

Actualités Droits-Libertés du 13 janvier 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme
Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

LIBERTÉ D’EXPRESSION (Art. 10 CEDH) : Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l’extrémisme

par Nicolas Hervieu

*Alors que résonnent encore en France les fracas hystérisés de l’affaire Dieudonné, les regards se tournent naturellement vers la Cour européenne des droits de l’homme au lendemain des décisions rendues en référé par le Conseil d’Etat pour avaliser l’interdiction de spectacles. Dans ce contexte enflammé, la jurisprudence européenne a souvent été convoquée pour affirmer que la liberté d’expression serait sublimée à Strasbourg là où elle est limitée à Paris. En ce sens, un récent arrêt *Perinçek c. Suisse* en date du 17 décembre 2013 a été évoqué dans le débat public français. Dans cette affaire, la Cour a certes condamné la Suisse pour avoir sanctionné pénalement des propos contestant le génocide arménien. Mais si cette solution est en soi retentissante, une lecture attentive du raisonnement européen révèle qu’elle ne doit être ni extrapolée, ni érigée en symbole de la suprématie inconditionnée de la liberté d’expression. En effet, la position strasbourgeoise est étroitement liée au contexte spécifique dans lequel s’inscrivait le discours en cause : le débat historique, teinté ici d’enjeux diplomatiques. Or, les juges européens prennent bien soin de rappeler leur jurisprudence peu favorable aux « discours de haine », sans toutefois en lever tous les risques, ambiguïtés et imperfections. De quoi inciter tout un chacun à la plus grande prudence à l’heure de jouer les oracles des décisions européennes futures.*

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

Entre valeurs d’ouverture, indispensables à son épanouissement, et réflexes de clôture, parfois nécessaires pour la protéger de ses ennemis, la démocratie oscille souvent. Ce défi perpétuel [est notoire](#). Il n’en reste pas moins d’une éminente actualité. Nombreux sont ainsi les contentieux qui mettent le principe de liberté d’expression aux prises avec l’impératif de lutte contre l’extrémisme. L’« affaire Dieudonné » qui agite actuellement la France en est un énième et pénible avatar. Or, face à ce dilemme, tous les regards se tournent vers les juges, censés pouvoir trancher par le glaive de la Justice un inextricable nœud gordien. Mais l’espoir d’une solution juridictionnelle qui prendrait la forme d’une Vérité révélée est aussi vain qu’illusoire. De fait, le débat traverse aussi l’ensemble des juges et des juristes. La divergence de position entre le juge des référés du [Tribunal administratif de Nantes](#) et [celui du Conseil d’Etat](#) dans l’affaire Dieudonné suffit à en attester. Il n’en sera pas différemment à Strasbourg. **A l’heure où tous s’interrogent sur le sens d’une future solution de la Cour européenne des droits de l’homme, c’est l’existence d’une incertitude qui tient lieu de seule certitude** (sur ce point, v. [en conclusion](#)).

A ce jour, en effet, la question de la liberté d’expression face aux discours de haine reste « *en plein débat* » au sein de la Cour (v. [Entretien de Françoise Tulkens](#), in *RevDH*, n° 3, juin 2013). Dans plusieurs récents arrêts relatifs à des discours [homophobes](#), [racistes](#) voire [atypiques](#), la solution européenne a ainsi été acquise à une majorité infime ou de façade. L’arrêt *Perinçek c. Suisse* rendu le décembre 2013 ne fait pas exception. Certes, en jugeant contraire à la Convention la sanction pénale infligée à un ressortissant turc pour avoir publiquement déclaré que le génocide arménien était un « *mensonge international* », la Cour européenne semble avoir replacé la liberté d’expression au premier rang de ses priorités. Mais il est pour le moins excessif de voir en cet arrêt, [comme certains l’ont affirmé](#), la preuve de ce que « *la liberté d’expression la plus effrénée* » règnerait à Strasbourg, au

point de rendre inéluctable une condamnation de la France après [l'interdiction des spectacles de Dieudonné](#). Dans l'affaire [Perinçek](#), la Cour tranche d'une façon remarquable **l'épineuse question de l'encadrement juridique de la mémoire, en faisant primer la libre discussion historique sur la répression du négationnisme**. Mais les dispositifs d'exclusions et de prohibitions des discours incitant à la haine n'en sont aucunement entamés, même si la jurisprudence européenne demeure à ce sujet un abîme d'incertitudes.

Parfois, l'Histoire rebondit dans les prétoires. Et bien souvent, cela fait suite aux tentatives d'un législateur de protéger la mémoire, quand ce n'est pas une tentation de la régir. Tel est précisément le cadre dans lequel est née l'affaire [Perinçek](#). Lors de différentes conférences et réunions publiques en Suisse au cours de l'année 2005, un juriste et homme politique turc a nié publiquement l'existence de tout génocide perpétré par l'Empire ottoman contre le peuple arménien en 1915 et dans les années suivantes. Il qualifia notamment de « *mensonge international* » l'idée d'un [génocide arménien](#) (§ 7).

Après une plainte de l'association « *Suisse-Arménie* », l'intéressé fut déclaré coupable de discrimination raciale au sens de [l'article 261 bis alinéa 4 du Code pénal suisse](#). A ce titre, il fut condamné à une amende d'environ 85 euros, assortie d'une amende avec sursis et du versement d'une indemnité de 850 euros (§ 9). Cette condamnation fut confirmée par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud (§ 11), puis par le Tribunal fédéral dans [un arrêt du 13 juin 2007](#) (§ 12-13).

Mais une telle unanimité des juridictions nationales n'est pas une garantie contre une condamnation à Strasbourg, surtout en matière de liberté d'expression (Art. 10). Récemment, la France en a fait les frais dans la rocambolesque affaire du délit d'offense au chef d'Etat (Cour EDH, 5^e Sect. 14 mars 2013, [Eon c. France](#), Req. n° 26118/10 – [ADL du 20 mars 2013](#)). C'est désormais au tour de la Suisse, condamnée pour violation de la liberté d'expression, de l'apprendre à ses dépens dans le prétoire européen. Le contexte de cette affaire était cependant assez atypique, puisqu'elle mêle enjeux historiques et diplomatiques.

Bien sûr, ce n'est pas la première fois que la Cour affronte de telles questions (v. ainsi Cour EDH, G.C. 17 mai 2010, [Kononov c. Lettonie](#), Req. n° 36376/04 – [ADL du 18 mai 2010](#) ; plus récemment encore, v. Cour EDH, G.C. 21 octobre 2013, [Janowiec et autres c. Russie](#), Req. n° 55508/07 et 29520/09 – [Communiqué](#)). Mais en l'espèce, ce particularisme diplomatico-historique s'est manifesté de façon fort concrète. Bien que n'étant pas partie à l'affaire, la Turquie a fait usage de son droit d'intervention (Art. 36 § 1) pour produire des observations écrites au soutien du requérant (§ 65 et § 93-97). Une telle initiative fait nécessairement écho à la position officielle de la Turquie qui a toujours refusé que soient qualifiés de génocide [les massacres et déportations de grande ampleur](#) réalisés sous l'égide « *des Jeunes-Turcs* » entre 1915 et 1916. Mais voir ainsi la Turquie intervenir pour défendre la liberté d'expression et le libre débat historique ne manque pas de sel, alors que la Cour a maintes fois condamné cet Etat pour avoir excessivement porté atteinte à ces libertés en imposant une lecture officielle de son histoire nationale (v. not. Cour EDH, 2^e Sect. 14 septembre 2010, [Dink c. Turquie](#), Req. n° 2668/07 – [ADL du 19 septembre 2010](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 25 octobre 2011, [Altuğ Taner Akçam c. Turquie](#), Req. n° 27520/07, § 81 – [ADL du 26 octobre 2011](#)). Les juges européens ne sont d'ailleurs pas dupes et ont longuement évoqué la « *jurisprudence [forgée] dans les affaires dirigées contre la Turquie relatives au discours de haine et à l'apologie de la violence et à la question arménienne* » (§ 105-110).

L'analyse de l'arrêt [Perinçek c. Suisse](#) ne saurait donc être dissocié de ce contexte spécifique dans lequel s'insère les discours niant le génocide arménien et qui se distingue quelque peu d'autres discours extrémistes. Récemment, le Conseil constitutionnel français a d'ailleurs censuré un dispositif législatif réprimant la négation de ce génocide, sans pour autant remettre en cause les mécanismes français de répression de l'incitation à la haine raciale et à la discrimination (Conseil constitutionnel, Décision n°2012-647 DC, du 28 février 2012, [Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi](#) – [ADL du 2 mars 2012](#)). Une même articulation est décelable dans l'arrêt rendu le 17 décembre dernier.

La Cour européenne des droits de l'homme a retenu une analyse qui fustige la sanction pénale

infligée pour contestation du génocide arménien, sans altérer sa jurisprudence sur les discours de haine. Pour ce faire, le raisonnement européen s'est déployé en deux mouvements successifs. **Négativement**, d'abord, la juridiction strasbourgeoise a estimé que les propos contestant le génocide arménien ne relevaient pas des discours d'incitation à la haine ou à la violence qui, eux, peuvent être frappés du sceau de l'abus de droit (1°). **Positivement**, ensuite, la Cour a considéré que ces propos litigieux pouvaient se rattacher à la liberté de discussion historique et politique (2°). Mais à chaque pas de leur examen, les juges européens ont dû se livrer à quelques acrobaties, notamment afin de distinguer le sort du négationnisme visant l'Holocauste. Sans surprise, l'ombre des discours extrémistes a constamment plané sur l'arrêt [Perinçek c. Suisse](#) ce qui, par contraste, a de nouveau mis en lumière les apports et apories de la jurisprudence européenne en ce domaine.

1°/- Une lecture restrictive de l'abus de droit : Le critère exclusif mais ambigu de l'incitation à la haine et à la violence

« *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté* ». Cette maxime classiquement attribuée au révolutionnaire [Saint-Just](#) trouve un écho au sein de la Convention européenne. Ainsi, selon son article 17, « *aucune des dispositions de la [...] Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, 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 ou libertés reconnus dans la [...] Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention.* » (§ 42 ; v. Cour EDH, G.C. 6 janvier 2011, [Paksas c. Lituanie](#), Req. n° 34932/04 – [ADL du 7 janvier 2011](#)).

En vertu de ce texte, la Cour peut ainsi déclarer irrecevable une requête dès l'instant où elle estime que l'intéressé « *invoque les dispositions de la Convention pour se livrer à un abus de droit* » (§ 42). Mais les risques liés à l'usage d'un tel dispositif sont aisément perceptibles. Outre que ses effets peuvent être considérables – au point de déchoir littéralement une personne d'une fraction de ses droits et libertés –, sa mise en œuvre repose sur une notion floue, l'abus de droit, qui requiert une appréciation juridictionnelle nécessairement subjective (pour une critique de ce dispositif, v. Hannes Cannie et Dirk Voorhoof, « [The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention : an Added Value for Democracy and Human Rights Protection ?](#) », in [NQHR](#), 2011, Vol. 29/1, pp. 54-83). Devant le risque d'arbitraire, ce dispositif ne devrait donc être mobilisé que d'une main tremblante. Sans doute est-ce pour cette raison que la jurisprudence européenne demeure fluctuante, si ce n'est insaisissable, à ce propos.

La Cour a d'abord jugé que parmi les « *propos dirigé[s] contre les valeurs qui sous-tendent la Convention* » figurent ceux qui « *remett[en]t en cause de manière systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis contre la communauté juive* » (§ 45 ; Cour EDH, 4^e Sect. Déc. 24 juin 2003, [Garaudy c. France](#), Req. n° 65831/01). Mais l'abus de droit ne vise pas seulement ces propos ayant « *un caractère négationniste marqué et alla[n]t donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention que sont la justice et la paix* » (§ 45). Il en est de même pour « *l'usage de la liberté d'expression dans des buts islamophobe et antisémite* » (Cour EDH, Dec. 16 novembre 2004, [Norwood c. Royaume-Uni](#), Req. n° 23131/03 ; Com. EDH, Dec. 11 octobre 1979, [Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas](#), Req. n° 8348/78 ; Cour EDH, 1^e Sect. Dec. 20 février 2007, [Ivanov c. Russie](#), n° 35222/04).

Plus récemment – même si la chronologie n'est pas aussi univoque –, la Cour a toutefois semblé plus réticente à mobiliser ce mécanisme radical de l'article 17. Sans nécessairement assouplir sa jurisprudence peu tolérante envers certains discours intolérants, les juges européens se sont souvent abstenus d'exclure ces discours du champ de protection conventionnelle pour **préférer se placer sur le terrain de la liberté d'expression et envisager leur possible restriction à l'aide des motifs prévus au paragraphe second de l'article 10**. A cette fin, deux méthodes ont été employées. Pour les discours racistes, discriminatoires ou négationnistes, la Cour a parfois tout simplement esquivé la question de l'article 17 (Cour EDH, 2^e Sect. 16 juillet 2009, [Féret c. Belgique](#), Req. n° 15615/07, § 52 – [ADL du 19 juillet 2009](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. Déc. 7 juin 2011, [Bruno Gollnisch c. France](#), Req. n° 48135/08 – [ADL du 24 juillet 2011](#) ; v. aussi Cour EDH, 5^e Sect. 9 février 2012, [Vejdeland et autres c. Suède](#), Req. n° 1813/07 – [ADL du 10 février 2012](#)). Pour d'autres discours, notamment ceux liés à la

caricature, les juges européens ont expressément refusé l'usage de ce mécanisme (Cour EDH, 5^e Sect. 2 octobre 2008, [Leroy c. France](#), Req. n° 36109/03 – [ADL du 6 octobre 2008](#), § 47).

Mais dans son arrêt [Perinçek](#), la juridiction européenne procède d'une façon assez inhabituelle. Au lieu d'éluder l'abus de droit, elle a pris ici l'initiative de répondre à cette question que pourtant personne ne lui avait posé.

Dans un louable souci de pédagogie jurisprudentielle, la Cour a donc recherché « *s'il conv[enait] d'exclure les propos du requérant du champ d'application de l'article 10 en vertu de l'article 17 de la Convention, alors même que le gouvernement défendeur n'en a pas fait la demande* » (§ 49). Ce premier temps de l'analyse strasbourgeoise est instructif. Car pour répondre par la négative, la Cour a d'ores et déjà esquissé les fondements conceptuels de sa décision de condamnation de la Suisse.

Ainsi, les juges commencent par rappeler un postulat historiquement ancré dans la jurisprudence européenne dédiée à la liberté d'expression : « *les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent sont elles aussi protégées par l'article 10* » (§ 51). Issue du célèbre arrêt [Handyside c. Royaume-Uni](#) de 1976, cette assertion a parfois été vidée de son sens (v. en particulier [ADL du 18 juillet 2012](#) sur Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, [Mouvement Raëlien c. Suisse](#), Req. n° 16354/06). Sa remise au goût du jour en décembre 2013 est donc à saluer. La Cour peut donc concéder que si les propos litigieux « *étaient susceptibles de provoquer* » (§ 51), **ils ne relevaient pas d'« un discours a[yant] pour but d'inciter à la haine ou à la violence »** et n'ont pas révélé de « *mépris à l'égard des victimes des événements en cause* » (§ 52). Car, toujours selon les juges, « *le requérant n'a jamais contesté qu'il y a eu des massacres et des déportations pendant les années en cause [en Arménie mais] nie, en revanche, [la] qualification juridique de "génocide" donnée à ces événements* » de 1915 (§ 51 ; à ce sujet, v. Dirk Voorhoof, « [Perinçek Judgment on Genocide Denial](#) », in [ECHR Blog](#), 7 janvier 2014). L'auteur des propos n'aurait donc pas « *utilisé le droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention et, dès lors, détourné l'article 10 de sa vocation* » (§ 52).

Pour refuser d'appliquer ainsi l'article 17 de la Convention et considérer que « *le requérant n'a pas usurpé son droit de débattre ouvertement des questions, même sensibles et susceptibles de déplaire* », la Cour cisèle une formule inédite particulièrement remarquable : « *L'exercice libre de ce droit est l'un des aspects fondamentaux de la liberté d'expression et **distingue une société démocratique, tolérante et pluraliste d'un régime totalitaire ou dictatorial*** » (§ 52).

Prise isolément, une telle phrase renoue avec les fondements libéraux de la démocratie qui, pour reprendre l'illustre phrase de Castoriadis, est le « *seul régime politique [...] qui risque, qui affronte ouvertement la possibilité de son autodestruction* » (Cornélius Castoriadis, *Les carrefours du labyrinthe*, Tome III, Paris, Seuil, 1990, pp. 417-418) et qui « *trouve dans son ouverture sa force autant que sa faiblesse* » (v. notre article, « [La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : 'De la démocratie à Strasbourg'](#) », in [Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux](#), 2010, n° 8, p. 114).

Cependant, aussi prometteuse et louable soit elle, il importe de ne pas attribuer à cette affirmation plus de poids que la Cour n'est prête à lui accorder. Certes, il a été noté que l'irrecevabilité pour abus de droit « *n'a que très rarement appliquée* » à Strasbourg (§ 49). Mais, toujours à l'aune de la jurisprudence européenne passée, la Cour rappelle que « *la limite tolérable pour que des propos puissent tomber sous l'article 17 réside dans la question de **savoir si un discours a pour but d'inciter à la haine ou à la violence*** » (§ 52).

Les juges européens n'ont donc pas hésité à réitérer l'idée selon laquelle « *les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population ou des groupes spécifiques de celle-ci, ou l'incitation à la discrimination **suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population*** » (§ 46). Tel est notamment le cas pour « *les discours politiques* ». Par exception au statut privilégié dont ils jouissent en principe (v. [ADL du 20 mars 2013](#)), ces discours perdent le bénéfice de la protection conventionnelle lorsqu'ils « *incitent à la haine fondée sur les*

préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques » (§ 46 – v. Cour EDH, 2^e Sect. 16 juillet 2009, [Féret c. Belgique](#), Req. n° 15615/07, § 73 – [ADL du 19 juillet 2009](#)).

En d'autres termes, en refusant d'abandonner l'idée contestable de « *liberté d'expression irresponsable* », **la Cour européenne maintient les fondements d'un possible encadrement axiologique du débat public qui permet de limiter la liberté d'expression au nom des valeurs de la démocratie** (pour une critique de cette jurisprudence, v. « [La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : 'De la démocratie à Strasbourg'](#) », précité). En particulier, les juges européens considèrent que « *l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux* » (sur cette question de l'encadrement axiologique du débat public, v. [ADL du 18 juillet 2012](#) sur Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, [Mouvement Raélien c. Suisse](#), Req. n° 16354/06 et [ADL du 10 février 2012](#) sur Cour EDH, 5^e Sect. 9 février 2012, [Vejdeland et autres c. Suède](#), Req. n° 1813/07).

En ce sens, est expressément rappelée la récente décision [Molnar c. Roumanie](#) d'octobre 2012 par laquelle la Cour frappe du sceau de l'abus de droit la requête d'une personne condamnée pour avoir distribué des affiches dont le contenu incitait à la haine interethnique, à la discrimination et à l'anarchie. Or, dans cette décision où l'étendue de liberté d'expression est drastiquement réduite, il est noté que « *si certains de ces messages ne choqu[ai]ent pas par leur contenu, d'autres pouvaient contribuer, surtout dans le contexte roumain, à entretenir des tensions au sein de la population* » et « *visaient à instiguer à la haine contre [l]es minorités [rom et homosexuelle]* » au point de « *troubler gravement l'ordre public et [d']all[er] à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention et d'une société démocratique* » (Cour EDH, 3^e Sect. Dec. 23 octobre 2012, [Molnar c. Roumanie](#), Req. n° 16637/06, § 23).

Le « *droit de débattre ouvertement* » trouve donc toujours sa limite lorsque les discours concernés foulent le terrain de la « *haine* ». Mais si l'effort européen d'explicitation de l'abus de droit dans [l'arrêt de décembre 2013](#) est indéniable, cela ne suffit pas à réduire l'incertitude qui plane sur ce mécanisme. Ce dernier reste en effet indexé sur **la notion éminemment subjective et immatérielle de « haine »**, qui ne se limite pas aux risques imminents de violences ou « *clear and present danger* », pour reprendre une formule usitée [au sein de la Cour suprême des Etats-Unis](#). Ceci n'est pas anodin. Car selon les standards européens eux-mêmes, toute incertitude sur les limites de la liberté d'expression est à proscrire, tant cela « *peut faire peser un sérieux poids sur la libre formation des idées ainsi que sur le débat démocratique et avoir un effet dissuasif ["chilling effect"]* » (v. Cour EDH, 2^e Sect. 25 octobre 2011, [Altuğ Taner Akçam c. Turquie](#), Req. n° 27520/07, § 81 – [ADL du 26 octobre 2011](#) ; v. aussi [ADL du 14 août 2013](#) sur Cour EDH, 5^e Sect. 11 juillet 2013, [Morice c. France](#), Req. n° 29369/10 – [Renvoyé en Grande Chambre](#)).

*

Par son arrêt [Perinçek](#), la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas significativement infléchi sa jurisprudence sur les discours de haine. Pour parvenir à la condamnation de la Suisse, les juges européens ont opéré **un mouvement qui consiste non pas à accroître la protection des discours extrémistes, mais à extraire certains propos du champ des discours offensifs**. Il en est ainsi du débat sur l'existence d'un génocide arménien. En soi, estimer qu'une discussion sur des faits historiques puisse relever du champ de la liberté d'expression sans se heurter à l'abus de droit n'est pas inédit. La Cour l'a déjà jugé à propos de débats sur des massacres lors du [conflit du Haut-Karabagh](#) (Cour EDH, 1^e Sect. 22 avril 2010, [Fatullayev c. Azerbaïdjan](#), Req. n° 40984/07 – [ADL du 26 avril 2010](#)) ou sur la [torture en Algérie](#) (Cour EDH, 5^e Sect. 15 janvier 2009, [Orban et autres c. France](#), Req. n° 20985/05 – [ADL du 17 janvier 2009](#)). Mais protéger des propos qui nient le génocide arménien pose nécessairement la question de la répression de la contestation de l'Holocauste.

Certes, après l'affaire [Garaudy c. France](#), la Cour a constamment réussi à éluder l'abus de droit pour ce type de négationnisme (v. not. Cour EDH, 5^e Sect. Déc. 7 juin 2011, [Bruno Gollnisch c. France](#), Req. n° 48135/08 – [ADL du 24 juillet 2011](#)). Certes également, dans la présente affaire [Perinçek c. Suisse](#) et au stade de l'article 17, la Cour a aussi esquivé les difficultés en affirmant de

façon pour le moins curieuse qu'« *elle ne s'estim[ait] pas obligée de répondre à [la] question* » de savoir si les propos litigieux étaient « *assimilable[s] à une tentative de justification des actes commis par l'Empire ottoman* » (§ 53). Or, cette question de la justification du génocide par sa négation est l'une des clefs de la répression du négationnisme visant l'Holocauste.

Mais pour condamner la Suisse dans la présente affaire sans renverser sa jurisprudence passée sur le négationnisme visant la Shoah, la juridiction européenne ne pouvait plus éluder bien longtemps cette interrogation cruciale et polémique.

*

2°/- Une vision extensive de la liberté d'expression : Les vertus et contingences du halo protecteur du débat historique et politique

Riches et conflictuelles. Telles sont les relations entre l'Histoire et le droit. L'enjeu des « *lois mémorielles* » en est l'un des plus notoires révélateurs, lorsque le législateur ambitionne de s'ériger en historien (v. not. Marc Frangi, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », in [RDP](#), 2005, n° 1, p. 241 et s.). Par voie de conséquence, les juges sont confrontés aux mêmes difficultés et la Cour n'est pas la moins exposée. Sur ce terrain, elle redouble donc de prudence en soulignant qu'« ***il ne lui revient pas d'arbitrer des questions historiques qui relèvent d'un débat toujours en cours entre historiens*** » (§ 99). Ainsi, dans la présente affaire, la Cour prend bien soin de « *préciser d'emblée qu'elle n'est amenée à se prononcer ni sur la matérialité des massacres et déportations subies par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman à partir de 1915, ni sur l'opportunité de qualifier juridiquement ces faits de "génocide"* » (§ 111).

Mais il arrive que la loi aille plus loin. En réaction aux remises en question – souvent nauséabondes – de certaines pages douloureuses de l'Histoire, le législateur-historien s'est parfois mué en un législateur-censeur qui réprime pénalement ce « *négationnisme* », entendu comme la contestation de crimes contre l'humanité, dont le génocide.

Or, si les propos négationnistes éprouvent les valeurs démocratiques, c'est précisément parce que leur répression n'est guère aisée. Il n'est en effet pas douteux qu'une sanction pénale infligée pour contestation de l'existence d'un génocide constitue une ingérence conséquente au sein de la liberté d'expression, ainsi que le note la Cour en l'espèce (§ 56). Mais reste à savoir si ce coin enfoncé dans la liberté d'expression peut être toléré dans une démocratie. Formulé en des termes européens, il s'agit d'apprécier si la restriction respecte les **trois exigences cumulatives de conventionalité** : que ladite ingérence soit prévue par la loi (§ 57), poursuive un but légitime (§ 73) et surtout, soit « *nécessaire dans une société démocratique* » (§ 76).

Dans la présente affaire [Perinçek c. Suisse](#), et comme souvent dans le prétoire européen, l'issue de contentieux s'est jouée sur le terrain du troisième et dernier critère. Certes, la Cour émet quelques « *doutes* » sur « *la précision* » du « *terme "un génocide" utilisé à l'article 261bis, alinéa 4, du code pénal* », texte support de la sanction litigieuse (§ 71 – comp. [ADL du 20 mars 2013](#) au point 1°). Mais « *dans les circonstances particulières de l'espèce* », il est jugé que « *la sanction pénale était prévisible pour le requérant* » puisqu'en tant que « *docteur en droit et personnalité politique avisée, [il] aurait pu se douter qu'il s'exposerait à d'éventuelles sanctions pénales en tenant ce type de discours en Suisse* » (§ 71 – en ce sens, v. Cour EDH, 5^e Sect. 6 octobre 2011, [Soros c. France](#), Req. n° 50425/06 – [ADL du 6 octobre 2011](#)). Les juges ne s'attardent pas plus sur le deuxième critère de conventionalité et affirment que « *la mesure litigieuse était susceptible de viser la protection des droits d'autrui, à savoir l'honneur des familles et proches des victimes des atrocités commises par l'Empire ottoman contre le peuple arménien à partir de 1915* » (§ 75). Mais significativement, la Cour refuse de considérer que les propos litigieux « *risquaient de mettre gravement l'ordre en danger* » (§ 75).

De cette façon, l'exercice de **mise « en balance [entre] les exigences de protection des tiers, à savoir l'honneur des familles et proches des victimes des atrocités et, d'autre part, la liberté d'expression du requérant** » se présente d'emblée sous un jour favorable à cette dernière (§ 111 – sur

la mise en balance et ses fortes contingences, v. [ADL du 5 avril 2012 point 1°](#) sur Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, [Van Der Heijden c. Pays-Bas](#), Req. n° 42857/05 ; v. aussi [ADL du 20 mars 2013 au point 1°](#)). Mais ce sont trois séries d'éléments qui vont résolument faire pencher la balance strasbourgeoise en faveur d'un constat de violation de la liberté d'expression.

Premièrement, la Cour estime que **l'objet et la nature du discours litigieux impliquaient une plus forte protection conventionnelle**. Non seulement il est relevé que « *le thème de la qualification de "génocide" des événements en 1915 et dans les années suivantes revêt un intérêt important pour le public* » (§ 112). Mais surtout, les juges européens constatent que « *l'essence des déclarations et des thèses du requérant s'inscrit [...] dans un cadre historique, comme le montre notamment le fait que l'une des interventions s'est déroulée lors d'une conférence visant à commémorer le Traité de Lausanne de 1923* ». De plus, l'intéressé s'est aussi exprimé « *en tant que politicien sur une question qui avait trait aux relations entre deux États, à savoir la Turquie, d'une part, et l'Arménie, d'autre part* ». Enfin, la Cour relève que « *la qualification d'un crime, cette question avait aussi une connotation juridique* ». Dans ces conditions, elle juge donc que « *le discours du requérant était de nature à la fois historique, juridique et politique* » (§ 112).

Une telle qualification du discours est évidemment loin d'être anodine. En effet, quant à la **coloration historique du débat litigieux**, la Cour souligne constamment que « *la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression* » (§ 99) et que « *tout pays est appelé à fournir [des efforts] pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire* » (§ 103). Le fait que le sujet historique soit « *sensible et polémique* » ne réduit en rien cet impératif (Cour EDH, 5^e Sect. 15 janvier 2009, [Orban et autres c. France](#), Req. n° 20985/05 – [ADL du 17 janvier 2009](#), § 35 ; Cour EDH, 1^e Sect. 22 avril 2010, [Fatullayev c. Azerbaïdjan](#), Req. n° 40984/07 – [ADL du 26 avril 2010](#)). Au demeurant, cette leçon européenne de tolérance sur les débats relatifs à l'histoire nationale a été infligée à maintes reprises à la Turquie (§ 105-110 ; v. Cour EDH, 2^e Sect. 14 septembre 2010, [Dink c. Turquie](#), Req. n° 2668/07 – [ADL du 19 septembre 2010](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 20 mai 2010, [Norma Jeanne Cox c. Turquie](#), Req. n° 2933/03 – [ADL du 20 mai 2010](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 25 octobre 2011, [Altuğ Taner Akçam c. Turquie](#), Req. n° 27520/07 – [ADL du 26 octobre 2011](#)).

Reconnaître la nature politique du discours permet également de lui conférer une protection privilégiée (v. [ADL du 20 mars 2013](#)). Il est toutefois plus curieux que les propos du requérant aient aussi été placés sous le label inédit de « *discours juridique* » (§ 112). Certes, et par exemple, évoquer une protection privilégiée de la liberté d'expression des avocats fait sens (v. Cour EDH, 5^e Sect. 11 juillet 2013, [Morice c. France](#), Req. n° 29369/10 – [ADL du 14 août 2013](#) – [Renvoyé en Grande Chambre](#)). Mais prise isolément, l'idée de « *discours juridique* » est en soi obscure. Il aurait sans doute été plus opportun de recourir à la notion de débat académique pour protéger les discussions sur l'opportunité d'une qualification juridique de génocide (sur la liberté d'expression universitaire, v. [ADL du 21 mars 2012](#) sur Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, [Aksu c. Turquie](#), Req. n° 4149/04). Mais en définitive, seuls importent l'intensité de la protection accordée et le fait que le discours en cause n'ait pas été qualifié de « *discours de haine* ». Car selon la jurisprudence européenne, une telle qualification aurait mis à bas la protection privilégiée accordée aux discours politiques ou universitaires (v. not. [ADL du 24 juillet 2011](#) et [ADL du 10 février 2012](#)).

Deuxièmement, la Cour affaiblit un peu plus encore la légitimité de la pénalisation des discours niant le génocide arménien en indiquant que l'« *on ne saurait que très difficilement parler d'un « consensus général [...] dans la communauté, notamment scientifique, à propos de la qualification juridique des événements* » de 1915 en Arménie (§ 114-115). Il est ainsi noté « *qu'actuellement seule une vingtaine d'États (sur plus de 190 États dans le monde) ont officiellement reconnu le génocide arménien* » (§ 115 - v. aux § 30-39 ; seul le Luxembourg dispose aujourd'hui d'une législation pénale comparable à celle de la Suisse). Viser le monde comme point de comparaison est toutefois assez curieux. Car dans le prétoire strasbourgeois, c'est la notion de consensus européen qui prédomine, en dépit de toutes ses vicissitudes (v. not. [ADL du 26 février 2013](#) au point 2° A).

Mais la Cour se place ici dans une optique bien particulière. Elle énonce ainsi qu'en droit international, « *le "génocide" est une notion de droit bien définie* » et qu'« *il s'agit donc d'une notion de droit très étroite, dont la preuve est par ailleurs difficile à apporter* » (§ 116). Puis elle poursuit en

indiquant qu'« *en tout état de cause, il est même douteux qu'il puisse y avoir un "consensus général", en particulier scientifique, sur des événements tels que ceux qui sont en cause ici, étant donné que la recherche historique est par définition controversée et discutable et ne se prête guère à des conclusions définitives ou à des vérités objectives et absolues* » (§ 117).

Cette succession d'affirmations laisse néanmoins songeur. D'abord, la Cour sème un peu plus le doute sur le postulat qui fonde toute son analyse du présent contentieux : le fait que « *le requérant n'a[it] jamais contesté qu'il y a eu des massacres et des déportations pendant les années en cause [en Arménie mais] nie, en revanche, [la] qualification juridique de "génocide" donnée à ces événements* » de 1915 (§ 51). Cette distinction peut sembler spécieuse, « *la distinction entre la simple négation et la minimisation ou la justification [étant parfois] artificielle en termes linguistiques et [pouvant] être aisément contournée par un orateur habile, grâce à un discours euphémiste et élaboré* » (Opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, § 19). Or, en s'appuyant alternativement sur des éléments de discussion juridique puis historique, les juges eux-mêmes peinent à dissimuler **le caractère byzantin de leur distinction entre contestation de l'existence historique – des massacres arméniens – et débat sur la qualification juridique – de génocide** (en ce sens, lire Noelle Quenivet, « [Perincek v Switzerland and the Armenian 'genocide'](#) », in [Euro Rights Blog](#), 29 décembre 2013).

Surtout, un tel raisonnement européen pose la question de la différence entre le négationnisme visant le génocide arménien et celui visant l'Holocauste. La Cour y répond en affirmant que « *la présente espèce se distingue clairement des affaires qui portaient sur la négation des crimes de l'Holocauste* » et ce, pour deux raisons. D'une part, dans ces dernières affaires, les personnes condamnées n'« *avaient [...] pas [seulement] contesté la simple qualification juridique d'un crime, mais nié des faits historiques, parfois très concrets, par exemple l'existence des chambres à gaz* ». D'autre part, « *une base juridique claire* » pour condamner « *les crimes commis par le régime nazi* » et, corrélativement, ces « *faits historiques [ont] été jugés clairement établis par une juridiction internationale* », en l'occurrence le [Tribunal militaire international de Nuremberg](#) (§ 117).

Mais indiquons-le sans fard : **une telle argumentation peine à convaincre**. Certes, l'existence et l'ampleur des crimes nazis au titre de l'Holocauste ne souffrent d'absolument aucun doute. Toutefois, le jugement de Nuremberg n'en demeure pas moins lui-même un fait historique sur lequel de nombreux historiens travaillent encore, à l'exacte image des événements et massacres arméniens du début du XX^e siècle. Par ailleurs, comme le notent assez justement les deux juges minoritaires, les massacres perpétrés contre les arméniens ont eux aussi bénéficié d'une large reconnaissance juridique et internationale, notamment *via* des traités (opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, § 2-10). Distinguer ces deux faits historiques, au motif que l'un présentait une certitude née d'un constat judiciaire, quand l'autre n'en disposerait pas, est donc parfaitement artificiel.

La suite du raisonnement européen est cependant bien plus intéressante.

Troisièmement, en effet, la Cour a fait sienne l'un argument avancé par le gouvernement turc (§ 96) : « *la négation de l'Holocauste est aujourd'hui le moteur principal de l'antisémitisme* », **phénomène « qui est encore d'actualité et contre lequel la communauté internationale doit faire preuve de fermeté et de vigilance** » (§ 119). Or, ce point marque effectivement une différence avec la négation du génocide arménien, moins susceptible **en soi** d'alimenter la haine contre les arméniens. Les contestations contemporaines de ce drame s'insèrent plutôt dans un contexte de tensions diplomatiques et nationalistes récurrentes entre l'Arménie et la Turquie. La mauvaise foi de ce dernier Etat est d'ailleurs confondante lorsqu'il ose affirmer que la négation du génocide arménien, « *contrairement au cas du régime national-socialiste responsable de l'Holocauste* » n'ambitionne pas de « *réhabiliter tel ou tel gouvernement* » (§ 119). Le gouvernement turc n'a pourtant jamais ménagé ses efforts pour minimiser son rôle – ou plus précisément, celui de ses prédécesseurs – dans les massacres commis contre le peuple arménien.

Mais il est assez juste de noter qu'**au cœur du négationnisme relatif à l'Holocauste se niche bien souvent un antisémitisme latent – quand il n'est pas patent –, de la même teneur, notamment, que le racisme, l'islamophobie ou l'homophobie**. Admettre cela ne signifie

aucunement qu'il faille accorder un blanc seing à tout dispositif réprimant la discussion sur l'Holocauste. Mais cet argument permet de fonder solidement et rationnellement une distinction entre ce crime et d'autres génocides. Et ce, sans prêter le flanc à la critique selon laquelle la solution de la Cour signifierait que « *les souffrances subies par un Arménien du fait de la politique génocidaire de l'Empire Ottoman [valent] moins que celles d'un Juif sous la politique génocidaire nazie* » (Opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, § 22). Prévenir et dissiper tout malentendu en ce sens n'aurait pas été inutile, tant l'idée d'un « deux poids – deux mesures » dans la protection des différentes mémoires alimente les fantasmes les plus délirants.

Il est donc extrêmement regrettable que la Cour ne soit pas allée plus loin dans sa propre analyse et qu'elle n'en ait pas tiré explicitement toutes les conséquences. Il lui était notamment loisible d'indiquer que, **moins que la seule négation d'un fait historique, c'est la finalité discriminatoire ou haineuse de la démarche qui permettrait de fonder une restriction de la liberté d'expression**. Sous cet angle, l'Holocauste ne se voit pas accorder un régime exclusif et taillé sur-mesure, puisque d'autres génocides pourraient en relever. Il en serait par exemple ainsi de la négation du [génocide au Rwanda](#) dans l'intention d'attiser la haine raciale contre les tutsis, ethnie victime principale des massacres.

A cet égard, l'opinion concordante des juges Raimondi et Sajó est précieuse. De façon tout à fait remarquable, les deux juges qui ont voté avec la majorité en faveur d'une condamnation de la Suisse ont estimé qu'ils avaient l'« *obligation morale particulière de clarifier leur position aux personnes concernées par l'arrêt* », en l'occurrence la communauté arménienne. Ils formulent ainsi ce qui aurait pu être plus clairement exposé dans l'arrêt lui-même : « *Même si les propos du requérant ont été irrespectueux, voire outrageux, ils ne diminuent pas l'humanité du groupe concerné. Bien sûr, des propos négationnistes peuvent être criminels dans la mesure où ils incitent à la haine et à la violence et où ils représentent un danger réel compte tenu de l'histoire et des conditions sociales prévalant dans une société donnée. Mais aucun de ces éléments n'étaient présents en Suisse* » (Opinion concordante commune).

En tout état de cause, si la Cour est rétive à la pénalisation de la contestation des génocides – à l'exception du négationnisme motivé par la haine d'un groupe –, elle tolère sans difficulté les lois de reconnaissance officielle d'un génocide. Outre [l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol](#) qui, en 2007, a censuré un dispositif de pénalisation des négations de génocides (§ 121), la juridiction européenne indique ne pas être « *rest[ée] insensible* » (§ 123) à la décision du Conseil constitutionnel français de février 2012. En effet, la juridiction française a déclaré contraire à la Constitution la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi (Conseil constitutionnel, 28 février 2012, [Décision n° 2012-647 DC – ADL du 2 mars 2012](#)). Or, pour la Cour, cette décision « *montre parfaitement qu'il n'y a a priori pas de contradiction entre la reconnaissance officielle de certains événements comme le génocide, d'une part, et l'inconstitutionnalité des sanctions pénales pour des personnes mettant en cause le point de vue officiel, d'autre part* » (§ 123).

Dans ces conditions, nul « *besoin social impérieux* » ne justifiait la condamnation subie par le requérant (§ 126). Même la modicité relative de la sanction infligée n'incite pas la Cour à la clémence (§ 128), puisque l'existence même d'une sanction « *risque de dissuader de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité* » (§ 127 – v. Cour EDH, 2^e Sect. 25 octobre 2011, [Altuğ Taner Akçam c. Turquie](#), Req. n° 27520/07, § 81 – [ADL du 26 octobre 2011](#)).

*
* *

L'arrêt [Perinçek c. Suisse](#) constitue assurément un pas remarquable vers une plus grande protection européenne de la liberté d'expression. En condamnant la Suisse pour violation de l'article 10 (§ 129-130), la Cour européenne des droits de l'homme tend à refuser que l'action du législateur-historien puisse dériver vers une mission de législateur-censeur qui userait de la voie pénale pour encadrer les discussions historiques.

En soi, cette position jurisprudentielle marque donc une notable inflexion, en particulier lorsque la Cour affirme que « *l'un des buts principaux de la liberté d'expression est de **protéger les points de vue minoritaires**, susceptibles d'animer le débat sur des questions d'intérêt général qui ne sont pas entièrement établies* » (§ 123). Une telle assertion est effectivement dissonante au regard de récents précédents dans lesquels la juridiction européenne a toléré de significatives restrictions du débat public, essentiellement en raison du caractère éminemment atypique, minoritaire et contestable des idées véhiculées par certains discours (v. [ADL du 18 juillet 2012](#) sur Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, [Mouvement Raëlien c. Suisse](#), Req. n° 16354/06).

Néanmoins, outre qu'il peut encore faire l'objet d'une demande de renvoi en Grande Chambre ([Art. 43](#)), [l'arrêt rendu le 17 décembre 2013](#) ne saurait être érigé en un tournant majeur et définitif de la jurisprudence européenne, sauf à en exagérer la portée et à se méprendre sur la teneur exact du raisonnement strasbourgeois.

Il convient de se rappeler que la problématique des discours extrémistes est aussi peu consensuelle dans l'enceinte du Palais des Droits de l'Homme qu'elle ne l'est hors de ses murs. La jurisprudence européenne oscille en effet entre deux tendances conceptuelles diamétralement opposées : d'une part, **une tendance jurisprudentielle favorable à un encadrement axiologique du débat public qui permet d'ostraciser certains discours offensifs** uniquement en raison de leur propension à heurter ou froisser certaines valeurs, en particulier celles qui sont majoritaires dans un espace donné (en ce sens, v. [ADL du 18 juillet 2012](#)) ; d'autre part, **une tendance jurisprudentielle plus libérale qui, au nom de l'ouverture démocratique, tolère tous discours** – aussi abjects, et choquants soient-ils – afin qu'ils soient débattus dans l'arène publique. Mais cette tolérance envers l'intolérance trouve ses limites pour les propos susceptibles de favoriser directement la violence (en ce sens, v. [ADL du 8 août 2012](#)).

Cette fracture idéologique et conceptuelle qui traverse la communauté des juges européens illustre par excellence tout le dilemme démocratique et humaniste face aux discours offensifs et de haine. Les solutions de la Cour sont donc souvent acquises soit à une infime majorité (v. Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, [Mouvement Raëlien c. Suisse](#), Req. n° 16354/06 – [ADL du 18 juillet 2012](#)), soit au terme d'une unanimité de façade qui ne reflète pas de véritable convergence sur le fond (v. [ADL du 10 février 2012 in fine](#) sur Cour EDH, 5^e Sect. 9 février 2012, [Vejdeland c. Suède](#), Req. n° 1813/07). Une même formation de jugement peut elle-même imperceptiblement fluctuer (*comp.* ainsi Cour EDH, 2^e Sect. 24 juillet 2012, [Fáber c. Hongrie](#), Req. n° 40721/08 – [ADL du 8 août 2012](#) et Cour EDH, 2^e Sect. 9 juillet 2013, [Vona c. Hongrie](#), Req. n° 35943/10 – [ADL du 23 juillet 2013](#)).

Dans ce contexte, [l'arrêt *Perinçek c. Suisse*](#) est symptomatique de cette fracture et se situe même littéralement à la croisée des chemins. Au premier regard, il semble nuancer la vision axiologique de la liberté d'expression puisque la majorité des juges refuse qu'une idée – la négation d'un génocide – puisse être proscrite du débat public, comme le souhaitaient les deux juges minoritaires (Opinion dissidente, § 16). Néanmoins, et au terme d'une analyse plus approfondie, il apparaît que la majorité n'a pas pour autant rejeté l'affirmation selon laquelle « *les États parties à la Convention [auraient] l'obligation d'interdire les discours et les rassemblements promouvant le racisme, la xénophobie ou l'intolérance ethnique ainsi que toute autre forme de diffusion de ces idées, et de dissoudre tout groupe, toute association et tout parti qui les prôneraient* » (Opinion dissidente, § 16). A tout le moins, à défaut de devoir agir en ce sens, les États peuvent combattre ces discours sans heurter les droits conventionnels dont la liberté d'expression.

Car dans [son arrêt de décembre 2013](#), la Cour n'a aucunement désactivé les mécanismes relevant de la tendance axiologique. Ceux-ci permettent de réprimer les discours d'incitation directe à la haine et/ou à la discrimination, même sans appel à la violence ou aux troubles matériels. En d'autres termes, si la Cour a refusé que l'idée « *négalionniste* » soit par elle-même exclue du débat public, elle n'a pas interdit que d'autres idées puissent, elles, faire l'objet d'une telle ostracisation.

Devant une telle conclusion, il est donc tentant d'esquisser une réponse à la question qui brûle actuellement les lèvres de nombreux observateurs, au premier rang desquels figurent les juristes : [l'interdiction des spectacles de Dieudonné M'bala M'bala, telle qu'avalisée en référé par le](#)

Conseil d'Etat, expose-t-elle la France à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation des libertés d'expression et de réunion ? Mais face à une telle interrogation, la seule certitude qui vaille est qu'il n'existe aucune certitude.

Certes, la position retenue par les juges des référés du Conseil d'Etat se rattache essentiellement à la tendance axiologique, puisque l'interdiction des spectacles a été jugée nécessaire au regard notamment des risques de « *graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine* » et des possibles « *provo[cation] à la haine et la discrimination raciales* » (v. CE, Ord. Ref., 10 janvier 2014, [n° 374.508](#) ; CE, Ord. Ref., 10 janvier 2014, [n° 374.528](#) ; CE, Ord. Ref., 11 janvier 2014, [n° 374.552](#) ; N.B. : si le débat public français sur cette affaire a souvent été saturé d'abjections confinant à la bêtise la plus crasse, un passionnant débat juridique a été initié, avec des prises de position de qualité de part et d'autre. Sans prétention aucune à l'exhaustivité, lire ainsi Danièle Lochak, « [On s'achemine vers une jurisprudence Dieudonné](#) », in *Le Monde*, 7 janvier 2014 ; Diane Roman, « ["Il y a plusieurs éléments inédits dans la décision du Conseil d'Etat" sur Dieudonné](#) », in *Libération*, 10 janvier 2014 ; Denys de Béchillon, « [Affaire Dieudonné : "Une réponse adaptée à une situation extraordinaire"](#) », in *Le Monde*, 10 janvier 2014 ; Frédéric Rolin, « [L'ordonnance Dieudonné du Conseil d'Etat : une décision logique dans le contexte contemporain de la liberté d'expression](#) », in *Dalloz Etudiant*, 10 janvier 2014 ; Philippe Cossalter, « [Affaire Dieudonné : un cas d'école](#) », in *Revue Générale du Droit*, 9 janvier 2014 ; Serge Slama, « [Spectacle de Dieudonné : "L'interdiction est contestable juridiquement"](#) », in *FranceTVInfo*, 9 janvier 2014 ; Mathieu Touzeil-Divina, « [Et si le juge du "Mur" avait tout simplement accompli sa mission et non semé la Discorde ?](#) », in *Chez Foucart*, 12 janvier 2014).

Il n'est donc **pas impossible que la France puisse échapper au constat de violation de l'article 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion)** si d'aventure, les acteurs et organisateurs de ces spectacles décidaient de se tourner vers Strasbourg. Il n'est même pas exclu qu'une éventuelle requête se fracasse sur l'irrecevabilité de l'article 17 et l'abus de droit (cf. *supra* 1°), si toutefois la Cour juge que les propos litigieux relèvent d'« *un discours à pour but d'inciter à la haine ou à la violence* » (§ 52).

Mais précisément, **la qualification en discours de haine est en elle-même extrêmement délicate**. Puisque cela implique une grande part de subjectivité, l'incertitude règne. Certains des arguments convoqués au soutien d'une interdiction des spectacles litigieux sont frappés du même vice. Il en est ainsi de la dignité. En effet, « *la justification par des motifs de dignité de l'apport d'une restriction à des droits est ambiguë, même si la dignité est souvent considérée comme une valeur fondatrice de la protection des droits de l'homme* » (Opinion concordante des juges Raimondi et Sajó). De plus, tout examen européen devra tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce : de l'ampleur concrète de la restriction – qui, ici, va bien au-delà de la pénalisation des propos, et confine à l'interdiction totale et préventive des spectacles – à la teneur exacte des propos litigieux, en passant par l'éventuelle nature politique et artistique du discours prohibé. Or, en l'espèce, ces éléments tendent à révéler **l'existence d'une très forte atteinte aux libertés d'expression et de réunion, ce qui exige corrélativement une justification particulièrement substantielle et étayée**.

Or, il est plus que douteux que la Cour européenne se satisfasse des seuls arguments de sécurité publique, un Etat ne pouvant sacrifier les libertés conventionnelles des uns sur l'autel des droits des autres ou de la protection de l'ordre public matériel (sur l'articulation entre les droits de manifestation et de contre-manifestation, v. Cour EDH, 1^e Sect. 21 octobre 2010, [Alekseyev c. Russie](#), Req. n° 4916/07 – [ADL du 22 octobre 2010](#) et Cour EDH, 2^e Sect. 24 juillet 2012, [Fáber c. Hongrie](#), Req. n° 40721/08 – [ADL du 8 août 2012](#)). **Sauf à déchoir le discours litigieux de toute protection conventionnelle en raison de sa nature haineuse et discriminatoire**, ce qui sera sans nul doute l'enjeu clef d'une hypothétique affaire *Dieudonné c. France*.

L'incertitude est d'autant plus conséquente que même les arrêts européens qui se rattachent à une tendance jurisprudentielle plus libérale ont concédé que certains signes ou propos pouvaient, en eux-mêmes, être interdits si les circonstances « *particulières de lieux et de temps [...] chang[ent] de manière non-équivoque la signification de certains symboles* », au point de relever de « *l'apologie de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocide* », ce qui les exclurait *ipso facto* du

champ de la protection conventionnelle au titre de l'abus de droit (Cour EDH, 2^e Sect. 24 juillet 2012, [Fáber c. Hongrie](#), Req. n° 40721/08, § 58 – [ADL du 8 août 2012](#)). Cette assertion éclaire d'ailleurs utilement le débat juridique qui surgit déjà autour de [la pénalisation du geste dit de « la quenelle »](#).

Toute prédiction quant au sens d'une future décision européenne ne serait donc qu'un vain et illusoire exercice divinatoire. Mais si, devant cette incertitude jurisprudentielle, l'analyse prédictive *de lege lata* offre des perspectives limitées, rien n'empêche de porter une appréciation prospective *de lege ferenda* sur l'avenir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de liberté d'expression face aux discours de haine (pour une réflexion plus globale, un colloque dédié à « La lutte contre l'extrémisme dans une société démocratique » et organisé par le Professeur Petr Muzny se tiendra le 3 avril 2014 à l'Université de Savoie).

Face à ce dilemme classique – mais chaque jour plus contemporain – de la lutte contre l'extrémisme, il nous semble une fois encore utile de rappeler combien il est essentiel d'éviter le piège tendu par l'intolérance elle-même qui, sous couvert de lutte contre les discours offensifs, **contraint finalement les gardiens de la démocratie et du libre débat public à renier le cœur même de l'ouverture démocratique** (en ce sens, v. not. [ADL du 8 août 2012 in fine](#) et « [La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : 'De la démocratie à Strasbourg'](#) », précité, p. 114).

Certes, personne n'est dupe du sinistre talent de certains qui se drapent dans la liberté d'expression pour distiller la haine de l'Autre. Le négationnisme en est la preuve la plus évidente, car il est « *aisé pour un orateur de mauvaise foi de promouvoir le racisme, la xénophobie et l'intolérance en s'abritant derrière la recherche historique ou scientifique* » (Opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, § 19). Tout comme d'autres convoquent commodément la liberté d'expression politique ou artistique afin de tenir des propos antisémites. Dès lors, le réflexe instinctif de la sanction et de la censure est compréhensible, surtout à l'heure où les idées extrémistes bénéficient d'un menaçant regain de vigueur sur le continent européen.

Mais ostraciser juridiquement du débat public les discours qui véhiculent ces idées – hors incitation directe à la violence – est aussi **contreproductif que dangereux**.

Contreproductif d'abord, parce que l'exclusion de ces discours – toujours contestable, puisque subjective – risque de bien plus « *saper la confiance en les institutions démocratiques* » (Cour EDH, 2^e Sect. 16 juillet 2009, [Féret c. Belgique](#), Req. n° 15615/07, § 77 – [ADL du 19 juillet 2009](#)) que leur admission dans le but de les combattre dans l'arène politique. Il est au surplus notoire que la censure alimente la stratégie de victimisation si souvent employée par les auteurs de ces discours, ce qui leur confère un écho bien plus considérable que ce qu'ils pouvaient espérer. Dangereux ensuite parce que le raisonnement mis en place pour justifier cette exclusion au nom des valeurs est structurellement extensif. La « *pente glissante* » (“*slippery slope*”) de l'interdiction des discours de haine a déjà donné lieu à des nombreux dérapages, en particulier au détriment d'idées minoritaires mais guère offensives (v. [ADL du 18 juillet 2012](#)). A trop vouloir protéger les valeurs démocratiques que heurtent les discours de haine, le risque est donc d'en venir à étouffer l'objet même de la protection.

Quoiqu'il en soit, entre la tendance axiologique et la tendance libérale, aucune ne peut décentement prétendre disposer de la solution idéale. En ces temps troublés, la censure peut d'ailleurs poursuivre des mobiles humanistes. Et la liberté d'expression, être invoquée par des ennemis de la liberté. Mais c'est précisément **contre ce risque de perte des repères démocratiques qu'il importe de lutter**. Or, dans ce défi de longue haleine qui dépasse la seule réflexion juridique, gageons et espérons que la Cour européenne des droits de l'homme contribuera à éclaircir et assainir la discussion. Et ce, en faisant de l'ouverture démocratique une force plutôt qu'une faiblesse.

Cour EDH, 2^e Sect. 17 décembre 2013, [Perinçek c. Suisse](#), Req. n° 27510/08 – [Communiqué](#)

Jurisprudence liée :

- **Sur la répression des discours de haine, racistes et/ou discriminatoires :** Cour EDH, 2^e Sect. 24 juillet 2012, [Fáber c. Hongrie](#), Req. n° 40721/08 – [ADL du 8 août 2012](#) ; Cour EDH, G.C. 13 juillet

2012, [Mouvement Raëlien c. Suisse](#), Req. n° 16354/06 – [ADL du 18 juillet 2012](#) ; Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, [Aksu c. Turquie](#), Req. n° 4149/04 – [ADL du 21 mars 2012](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 9 février 2012, [Vejdeland et autres c. Suède](#), Req. n° 1813/07 – [ADL du 10 février 2012](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. Déc. 7 juin 2011, [Bruno Gollnisch c. France](#), Req. n° 48135/08 – [ADL du 24 juillet 2011](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 2 octobre 2008, [Leroy c. France](#), Req. n° 36109/03 – [ADL du 6 octobre 2008](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 16 juillet 2009, [Féret c. Belgique](#), Req. n° 15615/07 – [ADL du 19 juillet 2009](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 16 juillet 2009, [Willem c. France](#), Req. n° 10883/05 – [ADL du 19 juillet 2009](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 15 janvier 2009, [Orban et autres c. France](#), Req. n° 20985/05 – [ADL du 17 janvier 2009](#).

- **Sur la liberté d'expression politique** : Cour EDH, 5^e Sect. 14 mars 2013, [Eon c. France](#), Req. n° 26118/10 – [ADL du 20 mars 2013](#); Cour EDH, 3^e Sect. 15 mars 2011, [Otegi Mondragon c. Espagne](#), Req. n° 2034/07 – [ADL du 16 mars 2011](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 11 janvier 2011, [Barata Monteiro Da Costa Nogueira et Patrício Pereira c. Portugal](#), Req. n° 4035/08 – [ADL du 14 janvier 2011](#) ; Cour EDH, 3^e Sect. 1^{er} juin 2010, [Gutiérrez Suárez c. Espagne](#), Req. n° 16023/07 – [ADL du 4 juin 2010](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 25 février 2010, [Renaud c. France](#), Req. n° 13290/07 – [ADL du 25 février 2010](#).

- **Sur l'appréhension conventionnelle de l'Histoire** : Cour EDH, 5^e Sect. Déc. 21 juin 2011, [Polednovác. République Tchèque](#), Req. n° 2615/10 – [ADL du 7 juillet 2011](#) ; Cour EDH, 4^e Sect. Dec. 25 janvier 2011, [Donaldson c. Royaume-Uni](#), Req. n° 56975/09 – [ADL du 13 février 2011](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 13 janvier 2011, [Hoffer et Annen c. Allemagne](#), Req. n° 397/07 et 2322/07 – [ADL du 14 janvier 2011](#) ; Cour EDH, G.C. 17 mai 2010, [Kononov c. Lettonie](#), Req. n° 36376/04 – [ADL du 18 mai 2010](#) ; Cour EDH, 1^e Sect. 22 avril 2010, [Fatullayev c. Azerbaïdjan](#), Req. n° 40984/07 – [ADL du 26 avril 2010](#).

Pour citer ce document :

Nicolas Hervieu, « [Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à lutte contre l'extrémisme](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 13 janvier 2014.

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact