

YVES NIDEGGER

AVOCAT- RECHTSANWALT - ATTORNEY AT LAW
CONSEILLER NATIONAL

PROF. LAURENT PECH
DROIT EUROPÉEN
UNIVERSITÉ DE MIDDLESEX
CONSEIL

NID@NIDEGGERLAW.CH

TÉL (+41) 022 347 92 71
CEL (+41) 076 382 48 00
FAX (+41) 022 703 51 63

TVA CHE-314.895.084
POSTFINANCE 17-775310-8

Par télécopie 0033 3 88 41 27 30
et courrier rapide

Genève, le 10 septembre 2014

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (GRANDE CHAMBRE)

Affaire Perinçek c. Suisse (requête n° 27510/08)

Renvoyé devant la Grande Chambre le 2 juin 2014

TIERCE INTERVENTION

**Observations écrites soumises au nom de la
Fédération des Associations Turques de Suisse Romande**

1. Conformément aux instructions reçues le 16 juillet 2014 de Monsieur J. Callewaert, greffier adjoint de la Grande Chambre, nos observations n'évoqueront pas les faits ou le fond de l'affaire *Perinçek* pour se limiter à un exposé des enseignements généraux qui peuvent être tirés d'une analyse de droit comparé et des dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne (ci-après « UE ») afin d'éclairer la Cour sur la compatibilité avec le droit à la liberté d'expression de toute loi punissant le refus de qualifier de « génocide » les événements survenus sur le territoire de l'ancien Empire ottoman en 1915.

I. LIBERTE D'EXPRESSION ET SANCTION DE LA CONTESTATION DE GENOCIDES EN DROIT COMPARE

2. Il convient de souligner en premier lieu qu'il serait faux de croire que la grande majorité des systèmes juridiques des pays démocratiques prévoient la criminalisation de ceux qui contesteraient publiquement la réalité de crimes ayant été commis contre un groupe particulier et encore moins, le bien-fondé du qualificatif de « génocide » au sens du droit international pour décrire un événement historique particulier¹. Ainsi, au sein de l'Union européenne, seule une minorité d'Etats membres² disposaient par exemple de lois punissant ce qui est communément appelé le « négationnisme »³ lorsque la Commission européenne adopta une proposition controversée de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie le 29 novembre 2001.⁴

3. En dehors de l'Europe, il convient de citer l'exemple des Etats-Unis où de telles lois seraient juridiquement impensables. Depuis la décision *New York Times v. Sullivan*,⁵ la Cour suprême américaine a en effet interprété le Premier amendement à la Constitution américaine de 1787, qui garantit le droit à la liberté d'expression, comme excluant en principe toute intervention des pouvoirs publics sur le libre « marché des idées ». En vertu de cette jurisprudence constante, il n'appartient pas aux pouvoirs publics de décider quelles sont les opinions « dignes » d'être entendues ou débattues.

4. Est-ce à dire que les propos contestant la réalité d'un événement historique comme l'Holocauste ne peuvent être punis ? Selon la Cour suprême américaine, il s'agit de bien distinguer entre l'expression d'opinions « politiquement incorrectes », qui ne peuvent être sanctionnées au motif de leur caractère « indigne » ou « faux », et les actes racistes. Seuls ces derniers peuvent être réprimés, et dans une moindre mesure, les propos incitant à la haine raciale ou à la violence du moment qu'ils sont directement susceptibles de conduire à la réalisation d'actes illégaux.⁶

5. Si la Cour suprême américaine ne s'est jamais exprimée directement sur la question du discours dit négationniste, il ne fait aucun doute que la logique décrite ci-dessus trouverait à s'appliquer dans une telle hypothèse et que le Premier amendement protégerait sans aucun doute le droit de nier l'existence de tout crime perpétré au sein de

¹ De manière générale, cf. L. Pech, « The Law of Holocaust Denial in Europe: Toward a (qualified) EU-Wide Criminal Prohibition » in T. Hochmann & L. Hennebel (eds), *Genocide Denials and the Law* (Oxford University Press, 2011), p. 185 et s.

² Cf. M. Whine, « Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It », in I. Hare & J. Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy* (Oxford University Press, 2009), p. 540 et s. Ces dix pays étaient l'Autriche, la Belgique, la République Tchèque, la France, l'Allemagne, la Lituanie, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et l'Espagne.

³ Historiquement, le terme de « négationnisme » était uniquement employé pour décrire tout propos niant la réalité de l'Holocauste ou l'importance du génocide perpétré par le régime national-socialiste contre les juifs.

⁴ COM(2001)664, OJ C 75 E, 26 mars 2002, p. 269.

⁵ 376 US 254 (1964).

⁶ *R.A.V. v. ST Paul*, 505 US 377 (1992), p. 392.

l'Empire ottoman contre les Arméniens en 1915 et plus encore le droit de refuser de qualifier de « génocide » les crimes dont ont été victimes les Arméniens en 1915. On notera ainsi que dans une décision particulièrement instructive rendue par une Cour d'appel fédérale, il ne se trouva aucun juge pour contester le droit pour toute personne de donner son avis sur une question historique particulière « aussi répugnant que le message puisse être ». ⁷ Et si une juridiction fédérale américaine, dans le cadre d'une procédure civile, a établi qu'il n'y a pas de politique fédérale interdisant expressément aux États d'employer l'expression « génocide des Arméniens » ⁸, cela ne veut pas dire que la Cour suprême autoriserait la sanction pénale de ceux qui refuseraient d'employer cette expression.

6. De manière générale, il est donc possible de conclure que le droit américain s'oppose indubitablement à la criminalisation de tout propos niant la réalité d'un événement historique particulier et de manière plus incontestable encore, de tout propos niant la qualification de « génocide » en relation avec un événement historique particulier. Il est en effet de jurisprudence constante – et la doctrine quasi unanime sur ce point – que le Premier Amendement ne saurait autoriser un tribunal à faire triompher le point de vue gouvernemental sur un événement historique particulier dans le cadre d'une procédure pénale. Soutenir ainsi que les principes énoncés par la Cour suprême américaine autorisent des dispositions incriminant la négation d'un génocide, si tant est qu'il soit reconnu par les autorités américaines, révèle une totale incompréhension de l'état du droit aux Etats-Unis. En fait, les seules dispositions juridiques punissant un acte « expressif » - et non une opinion exprimée oralement ou par écrit – motivé par une volonté d'intimider une personne ou un groupe de personnes sont susceptibles d'être jugées conformes au Premier Amendement. ⁹

7. En comparaison, le droit de certains pays européens offre il est vrai un saisissant contraste. En Allemagne, par exemple, et pour des raisons historiques évidentes, de nombreuses dispositions pénales permettant, pour résumer de manière schématique, de sanctionner diffamations et injures racistes ou encore les propos qui incitent au rejet ou à la haine, à la violence ou encore à la discrimination à l'égard de groupes ou communautés déterminés. C'est principalement à ce titre que les propos niant la réalité de l'Holocauste ont été poursuivis en Allemagne. ¹⁰ Depuis 1994, une disposition spécifique punit ceux qui font l'apologie, nient ou minimisent les crimes commis par le régime national-socialiste lorsqu'ils sont susceptibles de troubler l'ordre public.

8. Il convient de souligner que la rédaction de cette disposition exclut la sanction de ceux qui s'exprimeraient en rapport à d'autres épisodes historiques. Le simple fait de contester le bien-fondé du qualificatif juridique de génocide par rapport à un ensemble de crimes commis contre un groupe particulier en dehors de la période 1933-1945 constitue ainsi une opinion a priori protégée par le droit fondamental à la liberté d'expression garanti par l'article 5 de la Loi fondamentale allemande sauf démonstration des mobiles racistes du locuteur et/ou la potentialité d'un trouble à l'ordre public.

⁷ *McCalden v. California Library Ass'n*, 955 F.2d 1214 (9th Cir. 1990). Dans cette affaire, la Cour d'appel reconnaît que McCalden, qualifié d'« historien révisionniste », appartient à un groupe qui épouse des vues hétérodoxes et doit recevoir la protection d'une loi de Californie qui protège les personnes de menaces de violence proférées en raison de leur affiliation politique

⁸ *Movsesian v. Victoria Versicherung AG*, arrêt du 10 décembre 2010 cité dans l'opinion en partie dissidente Vučinić et Pinto de Albuquerque dans la présente affaire.

⁹ Dans la décision *Virginia v. Black* du 7 avril 2003 (538 US 343), la Cour suprême a admis que la mise à feu d'une croix constitue une menace de violence physique qui peut être réprimée sans violer le Premier amendement.

¹⁰ BVerfGE 90, 241.

9. De manière similaire à l'Allemagne, ce n'est que relativement tardivement que la France, par le biais d'une loi controversée dite loi Gayssot du 13 juillet 1990 et non soumise au Conseil constitutionnel français, a criminalisé la contestation de la réalité des crimes contre l'humanité commis par les nazis¹¹. Les juridictions ordinaires françaises ont invariablement jugé la disposition pénale introduite par la loi Gayssot comme étant compatible avec la liberté d'expression telle qu'elle est garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH)¹².

10. Si cette jurisprudence relative aux propos niant la réalité ou minimisant l'ampleur de l'Holocauste n'a pas été remise en cause par la jurisprudence de votre Cour, il convient de noter qu'aucun autre événement historique n'a été inclus dans la catégorie dite « de faits historiques clairement établis » dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10¹³, ou n'a été qualifié de « vérité historique notoire, dont l'affirmation comme telle est diffamatoire »¹⁴. Autrement dit, la seule négation des crimes commis par les nazis contre les juifs peut être considérée comme une doctrine liberticide qui, par définition, est automatiquement soustraite à la protection de la liberté d'expression en vertu de l'article 17 CEDH qui punit l'abus de droit. Pour le dire de manière brève, ce recours à l'article 17 CEDH est motivé par le fait que ceux qui nient l'Holocauste sont animés de mobiles antisémites ou haineux et/ou cherchent à réhabiliter un régime criminel.

11. Un tel raisonnement trouverait difficilement à s'appliquer selon nous à d'autres événements historiques sans violer la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH ainsi que le confirme la décision du Tribunal constitutionnel espagnol n° 235/2007 du 7 novembre 2007 et la décision du Conseil constitutionnel français n° 2012-647 du 28 février 2012.

12. Dans sa décision du 7 novembre 2007, le Tribunal constitutionnel espagnol a jugé que la simple expression d'un point de vue contestant l'existence ou non de faits spécifiques, sans porter de jugement de valeur sur ceux-ci ni sur leur caractère illégal, tombait dans le champ d'application du droit à la liberté d'expression. A défaut de tout « propos haineux » et/ou de propos justifiant des actes criminels, ou encore d'incitation directe à la violence contre certains groupes, il est donc permis en droit espagnol de défendre le point de vue qu'un événement historique particulier ne constitue pas un génocide.

13. En censurant les dispositions pénales criminalisant la négation dite « simple » de tout génocide car elles n'exigeaient pas *inter alia* la démonstration d'une intention raciste et l'existence d'un danger manifeste et imminent, le jugement du Tribunal constitutionnel espagnol du 7 novembre 2007 n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour suprême américaine brièvement décrite ci-dessus. Il serait faux également d'arguer qu'elle est contraire au droit de l'UE car ce dernier n'oblige à sanctionner l'apologie, la négation ou

¹¹ L. 29 juill. 1881, art. 24 bis, réd. L. n° 90-615, 13 juill. 1990, art. 9.

¹² En 2010, la Cour de cassation a décidé de ne pas transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce sujet, car elle ne présentait pas selon la Cour de « caractère sérieux » (7 mai 2010, n° 09-80.774, *Pourvoi c/ CA Paris, 11e ch. corr., sect. A, 21 janv. 2009, n° 08/02208*). Le jugement du Conseil constitutionnel analysé aux paras. 15-17 suggère cependant que la constitutionnalité de la loi Gayssot n'est désormais nullement certaine.

¹³ *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998, § 47. Le massacre de Katyn a certes été également qualifié de « fait historique établi » (*Janowiec c. Russie*, n° 55508/07, 16 avril 2012, § 186) mais dans le cadre d'une affaire dont la problématique ne concernait aucunement la liberté d'expression.

¹⁴ Comm. EDH, 24 juin 1996, *Marais c. France*, DR 86-A.

la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre que lorsque le comportement est exercé de manière à inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe.

14. Avant d'évoquer plus amplement les dispositions pertinentes du droit de l'UE dans la seconde partie de nos observations, il paraît également pertinent d'évoquer brièvement le jugement rendu par le Conseil constitutionnel français (ci-après CCF) qui bien que mentionné dans le jugement de la deuxième section (§ 33) n'est pas véritablement analysé par cette dernière.

15. Le projet de loi déféré devant le CCF prévoyait que ceux qui contestent ou minimisent de façon outrancière l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide et reconnus comme tels par la loi française, puissent être punis d'une peine d'un an d'emprisonnement et/ou de 45 000 euros d'amende. Ce projet de loi dont la formulation est proche de la loi dite « Gayssot » du 13 juillet 1990, organisait, pour la première fois, la pénalisation de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par le Parlement français (en pratique les seuls massacres commis contre les Arméniens en 1915 ont été qualifiés de « génocide » en 2001 par ce dernier) alors que la loi Gayssot sanctionne le déni d'un génocide reconnu par une juridiction internationale (en pratique seule l'Holocauste tombe sous le coup de cette loi alors que d'autres génocides ont pourtant été reconnus par des juridictions internationales, par exemple, le génocide au Rwanda en 1994).

16. Dans sa décision, le Conseil rappelle utilement que si la liberté d'expression ne possède pas un caractère absolu, la compétence du législateur à limiter son exercice est également limitée. Autrement dit, et conformément à la jurisprudence de votre Cour, la jurisprudence du CCF exige que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté soient « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » car la liberté d'expression est un droit d'autant plus précieux « que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (Déc. n° 2012-647, cons. 5).

17. En l'espèce, le Conseil a jugé que la disposition législative ayant pour objet de punir ceux qui contestent ou minimisent l'existence d'un « génocide arménien » en 1915 n'est pas conforme au droit à la liberté d'expression dans la mesure où, pour le dire simplement, le Parlement français ne peut réprimer la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels. Cette confusion des rôles n'est pas conforme à la Constitution française. La décision du CCF suggère donc que le droit à la liberté d'expression ne saurait tolérer un parlement qui est à la fois « juge et partie » ou pour le dire autrement, qui se comporte en chambre d'énonciation de vérités historiques avant d'en organiser la sanctification par le biais de dispositions pénales qu'il a lui-même votées.

18. A la lumière du jugement du Tribunal constitutionnel espagnol du 7 novembre 2007, de la décision du Conseil constitutionnel français du 28 février 2012 et des enseignements généraux qui peuvent être tirés du droit comparé, il est soutenu ici que toute disposition juridique organisant la sanction pénale de tout propos qui se limite à contester la réalité des crimes autres que ceux commis par les nazis et plus encore, qui conteste le bien fondé du qualificatif juridique de génocide pour décrire un événement historique particulier, ne saurait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens de l'article 10 CEDH. En effet, une société démocratique ne saurait tolérer que

les pouvoirs publics substituent à la libre interprétation de l'histoire « une interprétation officielle du passé appuyée par la sanction »¹⁵.

19. Même si les événements de 1915 devaient être inclus dans la catégorie des « faits historiques clairement établis »¹⁶ sans en discuter ni le fond ni la qualification, cela ne devrait pas impliquer une qualification juridique précise. En outre, une application de l'article 17 CEDH pour justifier la sanction pénale de ceux qui en contestent la teneur serait difficilement justifiable. En effet, selon la jurisprudence de votre Cour, ceux qui nient l'Holocauste se voient priver du droit à la liberté d'expression au motif qu'ils ont des visées manifestement racistes et/ou antidémocratiques. Or, il paraît difficile de démontrer que ceux qui contestent que les crimes qui auraient été commis contre les Arméniens en 1915 constituent un « génocide » poursuivent de telles visées. Dès lors, les enseignements du droit comparé poussent à conclure qu'ils ont droit, en principe, au bénéfice de la liberté d'expression, à charge pour les pouvoirs publics de démontrer qu'une telle restriction poursuit un objectif légitime et reste notamment proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Nous soutenons toutefois que cette démonstration, en ce qui concerne les événements de 1915, ne serait être possible en pratique eu égard aux sages principes développés en particulier dans la jurisprudence de votre Cour et selon lesquels (i) la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression ; (ii) qu'il n'appartient pas à une juridiction d'arbitrer des questions historiques de fond qui relèvent de débats toujours en cours entre historiens et (iii) que le passage du temps doit être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression de toute ingérence.¹⁷

20. Cette position est conforme au droit international pertinent. Comme le souligne avec justesse le jugement de la deuxième section dans la présente affaire (§§ 25-27), l'article 19 du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques a également été interprété comme n'autorisant pas la criminalisation d'opinions concernant des faits historiques au motif qu'elles sont erronées ou offrent une interprétation incorrecte d'événements du passé.

21. Le bref exposé ci-dessus nous amène à conclure que toute disposition juridique qui autoriserait la sanction pénale de la simple contestation de l'existence ou non d'un « génocide » et plus encore, la sanction de ceux qui contestent le bien-fondé du qualificatif de génocide en référence à un événement particulier ne saurait être jugée compatible avec le droit à la liberté d'expression. Le droit comparé et le droit international nous enseignent en effet que ce droit doit être interprété comme protégeant le droit d'exprimer une opinion jugée erronée par une majorité de gens, un législateur ou encore une juridiction, même si cette opinion porte sur des faits historiques clairement établis sauf démonstration raisonnable par les pouvoirs publics que le locuteur est animée par des mobiles racistes ou visées antidémocratiques et/ou de l'existence d'un danger immédiat et manifeste pour l'ordre public. Et s'il n'est pas irraisonnable pour votre Cour de prendre en compte le contexte historique particulier propre à chaque pays lorsqu'il s'agit de déterminer la marge nationale d'appréciation qu'il convient de laisser aux autorités nationales dans

¹⁵ E. Cartier, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 528.

¹⁶ Outre l'Holocauste, votre Cour a accepté de qualifier le massacre de Katyn de « fait historique établi » (*Janowiec c. Russie*, n° 55508/07, 16 avril 2012). On notera cependant que ce précédent ne saurait qu'autoriser éventuellement la condamnation de tout pays se refusant à coopérer avec les descendants des victimes de tels crimes d'Etat mais en aucun cas à sanctionner des particuliers qui contesteraient que de tels crimes constituent un génocide au sens juridique du terme.

¹⁷ Cf. par exemple, CEDH, 29 juin 2004, *Chauvy c. France*, n° 64915/01, § 69 ; CEDH, 21 sept. 2006, *Monnat c. Suisse*, n° 73604/01, § 57.

chaque cas d'espèce, il est soutenu ici que cette marge doit être réduite lorsque des dispositions pénales punissent la contestation ou la qualification juridique d'événements ayant pris place en dehors du pays concerné.

22. Dans la mesure où l'adoption par l'UE de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal¹⁸ est cependant régulièrement citée par les partisans de la criminalisation de tout propos niant que les événements de 1915 constituent un génocide au sens juridique du terme, il convient d'en examiner les dispositions afin d'en déterminer la portée exacte même si la Suisse, à défaut de faire partie de l'UE, ne saurait être formellement liée par de telles dispositions.

II. LIBERTE D'EXPRESSION ET SANCTION DE LA CONTESTATION DE GENOCIDES EN DROIT DE L'UE

23. Sans qu'il soit possible de présenter ici de manière exhaustive le contenu de la décision-cadre 2008/913, adoptée le 28 novembre 2008, après sept années d'âpres négociations, notons en premier lieu que ce texte vise avant tout à permettre une lutte plus efficace contre les formes les plus graves de xénophobie au moyen d'un socle commun de sanctions pénales.

24. Les États membres de l'UE se sont ainsi accordés à punir *inter alia* les comportements suivants :

- l'incitation publique à la violence ou à la haine contre un groupe de personnes ou un membre de ce groupe défini par référence à la race, à la couleur, à l'ascendance ou à l'origine nationale ou ethnique ;
- la diffusion ou distribution publique d'écrits, d'images ou d'autres supports contenant des manifestations de racisme et de xénophobie ;
- l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre tels que définis dans le Statut de la Cour pénale internationale, et des crimes définis à l'article 6 de la charte du tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945, visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique,

25. De nombreux compromis et régimes dérogatoires ont cependant été obtenus par les Etats membres de l'UE les plus soucieux de protéger un ample exercice de la liberté d'expression lors de la phase de négociation de la décision-cadre.

26. Ainsi, le droit de l'UE n'oblige à punir l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre que lorsque le comportement est exercé de manière à inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe, ce qui implicitement confirme que le droit de l'UE n'oblige à punir que les seuls propos qui relèvent du « discours de haine » et non pas d'un discours qui, par exemple, s'interrogerait sur la nature juridique ou même la simple réalité de crimes commis dans le passé.

27. En vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de la décision-cadre, les États membres peuvent également choisir de ne punir que le comportement qui est (i) soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, (ii) soit menaçant, injurieux ou insultant.

¹⁸ JOUE n° L 328, p. 55

28. La décision-cadre offre également la possibilité d'adopter une déclaration pour indiquer que l'État concerné ne rendra punissable la négation ou la banalisation de génocides que s'ils ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction nationale de cet État membre et/ou une juridiction internationale, ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement. Il est donc parfaitement possible, sans violer le droit de l'UE, de ne sanctionner que la seule contestation de l'Holocauste à défaut pour un Etat de voir une juridiction nationale de cet Etat reconnaître l'existence d'un autre génocide.

29. Par ailleurs, la décision-cadre n'oblige pas à adopter des dispositions pénales spécifiques. Elle stipule plus exactement que doit être « punie » l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre lorsque le comportement est exercé de manière à inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe. Autrement dit, du moment que les autorités de l'Etat membre concerné punissent de tels propos sur la base des dispositions « standards » réprimant ce qui est désormais communément appelé le « discours de haine », le droit de l'UE est respecté.

30. Enfin, et de manière essentielle, la décision-cadre prévoit qu'elle ne saurait justifier l'adoption par des Etats membres de mesures contraires aux principes fondamentaux relatifs à la liberté d'association et à la liberté d'expression.

31. Il serait donc erroné de soutenir que le droit de l'UE rend obligatoire la criminalisation des propos qui contesteraient par exemple que les événements de 1915 constituent un « génocide » au sens juridique du terme, en particulier dans l'hypothèse où le locuteur ne conteste pas l'existence de massacres ou crimes commis à l'encontre d'un groupe particulier de personnes. Le droit de l'UE requiert plus exactement que le droit national sanctionne l'apologie, la négation ou la banalisation grossière de tout crime de génocide lorsque le propos litigieux est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un tel groupe de personnes ou d'un ou plusieurs de ses membres. La décision-cadre laisse toutefois à chaque Etat membre le soin de décider quels sont les crimes de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre reconnus par le droit national. En effet, la disposition pertinente de la décision-cadre ne fait que mentionner les articles 5, 6 et 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Ces derniers n'offrent en aucun cas une liste de génocides et autres crimes reconnus en droit international mais rappelle plus prosaïquement comment les notions de génocide, crime contre l'humanité, etc., doivent être définis d'un point de vue juridique.

32. Ce n'est pas à dire que le droit de l'UE confère à tout Etat membre un pouvoir absolu de déterminer librement et de manière rétroactive ce qui constitue un génocide et de punir la « simple » négation de l'existence d'un génocide reconnu par ce dernier. Il est certes possible pour un parlement d'adopter une loi afin de sanctionner la négation ou banalisation grossière de tout crime de génocide en cas d'incitation à la violence ou à la haine mais il appartiendra alors aux juridictions nationales et éventuellement à la Cour de justice de l'UE et/ou votre Cour de s'assurer que la loi est compatible avec le droit à la liberté d'expression. Comme le stipule clairement l'article 7 de la décision-cadre, celle-ci ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux ou être interprétée comme obligeant les États membres à prendre des mesures contraires inter alia à la liberté d'expression.

33. En dernier lieu, il convient de noter qu'à la date du 27 janvier 2014, treize Etats membres de l'UE (BE, CZ, DK, DE, EE, EL, IE, HU, NL, AT, FI, SE et UK) n'ont pas

jugé pertinent de punir spécifiquement l'apologie, la négation et la banalisation grossière publiques des crimes définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la CPI.¹⁹ Par ailleurs, quinze Etats membres (BG, DK, EE, EL, IE, ES, HR, IT, LV, MT, NL, PT, FI, SE et UK) n'ont pas jugé nécessaire d'adopter de dispositions spécifiques pénalisant l'apologie, négation et banalisation grossière publiques des crimes définis à l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945.²⁰

34. Il est possible de comprendre cette situation comme démontrant l'absence continue de consensus en Europe en ce qui concerne la compatibilité entre liberté d'expression et lois pénales spéciales punissant de manière spécifique la négation ou la banalisation des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. L'accent mis par la décision-cadre sur la nécessité de ne punir de tels comportements que lorsqu'ils sont de nature à inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe renforce a contrario la force de l'argument selon lequel le simple fait d'émettre une opinion soutenant qu'un événement historique particulier, pour tragique qu'il ait été, ne constitue pas un génocide au sens juridique du terme mais plutôt, par exemple, un crime contre l'humanité, ne saurait être compatible avec le droit à la liberté d'expression. En effet, une telle opinion ne peut s'apparenter à un propos justifiant, niant ou banalisant un génocide et si tant est qu'elle le puisse, le droit de l'UE impose en tout état de cause la démonstration de sa potentialité à inciter à la violence ou à la haine.

35. Les principes généraux développés par votre Cour en ce qui concerne la liberté de débattre des questions historiques n'apparaissent ainsi aucunement incompatibles avec le droit de l'UE. En ce qui concerne les événements tragiques de 1915, le droit de l'UE n'oblige aucunement à les qualifier de génocide plutôt que de crimes contre l'humanité, pas plus qu'il ne saurait imposer à ses Etats membres de violer le droit à la liberté d'expression.

36. Selon nous, et c'est ici un principe qui domine les jurisprudences étudiées ci-dessus, la liberté d'expression protège sans conteste le droit de nier la qualification juridique de génocide donnée aux événements de 1915 du moment que le locuteur prend soin de ne pas nier l'existence des massacres et des déplacements de populations subis par les Arméniens d'une manière qui risque de troubler l'ordre public ou incite à la haine, et/ou justifie de tels crimes. Il nous apparaît donc particulièrement faux de soutenir que la pénalisation de la négation d'un « génocide arménien » serait compatible avec la liberté d'expression et que cette pénalisation serait requise dans le cadre d'un soit disant « système européen de protection des droits de l'homme ».

37. S'il apparaît cependant légitime, et nécessaire selon les circonstances, pour tout système juridique d'organiser la sanction du discours de haine ou de tout propos justifiant ou approuvant un crime, le droit à la liberté d'expression ne saurait tolérer des « vérités historiques d'Etat » qui portent gravement atteinte à la liberté de recherche historique, et plus généralement à la liberté d'expression, sur la base d'une extension du concept pénal de génocide selon le bon vouloir de la majorité du moment ou une notion de consensus non définie juridiquement.

38. On rappellera que notre position est par ailleurs en tout point conforme à celle du Comité des droits de l'homme de l'ONU pour qui « les lois qui criminalisent l'expression

¹⁹ Rapport de la Commission relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, Bruxelles, COM(2014) 27 final, 27 janvier 2014, p. 5.

²⁰ Ibid, p. 6.

d'opinions concernant des faits historiques sont incompatibles avec les obligations que le Pacte [international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966] impose aux États parties en ce qui concerne le respect de la liberté d'opinion et de la liberté d'expression. Le Pacte ne permet pas les interdictions générales de l'expression d'une opinion erronée ou d'une interprétation incorrecte d'événements du passé. »²¹

39. Une telle conclusion n'est aucunement contraire à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965. En effet, ce texte impose à chaque Etat de punir toute diffusion d'idée fondée sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tout acte de violence ou de provocation à de tels actes, dirigé contre toute race ou tout groupe de personnes. La Convention de 1965 n'évoque pas cependant la question de la pénalisation de la négation de génocides, ce qui explique d'ailleurs le nombre de pays qui, au sein de l'UE, n'ont pas pris de dispositions spécifiques à ce titre (v. § 33 ci-dessus).

40. Il s'ensuit que l'on ne saurait utilement évoquer la Convention de 1965 pour justifier un texte de droit national qui violerait le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966. Il s'agit en effet de mettre en œuvre la Convention de 1965 mais sans aller au-delà de ce qu'elle requiert et des limites qu'elle impose. De nombreux pays, dont la Suisse, ont d'ailleurs explicitement réservé leur droit de ne prendre les mesures législatives nécessaires à la mise en œuvre de la Convention de 1965 que dans la mesure où elles ne violeraient pas en particulier la liberté d'opinion et la liberté d'association, qui sont notamment inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

41. De manière plus large, il paraît utile de rappeler que de nombreux historiens ont défendu le point de vue qu'un Etat ne saurait imposer une vérité historique par des moyens répressifs car « l'intrusion d'un pouvoir autre qu'intellectuel dans l'établissement de la vérité peut être dangereux »²², surtout lorsqu'il s'agit d'imposer une vérité particulière en ce qui concerne l'histoire d'un pays tiers.²³ Il convient plutôt, comme l'ont souligné avec force les professeurs de droit Robert et Duffar, de garantir « le droit à la liberté des opinions, même détestables » car il « est la condition de toutes les libertés. Et c'est l'honneur de la démocratie que d'admettre qu'elles s'expriment toutes même celles qui la nient. Il faut tout laisser attaquer afin qu'on puisse tout défendre »²⁴.

III. OBSERVATIONS FINALES

42. La défense de la liberté d'expression représente un enjeu fondamental pour les 130,000 Turcs de Suisse, la faculté d'exprimer librement leurs pensées et opinions, dans les limites de la CEDH et de la jurisprudence de votre Cour, étant une condition essentielle à leur intégration en tant que citoyens à part entière de la société ouverte qui les a accueillis.

²¹ Observation générale n° 34 à propos de l'article 19 du Pacte, § 49.

²² A. Grosser, « Racisme. La mémoire des crimes », *Le Monde*, 13 septembre 1990, p. 2.

²³ Notons en particulier à ce titre les prises de position de l'association « Liberté pour l'histoire » née, en 2005, sous la présidence de l'illustre historien René Rémond. Dans l'appel de Blois notamment, l'association Liberté pour l'Histoire, sous la plume de Pierre Nora, dont la réputation n'est plus à faire, il est écrit avec force que « [d]ans un État libre, il n'appartient à aucune autorité politique de définir la vérité historique et de restreindre la liberté de l'historien sous la menace de sanctions pénales » et il est demandé aux responsables politiques « de prendre conscience que, s'il leur appartient d'entretenir la mémoire collective, ils ne doivent pas instituer, par la loi et pour le passé, des vérités d'État dont l'application judiciaire peut entraîner des conséquences graves pour le métier d'historien et la liberté intellectuelle en général. »

²⁴ J. Robert, J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7^e éd., Montchrestien, 1999, p. 264.

43. Les Turcs de Suisse souhaitent pouvoir parler librement de leur pays d'origine, de son histoire, et débattre de questions controversées dans un esprit d'ouverture et de dialogue démocratique, conformément à l'analyse de droit comparé et des dispositions pertinentes du droit de l'UE offerte ci-dessus. Ils ont ainsi salué sans réserve la signature des Protocoles de Zurich de 2009, par lesquels l'Arménie et la Turquie ont décidé d'instaurer une commission d'historiens chargée d'éclairer les événements de 1915 en prélude à une réconciliation espérée par les deux Etats. Les Turcs de Suisse n'ont pu en conséquence que s'étonner du caractère paradoxal de la démarche du gouvernement suisse qui semble souhaiter à la fois la création d'une commission censée débattre librement sur son sol des événements de 1915 et l'application de sa législation pénale nationale dans un sens qui criminaliserait par avance l'énoncé possible de certains points de vue.

44. Le droit à la liberté d'expression existe pour se prémunir de l'officialisation d'une pensée unique imposée par la loi ou la menace, que ce soit par une majorité ou une minorité influente. Le recours au droit pénal aux fins de condamner certaines opinions ou pour intimider ceux qui les portent en les menaçant de poursuites judiciaires n'est en principe pas acceptable de la part d'une société démocratique et pose même problème du point de vue de la cohabitation pacifique entre communautés aux histoires nationales d'origine parfois controversées en donnant l'impression que l'Etat favoriserait certaines communautés au détriment d'autres.

45. La Fédération des Associations Turques de Suisse Romande exprime sa reconnaissance à la Cour pour l'avoir autorisée à participer à la présente cause en lui soumettant les présentes observations en tant que tiers intervenant.

Laurent PECH
Professeur de droit européen
Université de Middlesex, Londres



Yves NIDEGGER
Avocat
Barreau de Genève

