sans passer systématiquement "sous les fourches caudines de l' art. 261bis CP " .

### **E. 1.3.4**

L'argumentation du recourant consiste essentiellement à remettre en cause l'intention et le mobile que lui prête l'autorité précédente, sans toutefois démontrer en quoi l'appréciation cantonale des moyens de preuve serait insoutenable. Largement appellatoire, son grief est par conséquent irrecevable dans cette mesure. Pour le surplus, on relèvera ce qui suit. En tant que le recourant soutient qu'il entendait uniquement déplorer une application du principe de liberté d'expression à "géométrie variable", il méconnaît que rien ne l'obligeait à construire son argument par le biais d'une comparaison émaillée de propos discriminatoires à l'endroit de la communauté juive. En outre, lorsqu'il affirme avoir uniquement exprimé le souhait de pouvoir débattre plus librement de certains sujets sans tomber sous le coup de la norme pénale, il ne fait, en définitive, que réclamer la possibilité de discuter de la réalité de l'Holocauste, ce que, précisément, le législateur a érigé en comportement pénalement répréhensible. A cela s'ajoute, comme la cour cantonale l'a observé, que lorsqu'il a été entendu dans le cadre de la procédure, le recourant a persisté à se plaindre d'une instrumentalisation du thème de l'Holocauste ainsi que des prétendus "éléments exagérés" qui en découleraient. Dans ce contexte, la cour cantonale pouvait retenir, sans tomber dans l'arbitraire, que ses propos tenus en audience d'appel, à teneur desquels il ne contestait ni ne minimisait la Shoah, apparaissaient plutôt ressortir d'une tentative d'échapper à la sanction pénale. Pour le surplus, on relèvera que le terme "révisionnisme" se définit également comme une position idéologique qui tend à minimiser le génocide des juifs par les nazis et prétend réviser l'histoire sur ce point (Dictionnaire Le Robert, deuxième entrée sous "révisionnisme", consulté à l'adresse <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/revisionnisme> pour la dernière fois le 3 avril 2023), respectivement, se dit, péjorativement, de quelqu'un qui nie le génocide des juifs par les nazis ou cherche à en minimiser l'ampleur (Dictionnaire de l'Académie française, quatrième entrée sous "révisionniste", consulté à l'adresse <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R2426> pour la dernière fois le 3 avril 2023), de sorte qu'on ne voit pas en quoi la cour cantonale aurait confondu, au détriment du recourant, les notions de révisionnisme et de négationnisme. Selon ce qui précède, la cour

cantonale pouvait conclure que l'intention du recourant portait sur tous les éléments constitutifs de l'infraction. En outre, dans la mesure où le texte incriminé exprime le "mensonge d'Auschwitz", la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant un mobile discriminatoire.

#### **E. 1.4**

Le recourant invoque la violation du principe de liberté d'expression.

##### **E. 1.4.1**

La liberté d'opinion est garantie: toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion ( art. 16 al. 1 et 2 Cst. ). Elle peut toutefois faire l'objet de restrictions à la condition que celles-ci soient fondées sur une base légale, qu'elles soient justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et qu'elles soient enfin proportionnées au but visé ( art. 36 Cst. ). Au niveau international, la liberté d'expression est garantie par l' art. 10 CEDH : elle comporte notamment la liberté d'opinion et la liberté de communiquer des informations ou des idées sans aucune ingérence de l'autorité publique et sans considération de frontière ( art. 10 ch. 1 CEDH ). L'exercice de cette liberté peut être soumis à des restrictions ou à des sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, en particulier pour le maintien de l'ordre public et la protection de la réputation ou des droits d'autrui ( art. 10 ch. 2 CEDH ). Nonobstant une formulation différente, l' art. 10 CEDH n'offre pas au citoyen des droits plus larges que ceux qui sont garantis par la Constitution fédérale (ATF 145 IV précité consid. 2.1; 129 IV précité consid. 5.1; 117 Ia 472 consid. 3b).

##### **E. 1.4.2**

La jurisprudence de la CourEDH a par ailleurs défini les limites de la possibilité de se prévaloir des garanties de l' art. 10 CEDH , sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit, consacrée par l' art. 17 CEDH . En particulier, la CourEDH a relevé que l' art. 17 CEDH , pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, avait pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la CEDH un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la CEDH. Personne ne doit en effet pouvoir se prévaloir des dispositions de la CEDH pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés visés (arrêt de la CourEDH *Lawless c. Irlande* du 1er juillet 1961, p. 45, § 7, série A n° 3). La CourEDH a ainsi jugé qu'un "propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la CEDH" se voit soustrait par l' art. 17 CEDH à la protection de l' art. 10 CEDH (arrêt de la CourEDH *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, §§ 47 et 53). Dans ce contexte, la CourEDH a eu à connaître d'affaires où étaient incriminées des déclarations qui niaient l'Holocauste, qui justifiaient une politique nazie, qui alléguaient la persécution des Polonais par la minorité juive et l'existence d'inégalités entre eux, qui associaient tous les musulmans à un grave acte de terrorisme ou encore qui déniaient aux juifs le droit à la dignité nationale (voir les arrêts de la CourEDH *Dieudonné M'Bala M'Bala c. France* du 20 octobre 2015 [requête n°25239/13] n° 32-33; *Lehideux et Isorni* précités, §§ 47 et 53; *W.P. et autres c. Pologne* du 2 septembre 2004 [requête n° 42264/98]; *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004 [requête n° 23131/03]; *Witzsch c. Allemagne* du 13 décembre 2005 [requête n° 7485/03]; *Pavel Ivanov c. Russie* du 20 février 2007 [requête n° 35222/04]). La CourEDH a notamment retenu que celui qui, sous couvert d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité, contestait la réalité de faits historiques

clairement établis, tels que l'Holocauste, réalisait l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les juifs et d'incitation à la haine à leur égard; il invoquait son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention (arrêt de la CourEDH *Garaudy c. France* du 24 juin 2003 [requête n° 65831/01] CEDH 2003-IX; § 1 i; cité dans l'arrêt 6B\_350/2019 précité consid. 2.1.2). Enfin, la CourEDH a récemment examiné la condamnation infligée au requérant, connu sous le nom d'Alain Soral, pour avoir publié sur internet un dessin accompagné de la légende "historiens déboussolés" et représentant le visage de Charlie Chaplin devant une étoile de David, qui posait la question "Shoah où t'es ?" à laquelle répondaient des bulles indiquant "ici", "là" et "et là aussi", placées devant des dessins figurant du savon, un abat-jour, une chaussure sans lacet et une perruque. Si la Cour a fait référence à l'art. 17 CEDH, elle a estimé que le grief formulé par le requérant sous l'angle de l'art. 10 CEDH était, en tout état de cause, manifestement mal fondé. Elle a considéré qu'il existait en l'occurrence des motifs pertinents et suffisants qui justifiaient de conclure que le dessin litigieux visait directement la communauté juive. Le recours à des symboles renvoyant indéniablement à l'extermination des juifs ainsi que l'utilisation de la forme interrogative ("Shoah où t'es ?") tendaient ainsi à tourner en dérision ce fait historique et à mettre en doute sa réalité. Ainsi, à supposer même que l'art. 10 CourEDH trouvât à s'appliquer, le dessin litigieux relevait d'une catégorie dont la protection était réduite sur le terrain de cette disposition (arrêt de la CourEDH *Alain Bonnet c. France* du 25 janvier 2022, requête n° 35364/19, §§ 48 ss; voir aussi arrêt 6B\_777/2022 précité consid. 1.2.3).

#### **E. 1.4.3**

Le recourant soutient que, faute de négation du génocide en tant que tel, de remise en doute des chambres à gaz ainsi que de volonté discriminatoire pouvant être retenue à sa charge, ses écrits tombent pleinement dans la sphère de protection de la liberté d'expression. Ainsi, sa condamnation pénale étant manifestement arbitraire, l'argumentation par laquelle la cour cantonale a rejeté son grief tiré de la violation de la liberté d'expression était, par extension, nécessairement arbitraire. Formulé ainsi, son grief n'apparaît pas distinct de ceux élevés à l'encontre de l'application de l'art. 261bis al. 4 in fine CP, qui ont été écartés selon ce qui précède. Il est, dans cette mesure, dépourvu d'objet. Pour le surplus, étant établi que le texte incriminé vise à remettre en question l'existence de l'Holocauste, il est douteux qu'il puisse bénéficier de la protection de l'art. 10 CEDH puisqu'il consacre en soi l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des droits et libertés reconnus dans la CEDH. Au demeurant, à supposer même que l'art. 10 CEDH trouvât à s'appliquer, le message litigieux relève d'une catégorie - la contestation de crimes contre l'humanité - dont la protection est réduite sur le terrain de cette disposition. Dans la mesure où le recourant tendait ainsi à mettre en doute la réalité de l'extermination des juifs durant le Troisième Reich, sa condamnation pénale visait à protéger la dignité humaine des membres de la communauté juive et constituait dès lors une ingérence nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt public (art. 16 Cst. cum 36 Cst.), respectivement une mesure nécessaire, dans une société démocratique, pour le maintien de l'ordre public et la protection de la réputation ou des droits d'autrui (art. 10 ch. 2 CEDH). Par conséquent, le grief de violation de la liberté d'expression doit, en tout état, être rejeté.

#### **E. 1.5**

Au regard de ce qui précède, la condamnation du recourant au titre de l'art. 261bis al. 4 in fine CP doit être confirmée.

## **E. 2**

Le recourant se plaint de la violation de l' art. 132 al. 1 let. b CPP et fait grief à l'autorité cantonale d'avoir violé son droit à l'assistance d'un défenseur.

### **E. 2.1**

En dehors des cas de défense obligatoire ( art. 130 CPP ), l' art. 132 al. 1 let. b CPP soumet le droit à l'assistance d'un défenseur d'office aux conditions que le prévenu soit indigent et que la sauvegarde de ses intérêts justifie une telle assistance. S'agissant de la seconde condition, elle s'interprète à l'aune des critères mentionnés à l' art. 132 al. 2 et 3 CPP . Ainsi, les intérêts du prévenu justifient une défense d'office notamment lorsque la cause n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait pas surmonter ( art. 132 al. 2 CPP ). En tout état de cause, une affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus de quatre mois ou d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ( art. 132 al. 3 CPP ). Les critères énoncés par l'art. 132 al. 1 let. b, 2 et 3 CPP reprennent largement la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'assistance judiciaire, rendue sur la base des art. 29 al. 3 Cst. et 6 ch. 3 let. c CEDH ( ATF 143 I 164 consid. 3.5). Si les deux conditions mentionnées à l' art. 132 al. 2 CPP doivent être réunies cumulativement, il n'est pas exclu que l'intervention d'un défenseur soit justifiée par d'autres motifs (comme l'indique l'adverbe "notamment"; cf. arrêts 1B\_591/2021 du 12 janvier 2022 consid. 2.1; 1B\_194/2021 du 21 juin 2021 consid. 3.1). La désignation d'un défenseur d'office peut ainsi s'imposer selon les circonstances, lorsque le prévenu encourt une peine privative de liberté de quelques semaines à quelques mois si, à la gravité relative du cas, s'ajoutent des difficultés particulières du point de vue de l'établissement des faits ou des questions juridiques soulevées, qu'il ne serait pas en mesure de résoudre seul ( ATF 143 I 164 consid. 3.5; arrêt 1B\_172/2022 du 18 juillet 2022 consid. 2.1). En revanche, lorsque l'infraction n'est manifestement qu'une "bagatelle" au regard de la sanction, en ce sens que son auteur ne s'expose qu'à une amende ou à une peine privative de liberté de courte durée, la jurisprudence considère que l'auteur n'a pas de droit constitutionnel à l'assistance judiciaire ( ATF 143 I 164 consid. 3.5; arrêt 6B\_619/2022 du 8 février 2023 consid. 2.1). Pour évaluer ensuite si l'affaire présente des difficultés que le prévenu ne pourrait pas surmonter sans l'aide d'un avocat, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances concrètes. La nécessité de l'intervention d'un conseil juridique doit ainsi reposer sur des éléments objectifs, tenant principalement à la nature de la cause, et sur des éléments subjectifs, fondés sur l'aptitude concrète du requérant à mener seul la procédure (arrêts 1B\_510/2022 du 16 décembre 2022 consid. 3.1; 1B\_483/2022 du 28 septembre 2022 consid. 3; 1B\_172/2022 précité consid. 2.1; 1B\_257/2013 du 28 octobre 2013 consid. 2.1 in SJ 2014 I p. 273). S'agissant de la difficulté objective de la cause, à l'instar de ce qu'elle a développé en rapport avec les chances de succès d'un recours (cf. ATF 139 III 396 consid. 1.2; 129 I 129 consid. 2.3.1), la jurisprudence impose de se demander si une personne raisonnable et de bonne foi, qui présenterait les mêmes caractéristiques que le requérant mais disposerait de ressources suffisantes, ferait ou non appel à un avocat ( ATF 140 V 521 consid. 9.1). La difficulté objective d'une cause est admise sur le plan juridique lorsque la subsomption des faits donne lieu à des doutes, que ce soit de manière générale ou dans le cas particulier. Pour apprécier la difficulté subjective d'une cause, il faut tenir compte des capacités du prévenu, notamment de son âge, de sa formation, de sa plus ou moins grande familiarité avec la pratique judiciaire, de sa maîtrise de la langue de la procédure, ainsi que des mesures qui

paraissent nécessaires, dans le cas particulier, pour assurer sa défense, notamment en ce qui concerne les preuves qu'il devra offrir (arrêts 1B\_510/2022 précité consid. 3.1; 1B\_483/2022 précité consid. 3; 1B\_172/2022 précité consid. 2.1).

### **E. 2.2**

Le recourant se méprend lorsqu'il affirme que la cour cantonale lui a refusé la désignation d'un défenseur uniquement du fait que la peine encourue était jugée insuffisante. En effet, celle-ci a considéré, d'une part, que le niveau des sanctions infligées - peine pécuniaire de 30 jours-amende avec sursis et amende de 300 fr. - démontrait qu'il s'agissait d'un cas bagatelle sous cet angle et, d'autre part, que la question juridique à résoudre, soit déterminer si le recourant avait voulu nier le génocide des juifs en obéissant à un mobile discriminatoire, ne comportait objectivement pas de difficultés dépassant les compétences du recourant. Pour le reste, le recourant se réfère à une affaire jugée par l' Obergericht du canton de Thurgovie dans laquelle un prévenu qui s'était vu infliger une peine pécuniaire de 30 jours-amende et une amende dans le cadre d'une violation de l' art. 261bis CP en raison de l'envoi d'un tweet visant la communauté homosexuelle, avait obtenu l'assistance d'un défenseur (arrêt de l' Obergericht du canton de Thurgovie du 25 mars 2021, SW 2021.26 publié in RBOG 2021 n° 23). L' Obergericht justifiait sa décision du fait des questions délicates que soulevaient l' art. 261bis CP , notamment au regard de l'interprétation des propos incriminés, de l'intention de l'auteur, du rapport entre l'infraction susmentionnée et les droits fondamentaux. Le recourant ajoute qu'en l'espèce, même des juges professionnels éprouvaient des difficultés à traiter son cas puisqu'ils confondaient révisionnisme et négationnisme ou encore parce qu'ils interprétaient les propos de manière erronée, peinant à l'évidence à déterminer les éléments tant objectifs que subjectifs de l'infraction reprochée au recourant. La cour cantonale confirmait en partie cela en rejetant l'analyse des propos par le premier juge qui s'était fondé sur des éléments exorbitants pour établir les faits.

### **E. 2.3**

En affirmant que les juges avaient erré dans l'appréciation de son cas, le recourant revient sur le bien-fondé de la motivation cantonale s'agissant de la réalisation des conditions de l'art. 261bis al. 4 in fine CP. Son grief n'est, dans cette mesure, pas indépendant de ceux élevés à l'encontre de sa condamnation pénale, qui ont été écartés selon ce qui précède. Pour le surplus, le recourant se borne essentiellement à citer une décision cantonale concernant l' art. 261bis CP , sans expliquer en quoi les considérations qu'elle contient sont pertinentes pour le cas d'espèce. Or, à lire le jugement thurgovien, c'est l'application de la nouvelle variante de l' art. 261bis CP couvrant les attaques visant l'orientation sexuelle qui justifiait la désignation d'un défenseur, l' Obergericht considérant que l'ajout d'un domaine de protection supplémentaire dans la norme soulevait de nouvelles questions potentiellement délicates (arrêt de l' Obergericht du canton de Thurgovie précité, consid. 3b) aa)). Le recourant ne peut, dès lors, rien en déduire en sa faveur. Pour le reste, le recourant n'indique pas en quoi le cas d'espèce présentait des difficultés dépassant ses compétences. Dans cette mesure, il est ici suffisant de rappeler que la seule condition de l'infraction soulevée devant la cour cantonale était celle de l'élément subjectif, soit une question se rapportant au contenu de la pensée de l'auteur qui n'a pas nécessité l'administration de moyens de preuve. Dans cette configuration particulière, le cas d'espèce ne présentait pas de difficulté spécifique. Par ailleurs, le recourant était familier de l' art. 261bis CP pour avoir déjà été condamné de ce chef d'infraction. Partant, la cour cantonale n'a pas violé l' art. 132 CPP en refusant au recourant la désignation d'un défenseur.

### **E. 3**

Le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Comme il était dépourvu de chances de succès, la demande d'assistance judiciaire doit être rejetée ( art. 64 al. 1 LTF ). Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ), dont le montant sera fixé en tenant compte de sa situation financière, laquelle n'apparaît pas favorable.

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