

## EEN NIEUWE UITDAGING VOOR HET HOF: STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING VOOR HET ONTKENNEN VAN DE ARMEENSE GENOCIDE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 17 december 2013  
(Raimondi (pres.), Lorenzen, Popović, Sajó, Vučinić, Pinto de Albuquerque, Keller)

Perinçek t. Zwitserland (appl. no. 27510/08) \*

**Samenvatting** | Op basis van artikel 261<sup>bis</sup> van het Zwitserse Wetboek van Strafrecht is het ontkennen, bagatelliseren of rechtvaardigen van genocide strafbaar. Tijdens diverse congressen in Zwitserland in 2005 heeft de Turkse politicus Perinçek publiekelijk de Armeense genocide gekwalificeerd als een 'internationale leugen'. Tegen de hierop volgende veroordeling tekende hij bezwaar aan bij het EHRM. Het Hof oordeelt dat Zwitserland onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er een dwingende maatschappelijke behoefte was om tot veroordeling over te gaan, nu Perinçek met zijn uitlatingen niet heeft aangezet tot haat of geweld. Daarmee heeft Zwitserland de geringe beschikbare beoordelingsruimte overschreden en artikel 10 EVRM geschonden.

**Trefwoorden** | Strafrechtelijke veroordeling ontkenning Armeense genocide, misbruik van recht, vrijheid van meningsuiting.  
[art. 10, 17 EVRM]

**Noot** | Paulien de Morree \*\*

Kluwer Navigator | NTM-NJCM Bull. 2014/23

### FEITEN

Staten noch juristen en historici zijn het erover eens of de moord op honderdduizenden Armeniërs begaan uit naam van het Ottomaanse Rijk in 1915 en de daarop volgende jaren moet worden gekwalificeerd als genocide. Turkije heeft altijd ontkend dat een dergelijke kwalificatie aan de gebeurtenissen kan worden gegeven. Dat standpunt wordt gedeeld door Doğu Perinçek, de klager in deze zaak. De in Ankara woonachtige Perinçek is doctor in de rechten en voorzitter van İŞçi Partisi, de Turkse Arbeiderspartij. Tijdens diverse congressen in Zwitserland in 2005 omschreef hij de genocide op de Armeniërs als een 'internationale leugen'. Naar aanleiding van deze uitlatingen diende de Zwitsers-Armeense Vereniging in de zomer van 2005 een aanklacht in tegen Perinçek. Op 9 maart 2007 verklaarde de politierechter van het arrondissement Lausanne Perinçek schuldig aan rassendiscriminatie in de zin van artikel 261<sup>bis</sup> van het Zwitserse Wetboek

- Deze zaak werd ook gepubliceerd in *EHRC* 2014, 60 (m.nt. Van Sasse van Ysselt).
- Mr. drs. P.E. de Morree is promovenda bij het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing van de Universiteit Utrecht.

van Strafrecht. Deze bepaling bevat een expliciete strafbaarstelling van het ontkennen, bagatelliseren of rechtvaardigen van genocide of andere misdaden tegen de menselijkheid. Bovendien heeft de Zwitserse Nationale Raad in 2003 de Armeense genocide als zodanig erkend.<sup>1</sup> De politierechter achtte de Armeense genocide daarom een bewezen feit en veroordeelde Perinçek wegens racistische uitlatingen die niet bijdroegen aan een historisch debat. In de daaropvolgende beroepsprocedure verwierp het Hof van Strafrechtelijke Cassatie van het Tribunaal van het kanton Vaud op 13 juni 2007 het beroep van Perinçek. Volgens het Hof van Strafrechtelijke Cassatie was de Armeense genocide, net als de Holocaust, een door de Zwitserse wetgever erkend historisch feit ten tijde van de totstandkoming van artikel 261<sup>bis</sup> van het Zwitserse Wetboek van Strafrecht. De veroordeling was volgens het Hof dan ook terecht. Uiteindelijk verwierp ook het Federale Tribunaal op 12 december 2007 het beroep van Perinçek, die daarmee als eerste persoon in Zwitserland is veroordeeld wegens het ontkennen van de Armeense genocide. Het Federale Tribunaal wees erop dat de tekst van artikel 261<sup>bis</sup>, paragraaf 4, van het Zwitserse Wetboek van Strafrecht niet refereert aan een specifieke historische gebeurtenis. De bepaling ziet dus net zo goed op de ontkenning van andere genociden dan de Holocaust. Hieronder vallen ook de gebeurtenissen uit 1915, die door de politierechter in eerste aanleg op basis van de algemene en academische consensus terecht werden gekwalificeerd als genocide, aldus het Tribunaal.

## PROCESVERLOOP

Perinçek heeft zich op 10 juni 2008 tot het Hof in Straatsburg gewend met in de eerste plaats een beroep op artikel 10 EVRM. Hij stelt dat zijn strafrechtelijke veroordeling een schending betekent van zijn vrijheid van meningsuiting. In de eerste plaats klaagt hij dat zijn veroordeling op basis van artikel 261<sup>bis</sup> van het Zwitserse Wetboek van Strafrecht onvoldoende voorzienbaar was. Bovendien zou de beperking van zijn vrijheid van meningsuiting geen legitiem doel dienen en niet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het subsidiaire beroep van Perinçek op artikel 7 EVRM, vanwege de vage bewoording van artikel 261bis, alinea 4, is reeds aan de orde gekomen tijdens de beoordeling van deze bepaling in het licht van artikel 10 EVRM en wordt dus niet apart door het Hof behandeld. Het beroep van de klager op de artikelen 6, 14, 17 en 18 EVRM acht het Hof kennelijk ongegrond en wordt verworpen. Tot slot heeft op 11 maart jl. het Zwitserse *Bundesamt für Justiz* in een persbericht laten weten een verzoek te hebben ingediend voor een behandeling van de zaak door de Grote Kamer.<sup>2</sup> Ten tijde van de afronding van deze noot was dit verzoek nog aanhangig.

- 1 Erkend naar aanleiding van een postulaat (een soort motie) op initiatief van parlementslid De Buman (nr. 02.3069), geaccepteerd door de Nationale Raad (*Conseil national*) op 16 december 2003, zie par. 16 van de uitspraak.
- 2 <http://bj.admin.ch/content/bj/en/home/dokumentation/medieninformatioen/2014/2014-03-11.html>.

## UITSPRAAK

## EN DROIT

## I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

(...)

## A. Sur la recevabilité

## 1. Sur l'application de l'article 17 de la Convention

## a. Les principes applicables

42. La Cour rappelle que l'article 17 lui permet de déclarer irrecevable une requête si elle estime que l'une des parties à la procédure invoque les dispositions de la Convention pour se livrer à un abus de droit. Cet article est libellé comme il suit:

« 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. »

43. La Cour constate que le gouvernement défendeur ne plaide pas que la requête tombe dans le champ d'application de l'article 17. Elle juge néanmoins opportun d'examiner si les propos du requérant devraient être exclus de la protection de la liberté d'expression en vertu de cette disposition.

44. La Cour rappelle d'emblée que « l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention; qu'ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés visés (...) » (*Lawless c. Irlande*, 1er juillet 1961, § 7, série A n° 3).

45. La Cour a jugé en particulier qu'un « propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention » se voit soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 (voir *Lelideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 53 et 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII, ou *Orban et autres c. France*, no 20985/05, § 34, 15 janvier 2009). Ainsi, dans l'affaire *Garaudy c. France* ((déc.), no 65831/01, CEDH 2003-IX (extraits)), relative notamment à la condamnation pour contestation de crimes contre l'humanité de l'auteur d'un ouvrage remettant en cause de manière systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis contre la communauté juive, la Cour a conclu à l'incompatibilité *rationae materiae* avec les dispositions de la Convention du grief qu'en tirait l'intéressé sur le terrain de l'article 10. Elle a fondé cette conclusion sur le constat que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son « but », avaient un caractère négationniste marqué et allaient donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention que sont la justice et la paix; elle a ensuite déduit de ce constat que le requérant tentait de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. Elle est parvenue à cette même conclusion dans les décisions *Norwood c. Royaume-Uni* (n° 23131/03, 16 novembre 2004) et *Ivanov c. Russie* ((déc.), n° 35222/04, 20 février 2007)), qui concernaient l'usage de la liberté d'expression dans des buts islamophobe et antisémite, respectivement.

46. La Cour rappelle qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations (*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 30, série A n° 298). Elle estime à cet égard 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. 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. Les discours politiques qui 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 (*Féret c. Belgique*, no 15615/07, § 73, 16 juillet 2009).

47. Dans l'affaire *Leroy c. France* (n° 36109/03, 2 octobre 2008), la Cour a dit que l'expression litigieuse ne rentrait pas dans le champ d'application des publications qui se verraient soustraites par l'article 17 de la Convention à la protection de l'article 10. D'une part, publiée sous la forme humoristique certes controversée d'une caricature, le message de fond visé par le requérant – la destruction de l'impérialisme américain – ne visait pas la négation de droits fondamentaux et n'avait pas d'égal avec des propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention tels que le racisme, l'antisémitisme (*Garaudy*, précité, et *Ivanov*, précité) ou l'islamophobie (*Norwood*, précité). D'autre part, nonobstant la qualification d'apologie de terrorisme retenue par les juridictions nationales, la Cour a estimé que le dessin litigieux et le commentaire qui l'accompagnait ne constituaient pas une justification à ce point non équivoque de l'acte terroriste qui les auraient fait échapper à la protection garantie par l'article 10 de la liberté de la presse (§ 27). Enfin, l'offense faite à la mémoire des victimes des attentats du 11 septembre 2001 à travers la publication litigieuse devait être examinée à la lumière du droit, non absolu, protégé par l'article 10 de la Convention; la Cour avait déjà examiné la teneur de propos similaires sous l'angle de cette disposition (*Kern c. Allemagne* (déc.), n° 26870/04, 29 mai 2007).

48. Enfin, dans l'affaire *Molnar c. Roumanie* ((déc.), n° 16637/06, 23 octobre 2012), la Cour a dû trancher le cas d'une personne qui avait été condamnée pour avoir distribué des matériaux de propagande visuelle (des affiches) avec un contenu qui incitait à la haine interethnique, à la discrimination et à l'anarchie. La Cour estima qu'en l'espèce, les affiches retrouvées chez le requérant contenaient différents messages qui exprimaient les opinions de l'intéressé. Si certains de ces messages ne choquaient pas par leur contenu, d'autres pouvaient contribuer, surtout dans le contexte roumain, à entretenir des tensions au sein de la population. A cet égard, la Cour a relevé plus particulièrement les messages qui faisaient des références à la minorité rom et à la minorité homosexuelle. Par leur contenu, ces messages visaient à instiguer à la haine contre ces minorités, étaient de nature à troubler gravement l'ordre public et allaient à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention et d'une société démocratique. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes étaient incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme de sorte qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention.

#### b. L'application des principes au cas d'espèce

49. A la lumière de cette jurisprudence, la Cour va rechercher s'il convient 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. Il ressort des arrêts et décisions cités qu'il s'agit d'une mesure que la Cour n'a que très rarement appliquée.

50. Le gouvernement turc estime d'emblée que la présente requête ne peut pas être déclarée irrecevable en vertu de l'article 17 de la Convention, dont le gouvernement suisse n'a par ailleurs jamais demandé l'application.

51. La Cour admet que certains des propos du requérant étaient susceptibles de provoquer. Les mobiles qu'avait le requérant à commettre l'infraction ont été qualifiés de « nationalistes » et « racistes » par les tribunaux internes (arrêt du Tribunal fédéral, consid. 5.2, paragraphe 13 ci-dessus). Abordant les événements litigieux, le requérant s'est notamment référé dans ses conférences à la notion de « mensonge international ». Or, la Cour rappelle tout d'abord que les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent sont elles aussi protégées par l'article 10. Ensuite, elle juge important que le requérant n'a jamais contesté qu'il y a eu des massacres et des déportations pendant les années en cause. Ce qu'il nie, en revanche, c'est la seule qualification juridique de « génocide » donnée à ces événements.

52. Il ressort de la jurisprudence citée ci-dessus (paragraphe 44-50) 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. La Cour estime que le rejet de la qualification juridique des événements de 1915 n'était pas de nature en lui-même à inciter à la haine contre le peuple arménien. De toute façon, l'intéressé n'a été ni poursuivi ni puni pour incitation à la haine, qui est une infraction distincte en vertu de l'alinéa premier de l'article 261<sup>bis</sup> du code pénal (paragraphe 14 ci-dessus). Il n'apparaît pas non plus que le requérant ait exprimé du mépris à l'égard des victimes des événements en cause. Dès lors, la Cour estime que le requérant n'a pas usurpé son droit de débattre ouvertement des questions, même sensibles et susceptibles de déplaire. 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.

53. Certes, le Tribunal correctionnel a retenu que le requérant se réclamait lui-même de Talat Pacha, qui était selon ce tribunal l'un des initiateurs, des instigateurs et des moteurs du génocide des Arméniens. La Cour n'exclut pas que cette identification, dans une certaine mesure, avec les auteurs des atrocités soit assimilable à une tentative de justification des actes commis par l'Empire ottoman (voir, dans ce sens, l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol n° 235/2007, paragraphes 38-40 ci-dessus). Cependant, elle ne s'estime pas obligée de répondre à cette question étant donné que le requérant n'a été ni poursuivi ni puni pour avoir cherché à « justifier » un génocide au sens de l'alinéa 4 de l'article 261<sup>bis</sup> du code pénal.

54. Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait prétendre que le requérant ait 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. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention.

## 2. Conclusions relatives à la recevabilité

55. La Cour constate par ailleurs que le grief tiré de l'article 10 n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

## B. Sur le fond

### 1. Existence d'une ingérence

(...)

### 2. Justification de l'ingérence

(...)

#### a. « Prévues par la loi »

##### i. Les thèses des parties

(...)

##### ii. L'appréciation de la Cour

###### - Les principes applicables

66. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle les mots « prévues par la loi » non seulement imposent que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause: ainsi, celle-ci doit être accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets (voir, parmi plusieurs autres, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, § 52, CEDH 2001-VI; *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 52, CEDH 2000-V; *Gawêda c. Pologne*, n° 26229/95, § 39, CEDH 2002-II, et *Maestri c. Italie* [GC], n° 39748/98, § 30, CEDH 2004-I). Toutefois, il appartient aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter

et d'appliquer le droit interne (*Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 59, Recueil 1998-II, et *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29, série A n° 176-A).

67. L'une des exigences découlant de l'expression « prévue par la loi » est la prévisibilité. On ne peut donc considérer comme « une loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience révèle qu'une telle certitude est hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi, beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (*Rekvenyi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, § 34, CEDH 1999-III; *Sunday Times c. Royaume Uni* (n° 1), 26 avril 1979, § 49, série A n° 30; et *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 40, série A n° 260-A).

68. Le niveau de précision de la législation interne – qui ne peut en aucun cas prévoir toutes les hypothèses – dépend dans une large mesure du contenu de la loi en question, du domaine qu'elle est censée couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui elle est adressée (*Rekvenyi*, précité, § 34, et *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 48, série A n° 323). Compte tenu de la nature générale des dispositions constitutionnelles, le niveau de précision requis de ces dispositions peut être inférieur à celui exigé de la législation ordinaire (*Rekvenyi*, précité, § 34).

- *L'application des principes susmentionnés au cas d'espèce*

69. S'agissant des circonstances de l'espèce, il n'est pas contesté que la condamnation du requérant est fondée sur un texte accessible, à savoir l'article 261<sup>bis</sup>, alinéa 4, du code pénal (...). En revanche, le requérant soutient que cette disposition ne présente pas le degré de précision et de prévisibilité requis par la Cour. Celle-ci est dès lors amenée à examiner si, dans les circonstances concrètes de l'espèce, le requérant pouvait prévoir que des propos tenus lors des conférences tenues en Suisse pussent donner lieu à une enquête, voire à une condamnation pénale sur la base de la disposition mentionnée.

70. Selon le Tribunal fédéral, une interprétation littérale et grammaticale de la disposition litigieuse permet de constater que la loi ne renvoie à aucun événement historique précis. En effet, l'article 261<sup>bis</sup>, alinéa 4, du code pénal mentionne « un » génocide et « d'autres crimes contre l'humanité ». La loi n'exclurait donc pas la répression de la négation de génocides autres que celui commis par le régime nazi; elle ne qualifierait pas non plus expressément la négation du génocide arménien d'acte de discrimination raciale sur le plan pénal (voir consid. 3.1 de l'arrêt du Tribunal fédéral, ...). La même conclusion semble pouvoir être tirée de l'interprétation historique de la norme (voir consid. 3.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral).

71. La Cour estime que le terme « un génocide » utilisé à l'article 261<sup>bis</sup>, alinéa 4, du code pénal est susceptible de soulever des doutes quant à la précision exigée par l'article 10 § 2 de la Convention. Elle est néanmoins d'avis que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la sanction pénale était prévisible pour le requérant. En effet, celui-ci, docteur en droit et personnalité politique avisée, aurait pu se douter qu'il s'exposerait à d'éventuelles sanctions pénales en tenant ce type de discours en Suisse, le Conseil national suisse ayant reconnu l'existence du génocide arménien en 2002 (...). Par ailleurs, le requérant reconnaît lui-même avoir eu connaissance de la norme suisse sanctionnant la négation en public d'un génocide, ajoutant qu'« il ne changerait jamais de position, même si une commission neutre affirmait un jour que le génocide des Arméniens a bel et bien existé » (voir consid. 6 de l'arrêt du Tribunal fédéral). Partant, la Cour partage l'avis du Tribunal fédéral selon lequel, dans ces circonstances, le requérant n'ignorait pas qu'en qualifiant le génocide arménien de « mensonge international », il s'exposait, sur le territoire suisse, à une sanction pénale (...).

72. En conclusion, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse était « prévue par la loi » au sens du second paragraphe de l'article 10 de la Convention.

## b. But légitime

(...)

## c. « Nécessaire dans une société démocratique »

## i. Les thèses des parties

(...)

## ii. L'appréciation de la Cour

- Les principes applicables

## α) En général

98. Les principes généraux permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence donnée dans l'exercice de la liberté d'expression ont été résumés dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* ([GC], n° 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) et rappelés plus récemment dans l'arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* ([GC], n° 16354/06, § 48, CEDH 2012 et *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], n° 48876/08, § 100, 22 avril 2013):

- « i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...).
- ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.
- iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...). »

## β) Quant au débat et à la recherche historiques

99. La Cour rappelle par ailleurs que, si la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression, il ne lui revient pas d'arbitrer des questions historiques qui relèvent d'un débat toujours en cours entre historiens (voir, *mutatis mutandis*, *Chauvy et autres*, précité, § 69, et *Lehideux et Isorni*, précité, § 47). En revanche, elle a pour tâche d'examiner si, en l'espèce, les mesures litigieuses étaient proportionnées au but poursuivi (*Monnat c. Suisse*, n° 73604/01, § 57, CEDH 2006-X).

100. Il convient de rappeler ensuite que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (*Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil* 1996-V, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 42, série A n° 103; *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 43, série A n° 236, et *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, § 63, série A n° 239).

101. La Cour rappelle par ailleurs que, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, elle doit considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos reprochés au requérant et le contexte dans lequel celui-ci les a tenus (*Lingens*, précité, § 40, et *Chauvy et autres*, précité, § 70).

102. Le principe précité selon lequel l'article 10 protège également les informations ou idées susceptibles de heurter, choquer ou inquiéter vaut également lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, du débat historique, « dans un domaine où la certitude est improbable » (voir, *Monnat*, précité, § 63) et la controverse toujours actuelle (*Lehideux et Isorni*, précité, § 55).

103. En ce qui concerne le débat sur les questions historiques, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que le recul du temps fait qu'il ne conviendrait pas, après l'écoulement de nombreuses années, d'appliquer à certains propos sur des événements historiques la même sévérité que seulement quelques années auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire (*Monnat*, précité, § 64, et *Lehideux et Isorni*, précité, § 55; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Editions Plon c. France*, n° 58148/00, § 53, CEDH 2004-IV; dans ce dernier arrêt, la Cour a rappelé le principe selon lequel le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une interdiction, par exemple d'un livre).

104. En ce qui concerne la « proportionnalité » d'une ingérence, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération (voir, par exemple, *Chauvy et autres*, précité, § 78).

γ) La jurisprudence 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. Dans de nombreuses affaires, notamment contre la Turquie, les requérants s'étaient plaints de leur condamnation pour avoir tenu un discours de haine ou incité à la violence. Ci-dessous ne sont mentionnés que certains exemples pertinents pour le cas d'espèce.

106. Dans l'affaire *Erdoğdu et İnce c. Turquie* ([GC], n° 25067/94 et 25068/94, CEDH 1999-IV), les requérants furent condamnés pour avoir diffusé de la propagande séparatiste par le biais de la revue dont l'un était rédacteur en chef et l'autre journaliste (§ 48). La Cour a constaté que la revue avait fait paraître un entretien avec un sociologue turc dans lequel celui-ci exposait son point de vue sur des changements possibles d'attitude de l'État turc sur la question kurde. Elle a estimé que l'entretien revêtait un caractère analytique et ne contenait aucun passage pouvant passer pour une incitation à la violence. Il lui était apparu qu'en l'espèce les autorités nationales n'avaient pas suffisamment pris en compte le droit du public de se voir communiquer un autre point de vue sur la situation dans le Sud-Est de la Turquie, aussi désagréable que cela puisse être pour elles.

Selon la Cour, les motifs avancés par la cour de sûreté de l'État d'Istanbul pour condamner les requérants, bien que pertinents, ne pouvaient être considérés comme suffisant à justifier les ingérences dans leur droit à la liberté d'expression (§ 52).

107. Dans l'affaire *Gündüz c. Turquie* (n° 35071/97, CEDH 2003-XI), le requérant fut sanctionné pour des déclarations qualifiées par les juridictions internes de « discours de haine ». A la lumière des instruments internationaux et de sa propre jurisprudence, la Cour a notamment souligné que la tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il peut donc en principe être jugé nécessaire, dans une société démocratique, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi (§ 40).



La Cour a observé que l'émission en question était consacrée à la présentation d'une secte dont les adeptes attiraient l'attention du grand public. Pour elle, les propos tenus par le requérant dénotaient une attitude intransigeante et un mécontentement profond face aux institutions contemporaines de Turquie, telles que le principe de laïcité et la démocratie. Examinés dans leur contexte, ils ne pouvaient toutefois pas passer pour un appel à la violence ni pour un discours de haine fondé sur l'intolérance religieuse (§ 48). Le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne pouvait passer pour un « discours de haine » (§ 51).

108. Dans l'affaire *Erbakan c. Turquie* (n° 59405/00, 6 juillet 2006), le requérant fut jugé coupable pour avoir prononcé un discours public dans lequel il aurait tenu des propos incitant en particulier à la haine et à l'intolérance religieuse (§ 59). La Cour a considéré que les propos – à les supposer réellement prononcés – tenus par un homme politique célèbre lors d'un rassemblement public révélaient davantage une vision de la société structurée exclusivement autour des valeurs religieuses et paraissaient ainsi difficilement conciliables avec le pluralisme qui caractérise les sociétés actuelles où se confrontent les groupes les plus divers (§ 62). Soulignant que la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, elle a estimé qu'il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance (§ 64).

Cependant, vu le caractère fondamental du libre jeu du débat politique dans une société démocratique, la Cour a conclu que les motifs avancés pour justifier la nécessité des poursuites engagées contre le requérant n'étaient pas suffisants pour la convaincre que l'ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé à la liberté d'expression fût « nécessaire dans une société démocratique ».

109. Dans l'affaire *Dink c. Turquie* (n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, 14 septembre 2010), le requérant fut déclaré coupable de dénigrement de la « turcité » (*Türklük*). La Cour releva en premier lieu que l'examen de la série d'articles dans laquelle le requérant avait tenu les propos contestés faisait clairement apparaître que ce qu'il qualifiait de « poison » était la « perception du Turc » chez les Arméniens, ainsi que le caractère « obsessionnel » de la démarche de la diaspora arménienne visant à faire reconnaître par les Turcs que les événements de 1915 constituaient un génocide. Elle constata que Fýrat Dink soutenait que cette obsession, qui faisait que les Arméniens se sentaient toujours « victimes », envenimait la vie des membres de la diaspora arménienne et les empêchait de développer leur identité sur des bases saines. La Cour en a déduit, contrairement à la thèse du gouvernement turc, que ces affirmations, qui ne visaient en rien « les Turcs », ne pouvaient être assimilées à un discours de haine (§ 128).

La Cour a aussi pris en compte le fait que le requérant s'exprimait en sa qualité de journaliste et rédacteur en chef d'un journal bilingue turco-arménien, traitant de questions relatives à la minorité arménienne, dans le cadre de son rôle d'acteur de la vie politique turque. Lorsque Fýrat Dink exprimait son ressentiment face aux attitudes qu'il considérait comme une négation des incidents de 1915, il ne faisait que communiquer ses idées et opinions sur une question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique. La Cour a jugé primordial dans une telle société que le débat engagé relatif à des faits historiques d'une particulière gravité puisse se dérouler librement. Elle a par ailleurs rappelé que « la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression » et « qu'il ne lui revient pas d'arbitrer » une question historique de fond qui relève d'un débat public toujours en cours. De plus, selon elle, les articles rédigés par Fýrat Dink n'avaient aucun caractère « gratuitement offensant », ni injurieux et ils n'incitaient ni à l'irrespect ni à la haine (§ 135, avec références à la jurisprudence).

Dès lors, déclarer Fýrat Dink coupable de dénigrement de la « turcité » ne correspondait à aucun « besoin social impérieux ».

110. Il convient encore d'évoquer l'affaire *Cox c. Turquie* (n° 2933/03, 20 mai 2010), bien qu'elle se distingue des affaires précitées. La requête avait été introduite par une ressortissante américaine qui enseigna, dans les années 1980, dans deux universités turques. En 1986, elle fut expulsée de Turquie et fit l'objet d'une interdiction du territoire pour avoir déclaré devant des étudiants et des collègues que « les Turcs [avaient] assimilé les Kurdes » et « expulsé et massacré les Arméniens ». Elle fut expulsée à deux autres reprises. En 1996, elle engagea une procédure tendant à l'obtention de la levée de l'interdiction, mais fut déboutée.

La Cour a constaté que la requérante n'avait pas pu retourner dans le pays en raison de ses déclarations controversées sur des questions kurdes et arméniennes qui suscitaient encore un débat enflammé, non seulement en Turquie mais aussi au niveau international.

La Cour a cependant conclu qu'il était impossible de déterminer, à partir du raisonnement des juridictions nationales, en quoi les opinions de l'intéressée étaient préjudiciables à la sécurité nationale de la Turquie. Par ailleurs, la Cour ne pouvait pas admettre que « la situation litigieuse ne [relevait] pas du champ d'application d'un droit fondamental de la requérante ». Dès lors qu'il n'avait jamais été dit que l'intéressée avait commis une infraction ni été montré qu'elle avait pris part à une activité pouvant clairement être perçue comme préjudiciable à la Turquie, les raisons avancées par les juridictions nationales ne pouvaient passer pour une justification suffisante et pertinente de l'atteinte à son droit à la liberté d'expression.

- *L'application des principes au cas d'espèce*

111. La Cour estime important 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 », au sens de l'article l'art. 261<sup>bis</sup>, alinéa 4, du code pénal. Il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit national (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lehideux et Isorni*, précité, § 50). La Cour a seulement pour tâche de contrôler sous l'angle de l'article 10 les décisions rendues par les juridictions nationales compétentes en vertu de leur pouvoir d'appréciation.

Afin d'examiner si la condamnation du requérant était commandée par un « besoin social impérieux », il lui faut mettre en balance, d'une part, 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. Il convient en particulier d'examiner si l'ingérence litigieuse, à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce, était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités internes pour la justifier paraissent pertinents et suffisants.

α) La nature du discours du requérant et la marge d'appréciation dont jouissaient les tribunaux internes

112. La Cour note qu'il n'est pas contesté que le thème de la qualification de « génocide » des événements en 1915 et dans les années suivantes revêt un intérêt important pour le public. Les interventions du requérant s'inscrivaient dans un débat controversé et animé. S'agissant de la nature du discours tenu par lui, la Cour rappelle qu'il est docteur en droit et président général du Parti des travailleurs de Turquie. En outre, il se considère comme historien et écrivain. Bien que les instances internes aient qualifié ses propos plus « nationalistes » et « racistes » qu'historiques (consid. 5.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral, paragraphe 13 ci-dessus), l'essence des déclarations et des thèses du requérant s'inscrit néanmoins 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. En outre, le requérant s'est exprimé aussi 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, pays dont le peuple a été victime de massacres et de déportations. Portant sur la qualification d'un crime, cette question avait aussi une connotation juridique. Partant, la Cour estime que le discours du requérant était de nature à la fois historique, juridique et politique.

113. Compte tenu de ce qui précède et notamment de l'intérêt public que revêt le discours du requérant, la Cour estime que la marge d'appréciation des autorités internes était réduite.

β) Méthode adoptée par les instances internes pour fonder la condamnation du requérant: la notion de « consensus »

114. Le motif essentiel exposé par les tribunaux suisses et le gouvernement défendeur tient au « consensus général » qui semble exister dans la communauté, notamment scientifique, à propos de la qualification

juridique des événements en question. La Cour ne conteste pas qu'il revient au premier chef aux autorités nationales, et tout particulièrement aux instances juridictionnelles, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (*Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33, § 46). Elle estime néanmoins opportun d'ajouter ce qui suit à propos de l'emploi par les instances internes de la notion de « consensus ».

115. Le Tribunal fédéral a lui-même admis qu'il n'existe pas d'unanimité au sein de la collectivité quant à la qualification juridique litigieuse. Le requérant et le gouvernement turc invoquent de nombreuses sources, non contestées par le gouvernement défendeur, qui font état d'avis divergents. Selon eux, on ne saurait que très difficilement parler d'un « consensus général ». La Cour partage cet avis, rappelant que même au sein des organes politiques de la Suisse il existe une différence de points de vue: tandis que le Conseil national, c'est-à-dire la chambre basse du parlement fédéral, a officiellement reconnu le génocide arménien, le Conseil fédéral a refusé de le faire à plusieurs reprises (voir consid. 4.2 et 4.5 de l'arrêt du Tribunal fédéral, ...). Par ailleurs, il apparaît qu'actuellement seule une vingtaine d'États (sur plus de 190 États dans le monde) ont officiellement reconnu le génocide arménien. Parfois, à l'instar de la Suisse, la reconnaissance ne vient même pas du gouvernement de ces États, mais seulement de leur parlement ou de l'une des chambres de celui-ci (voir, à cet égard, la déclaration de certains membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en date du 24 avril 2013, ...).

116. Par ailleurs, la Cour estime, avec le requérant, que le « génocide » est une notion de droit bien définie. Il s'agit d'un fait internationalement illicite qualifié qui peut de nos jours engager la responsabilité aussi bien de l'État, en vertu de l'article 2 de la Convention de 1948 (...), que celle d'un individu sur la base, notamment, de l'article 5 du Statut de Rome (...). Selon la jurisprudence de la CIJ et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (paragraphe 21-23 ci-dessus), pour que soit constituée l'infraction de génocide, les membres d'un groupe visé ne doivent pas seulement être pris pour cible à cause de leur appartenance à ce groupe, mais il faut en même temps que les actes commis soient accomplis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe comme tel (*dolus specialis*). Il s'agit donc d'une notion de droit très étroite, dont la preuve est par ailleurs difficile à apporter. La Cour n'est pas convaincue que le « consensus général » auquel se sont référés les tribunaux suisses pour justifier la condamnation du requérant puisse porter sur ces points de droit très spécifiques.

117. 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 (voir, dans ce sens, l'arrêt n° 235/2007 du Tribunal constitutionnel espagnol, paragraphes 38-40 ci-dessus). A cet égard, la présente espèce se distingue clairement des affaires qui portaient sur la négation des crimes de l'Holocauste (voir, par exemple, l'affaire *Robert Faurisson c. France*, tranchée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies le 8 novembre 1996, Communication n° 550/1993, doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996)). Premièrement, les requérants dans ces affaires avaient non pas contesté la simple qualification juridique d'un crime, mais nié des faits historiques, parfois très concrets, par exemple l'existence des chambres à gaz. Deuxièmement, les condamnations pour les crimes commis par le régime nazi, dont ces personnes niaient l'existence, avaient une base juridique claire, à savoir l'article 6, alinéa c), du Statut du Tribunal militaire international (de Nuremberg), annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 (paragraphe 19 ci-dessus). Troisièmement, les faits historiques remis en cause par les intéressés avaient été jugés clairement établis par une juridiction internationale.

118. Par conséquent, la Cour estime que la méthode adoptée par les instances internes pour fonder la condamnation est sujette à caution.

γ) Quant à l'existence ou non d'un besoin social impérieux

119. La Cour estime avoir démontré sous l'angle de la question de l'application de l'article 17 de la Convention que les propos du requérant n'étaient pas susceptibles d'inciter à la haine ou à la violence (paragraphe 51-54 ci-dessus). Par ailleurs, elle partage l'avis du gouvernement turc selon lequel la négation de l'Holocauste est aujourd'hui le moteur principal de l'antisémitisme. En effet, elle estime qu'il s'agit d'un phénomène qui est encore d'actualité et contre lequel la communauté internationale doit faire preuve de

fermeté et de vigilance. On ne saurait affirmer que le rejet de la qualification juridique de « génocide » pour les événements tragiques intervenus en 1915 et dans les années suivantes puisse avoir les mêmes répercussions.

120. L'étude de l'Institut suisse de droit comparé du 19 décembre 2006, mentionnée ci-dessus (...), produite devant la Cour par le gouvernement suisse, révèle par ailleurs que parmi les 16 pays analysés, seuls deux, à savoir le Luxembourg et l'Espagne, incriminaient alors généralement, sans se limiter aux crimes commis par le régime nazi, la négation de génocide. Tous les autres États n'ont apparemment pas ressenti un « besoin social impérieux » de prévoir une telle législation. A cet égard, la Cour estime, à l'instar du gouvernement turc, que la Suisse n'a pas prouvé en quoi il existerait chez elle un besoin social plus fort que dans d'autres pays de punir une personne pour discrimination raciale sur la base de déclarations contestant la simple qualification juridique de « génocide » de faits survenus sur le territoire de l'ancien Empire ottoman en 1915 et dans les années suivantes.

121. Par ailleurs, depuis la publication de cette étude, en 2006, deux développements importants sont intervenus. Tout d'abord, par un arrêt du 7 novembre 2007 (n° 235/2007), le Tribunal constitutionnel espagnol a jugé inconstitutionnelle l'infraction de la « négation » du génocide visée au premier sous-alinéa de l'article 607.2 du code pénal (...). Elle a notamment estimé que la simple négation d'un crime de génocide ne supposait pas une incitation directe à la violence et que la simple diffusion de conclusions quant à l'existence ou non de faits spécifiques, sans porter un jugement de valeur sur ceux-ci ni sur leur caractère illégal, était protégé par la liberté scientifique (...).

122. Ensuite, le Conseil constitutionnel français a déclaré anticonstitutionnelle la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi (...). Elle l'a notamment jugée contraire à la liberté d'expression et à la liberté de recherche, précisant que la « liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés, que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (consid. 5) » et qu'« en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication (consid. 6). »

123. Même s'il ne s'agit pas formellement de précédents s'imposant à elle, la Cour ne saurait rester insensible à ces deux développements. Elle rappelle à cet égard que la France a reconnu explicitement le génocide arménien par une loi de 2001 (...). Elle estime que la décision du Conseil constitutionnel montre parfaitement qu'il n'y a à 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. Les États qui ont reconnu le génocide arménien – pour la grande majorité d'entre eux par le biais de leurs parlements – n'ont par ailleurs pas jugé nécessaire d'adopter des lois prévoyant une répression pénale, conscients 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.

124. Par ailleurs, la Cour rappelle que le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans le cadre de son Observation générale n° 34, rendue en 2011 et consacrée à la liberté d'opinion et d'expression au sens de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a exprimé sa conviction selon laquelle « les lois qui criminalisent l'expression d'opinions concernant des faits historiques sont incompatibles avec les obligations que le Pacte impose aux États parties (...). » (paragraphe 49 de l'Observation générale; ...). Le Comité s'est également montré convaincu que le « Pacte ne permet pas les interdictions générales de l'expression d'une opinion erronée ou d'une interprétation incorrecte d'événements du passé » (*ibid.*).

125. Enfin, il convient également de rappeler que le cas d'espèce est la première condamnation d'une personne sur la base de l'article 261<sup>bis</sup> du code pénal dans le contexte des événements arméniens. Par ailleurs, le requérant, avec 11 autres ressortissants turcs, a été acquitté le 14 septembre 2001 par le tribunal d'arrondissement de Berne-Laupen des chefs d'accusation de négation de génocide au sens de cette disposition, faute d'intention de discriminer chez les accusés.

126. Compte tenu de ce qui précède, la Cour doute que la condamnation du requérant ait été commandée par un « besoin social impérieux ».

#### δ) Proportionnalité de la mesure au but visé

127. La Cour rappelle également que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence (voir, par exemple, *Chauvy et autres c. France*, précité, § 78). Par ailleurs, elle doit veiller à ce que la sanction ne constitue pas une espèce de censure qui conduirait à s'abstenir d'exprimer des critiques. Dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général, pareille sanction risque de dissuader de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité (dans ce sens *Stoll*, précité, § 154). A cet égard, il peut arriver que la condamnation même importe plus que le caractère mineur de la peine infligée (voir, par exemple, *Jersild*, précité, § 35, ou *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97, § 36, CEDH 2000-X).

128. En l'espèce, le requérant a été condamné à une peine de 90 jours-amende à 100 CHF, assortie d'un sursis de deux ans, au paiement d'une amende de 3 000 CHF, qui était substituable par 30 jours de privation de liberté, ainsi qu'au paiement d'une indemnité pour tort moral de 1000 CHF en faveur de l'association Suisse-Arménie. La Cour estime que même si ces sanctions, dont l'une peut être convertie en une mesure privative de liberté, sont d'une gravité relative, elles sont néanmoins susceptibles d'avoir les effets dissuasifs décrits ci-dessus.

#### e) Conclusions

129. Compte tenu de ce qui précède et notamment à la lumière des éléments de droit comparé, la Cour considère que les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier la condamnation du requérant ne sont pas tous pertinents et, considérés dans leur ensemble, s'avèrent insuffisants. Les instances internes n'ont pas démontré en particulier que la condamnation du requérant répondait à un « besoin social impérieux » ni qu'elle était nécessaire, dans une société démocratique, pour la protection de l'honneur et les sentiments des descendants des victimes des atrocités qui remontent aux années 1915 et suivantes. Les instances internes ont donc dépassé la marge d'appréciation réduite dont elles jouissaient dans le cas d'espèce, qui s'inscrit dans un débat revêtant un intérêt public certain.

130. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

(...)

#### OPINION DE PARTIE DISSIDENTE DES JUGES VUÈINIĆ ET PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

1. L'affaire *Perinçek* soulève deux questions juridiques fondamentales que la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) n'a jamais traitées: la reconnaissance internationale du génocide des Arméniens et l'incrimination de la négation de ce génocide. Tout en étant convaincus que des questions d'une telle ampleur requièrent un arrêt de la Grande Chambre, nous voudrions les examiner de manière aussi approfondie qu'il est possible de le faire dans les limites étroites de la présente opinion. Bien que nous doutions grandement de la recevabilité du grief du requérant au regard de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention), nous avons finalement accepté de l'examiner au fond afin de considérer tous les arguments juridiques avancés par l'intéressé sur le terrain de l'article 10 de la Convention. Nous ne voulons pas, en effet, éviter de nous pencher sur des questions juridiques épineuses au prétexte que les déclarations litigieuses sont en elles-mêmes contraires aux valeurs qui sous-tendent la Convention, comme celles considérées en l'espèce semblent l'être *prima facie*. Quoi qu'il en soit, après mûre réflexion, nous sommes parvenus à la conclusion qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 dans cette affaire. Nous sommes d'accord en revanche pour dire qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de l'article 7.

**La reconnaissance internationale du génocide des Arméniens**

2. Par une déclaration officielle proclamée par le Conseil national le 16 décembre 2003, l'État défendeur a reconnu que les événements subis par le peuple arménien de l'Empire Ottoman en 1915 étaient un « génocide ».<sup>3</sup> Conformément à cette position officielle, le tribunal de police, la Cour de cassation pénale et le Tribunal fédéral ont considéré que le génocide des Arméniens était un fait historique reconnu par l'État et la société suisses aux fins du quatrième alinéa de l'article 261 bis du code pénal suisse. Dès lors, ils ont jugé qu'il y avait dans la société suisse une base légale à la répression de la négation du génocide des Arméniens. Cette conclusion n'est pas arbitraire.

3. La Suisse n'est pas la seule à reconnaître le génocide des Arméniens: celui-ci a été reconnu par l'État turc lui-même, par des personnalités, des institutions et des gouvernements contemporains des massacres, puis par des organisations internationales, des administrations nationales et régionales et des juridictions nationales des quatre coins du monde.

4. Peu après ces événements tragiques, l'État turc lui-même a reconnu les « massacres » des Arméniens et traduit en justice certains de ceux qui en étaient responsables. Cet acte de contrition louable de la Turquie s'est traduit par deux types de procédures. La procédure pénale cruciale a été le procès en cour martiale de l'ex-Grand Vizir de l'Empire Ottoman Talaat Pacha, de l'ex-ministre de la Guerre Enver Pacha, de l'ex-ministre de la Marine Cemal Pacha, de l'ex-ministre de l'Éducation Nazim Bey et d'autres anciens ministres et hauts responsables du parti Union et Progrès (*İttihat ve Terakki Cemiyeti*), procès où certains des accusés ont été jugés *in absentia*. La cour martiale a rendu son verdict le 5 juillet 1919, imposant la peine de mort à plusieurs accusés pour différents crimes, dont celui du « massacre » des Arméniens, confirmant ainsi la qualification figurant dans l'acte d'accusation, selon lequel « le massacre et la destruction des Arméniens résultaient de décisions prises par le Comité central de l'*İttihat* ».<sup>4</sup> La base légale de ces condamnations et des peines infligées était les articles 45 et 55 du code pénal turc.

5. Le deuxième type de procédure pénale a consisté en plusieurs actions engagées contre des dizaines d'accusés: procédure contre les chefs régionaux du parti (jugement rendu le 8 janvier 1920), procédure relative aux massacres et déportations du sandjak de Yozgat (jugement rendu le 8 avril 1919, avec l'imposition, entre autres, de la peine de mort à l'ex-gouverneur Mehmet Kemal Bey), procédure relative aux massacres et déportations de la vilayet de Trébizonde (jugement rendu le 22 mai 1919, avec l'imposition, entre autres, de la peine de mort à Cemal Azmi Bey et Nail Bey), procédure relative aux massacres et déportations de Büyük Dere (jugement rendu le 24 mai 1919), procédure relative aux massacres et déportations de la vilayet de Kharpout (jugement rendu le 13 janvier 1920, avec l'imposition, entre autres, de la peine de mort à l'ex-président de l'Organisation spéciale et membre du comité central du parti unioniste Bahattin Sakir), procédure relative aux massacres et déportations d'Ourfa (jugement rendu le 20 juillet 1920, avec l'imposition, entre autres, de la peine de mort à l'ex-gouverneur Behramzade Nusret Bey) et procédure relative aux massacres et déportations d'Erzincan (jugement rendu le 27 juillet 1920, avec l'imposition, entre autres, de la peine de mort à l'ex-chef de la Gendarmerie Abdullah Avni). Les peines capitales imposées à Mehmet Kemal Bey, Behramzade Nusret Bey et Abdullah Avni ont été exécutées.

6. Le fait que l'État turc ait ultérieurement réhabilité certains des accusés ne remet pas en question la validité internationale de ces jugements, qui ont été rendus conformément aux normes du droit international en

3 Avant cette date, le législateur avait déjà dit que le génocide des Arméniens était un exemple de cas dans lequel la nouvelle incrimination prévue au quatrième alinéa de l'article 261 bis du code pénal devrait s'appliquer (voir le Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil national 1993, p. 1076).

4 Voir le texte essentiel de Vahakn Dadrian sur les éléments rassemblés par le tribunal militaire turc, corroborant l'existence de meurtres massifs planifiés, de l'usage systématique de la torture et de la déportation organisée du peuple arménien ("The documentation of the World War I Armenian Massacres in the proceedings of the Turkish Military Tribunal", in Int. J. Middle East Stud. 23 (1991), pp. 549-576) ainsi que le numéro spécial du *Journal of Political and Military Sociology* (vol. 22 n° 1, 1994) et le numéro spécial de la *Revue d'Histoire de la Shoah* (n° 177-178, 2003).

vigueur à l'époque.<sup>5</sup> Par ailleurs, dès que la communauté internationale a eu connaissance des faits, il y a eu une réaction officielle immédiate sous la forme d'une déclaration commune de la France, de la Grande-Bretagne et de la Russie en date du 15 mai 1915, dans laquelle les trois pays dénonçaient la commission à l'égard des Arméniens de « crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation » dont « tous les membres du gouvernement ottoman et ceux de ses agents qui [étaient] impliqués dans ces massacres » devraient répondre. Cette réaction a été suivie d'une reconnaissance politique et diplomatique des atrocités commises, énoncée notamment dans la résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des représentants américains en date du 9 février 1916, qui déplore les « souffrances silencieuses » et le « fléau terrible » subis par des milliers d'Arméniens, et dans le rapport de 1919 de la Commission sur la responsabilité des auteurs de crimes de guerre et sur l'application des peines, qui concluait que le traitement réservé par l'Empire Ottoman aux Arméniens de son territoire avait violé « les règles et coutumes établies de la guerre et les lois élémentaires de l'humanité » et qui déclarait que les officiels ottomans responsables de ces actes devaient être poursuivis. Par la suite, les articles 226, 227 et 230 du Traité de Sèvres signé par la Grande Bretagne, la France, l'Italie, le Japon, l'Arménie, la Belgique, la Grèce, le Hedjaz, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, l'État des Slováques, Croates et Serbes, la Tchécoslovaquie et la Turquie le 10 août 1920 ont consacré le droit des Puissances alliées de traduire devant les tribunaux militaires les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre, « nonobstant toute procédure et toutes poursuites engagées devant un tribunal en Turquie », ainsi que l'obligation de l'État turc de leur remettre les responsables des « massacres commis pendant la poursuite de l'état de guerre sur le territoire qui faisait partie de l'Empire turc le 1<sup>er</sup> août 1914 » afin qu'ils soient jugés. Même si le Traité de Sèvres n'est jamais entré en vigueur, il n'en reste pas moins que ces dispositions correspondaient à l'état du droit international coutumier à l'époque, dans la mesure où elles reconnaissaient la commission d'un crime international engageant des responsabilités individuelles. Bien que le principe de la responsabilité pénale n'ait pas prévalu dans les négociations ultérieures qui ont abouti au Traité de Lausanne, le fait historique en lui-même, à savoir la commission des « massacres » dans le cadre d'une politique d'État de l'Empire Ottoman contraire aux « lois de l'humanité », a été reconnu par les signataires du Traité de Sèvres conformément à la Déclaration commune du 15 mai 1915.<sup>6</sup> L'article 230 du Traité de Sèvres est même l'antécé-

- 5 Dans une déclaration ferme, Mustafa Kemal lui-même, s'exprimant dans une interview publiée le 1<sup>er</sup> août 1926 dans le *Los Angeles Examiner*, s'est exprimé ainsi: « ces résidus de l'ancien Parti des jeunes Turcs, qui auraient dû avoir à répondre de l'expulsion massive et brutale de plusieurs millions de nos sujets chrétiens de leur foyer et des massacres dont ils ont fait l'objet, sont rétifs aux règles républicaines ». Bien des Turcs justes se sont opposés à ces agissements, et ont même sauvé des Arméniens (voir « Turks who saved Armenians: an Introduction », sur [zoryaninstitute.org](http://zoryaninstitute.org)). Par exemple, Mehmet Celal Bey, gouverneur d'Aleppe et de Konya qui a sauvé de nombreux Arméniens, a dit un jour: « Le but était de les anéantir et ils ont été anéantis. Il est impossible de cacher et de dissimuler cette politique menée par *İttihat ve Terakki*, qui a été élaborée par les dirigeants de ce parti et en définitive acceptée par le grand public ». Mustafa Arif, ministre de l'Intérieur de l'Empire Ottoman en 1917 et 1918, a quant à lui déclaré: « Malheureusement, ceux qui étaient nos dirigeants pendant la guerre, imprégnés d'un esprit de brigandage, ont appliqué la loi de la déportation d'une manière qui ferait pâlir les bandits les plus sanguinaires. Ils ont décidé d'exterminer les Arméniens, et ils les ont exterminés ». Ahmed Riza, président du Sénat turc, a également reconnu le 21 octobre 1918 que les meurtres massifs d'Arméniens avaient été un crime « officiellement » approuvé. Plus récemment, on peut citer la courageuse et directe déclaration faite le 24 avril 2006 par l'Association turque pour les droits de l'homme.
- 6 La politique génocidaire ottomane a été révélée au monde par des témoins directs des faits. Ainsi, Henry Morgenthau, ambassadeur des États-Unis auprès de l'Empire Ottoman de 1913 à 1916, a dit ceci: « Les grands massacres et les persécutions du passé semblent presque insignifiants lorsqu'on les compare aux souffrances infligées à la race arménienne en 1915 (...) Lorsque les autorités turques ont ordonné ces déportations, elles ont purement et simplement condamné à mort une race entière; elles en étaient parfaitement conscientes, et dans leurs conversations avec moi, les dirigeants n'ont jamais tenté de dissimuler ce fait (...) la seule motivation était une politique d'État calculée de sang froid ». Le comte Wolff Metternich, ambassadeur d'Allemagne auprès de l'Empire Ottoman, a adressé au Chancelier allemand le 10 juillet 1916 le câble suivant: « Tout à sa tentative de réaliser son but consistant à résoudre la question arménienne par la destruction de la race arménienne, le gouvernement turc ne

dent irréfutable de l'article 6 c) de la Charte de Nuremberg et de l'article 5 c) de la Charte de Tokyo, qui mentionnent des « crimes contre l'humanité » au sens où on comprenait cette notion depuis au moins le début du XX<sup>e</sup> siècle.<sup>7</sup>

7. Le traité de Lausanne du 24 juillet 1923 conclu par la suite ne comprenait ni clause relative aux crimes de guerre ni clause relative aux sanctions, ni aucune référence aux « massacres » commis pendant l'état de guerre, mais il était accompagné d'une « déclaration d'amnistie » en vertu de laquelle une « amnistie pleine et entière » était accordée respectivement par le gouvernement turc et par le gouvernement grec pour tous les crimes et délits commis pendant la période considérée (du 1<sup>er</sup> août 1914 au 20 novembre 1922) qui étaient « évidemment liés aux événements politiques » qui avaient eu lieu pendant cette période. La portée personnelle et matérielle de la disposition III de la déclaration d'amnistie, comme d'ailleurs la déclaration elle-même, ne s'étend évidemment pas aux « massacres » de la population arménienne de l'Empire turc. En toute hypothèse, les « crimes contre l'humanité et la civilisation » tels qu'ils ont été décrits dans la déclaration commune du 15 mai 1915 ne peuvent être amnistiés, et ils sont imprescriptibles, compte tenu de la nature impérative et non dérogeable de l'incrimination du génocide et des crimes contre l'humanité en vertu d'un principe établi du droit international coutumier et du droit des traités.<sup>8</sup>

s'est laissé dissuader ni par nos protestations, ni par celles de l'ambassade des États-Unis, ni par le représentant du Pape, ni par les menaces des puissances alliées, ni par l'opinion publique occidentale, qui représente pourtant la moitié du monde. » Giacomo Gorrini, consul général d'Italie à Trébizonde, s'est exprimé ainsi dans une interview donnée le 25 août 1915: « Les Arméniens étaient traités différemment d'une vilayet à l'autre. Ils étaient suspects et épies partout, mais c'est dans les « vilayets arméniennes » qu'ils ont fait l'objet de, pire qu'un massacre, une véritable extermination. » Carl Ellis Wandel, diplomate danois à Constantinople, a établi le 4 septembre 1915 un rapport long et détaillé sur « le sombre dessein des Turcs: l'extermination du peuple arménien. » Ces témoignages ont été confirmés par Fridtjof Nansen, Haut-commissaire pour les réfugiés à la Société des Nations, qui a déclaré ceci: « Tout le plan d'extermination était ni plus ni moins qu'une mesure politique calculée de sang froid, qui avait pour objet l'anéantissement d'un élément supérieur de la population, qui pouvait être source de problèmes; et à cela doit s'ajouter la motivation de la cupidité ». Winston Churchill a abondé en ce sens: « Le gouvernement turc a entrepris et mené à bien sans vergogne l'infamie qu'ont été le massacre et la déportation des Arméniens en Asie mineure. L'éradication de cette race en Asie mineure a été aussi complète qu'un tel acte, perpétré à une aussi grande échelle, pouvait l'être. » (voir les documents disponibles sur [armenocide.de](http://armenocide.de) et [genocide-museum.arm](http://genocide-museum.arm))

- 7 De même que les articles 226 et 227 du Traité de Sèvres, les articles 228 et 229 du Traité de Versailles, les articles 176 et 177 du Traité de Saint-Germain-en-Laye, les articles 157 et 158 du Traité du Trianon et les articles 118 et 119 du Traité de Neuilly-sur-Seine sont les antécédents de l'article 6 b) de la Charte de Nuremberg et que l'article 227 du Traité de Versailles est l'antécédent de l'article 6 a) de la Charte de Nuremberg.
- 8 Sur l'imprescriptibilité des poursuites pour génocide et crimes contre l'humanité, voir l'article 29 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998), qui compte 122 États parties dont la Suisse, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968, 54 États parties), la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (1974, 7 États parties) et le paragraphe 6 des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005. Dans son rapport du 23 août 2004 intitulé « Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », le Secrétaire général de l'ONU Kofi Annan a recommandé que les accords de paix, ainsi que les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et les mandats approuvés par lui « condamnent toute mesure autorisant l'amnistie pour des actes de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité » (§ 64 c)). Il a répété cette recommandation dans son rapport de suivi sur la question en date du 12 octobre 2011 (§§ 12 et 67). Sur l'interdiction de l'amnistie des actes de génocide et des crimes contre l'humanité, voir aussi Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: Amnisties*, 2009, HR/PUB/09/1; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte (2004), § 18; ainsi que la pratique constante des juridictions internationales (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Morris Kallon* (affaire n° SCSL-2004-15-AR72(E)), *Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara* (affaire n° SCSL-2004-16-AR72(E)), Appeals Chamber Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (13 mars 2004, §§ 67-73), et *Prosecutor v. Anđo Furundžija* (affaire n° IT-95-17/1-T, arrêt



8. La réalité du génocide des Arméniens a par la suite été reconnue par plusieurs organisations internationales, notamment par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la déclaration faite le 24 avril 1998 par 51 parlementaires, dans la déclaration faite le 24 avril 2001 par 63 parlementaires et dans la déclaration faite le 24 avril 2013 par 26 parlementaires; par le Parlement européen dans ses résolutions des 18 juin 1987, 15 novembre 2000, 28 février 2002 et 28 septembre 2005; par le MERCOSUR (Marché commun du Sud, organisation réunissant les États d'Amérique du Sud) dans sa résolution parlementaire du 19 novembre 2007; par le Centre international pour la justice transitionnelle dans son mémorandum indépendant du 10 février 2003 établi à la demande de la Commission de réconciliation turco-arménienne; par l'Alliance européenne des Unions chrétiennes de jeunes gens (UCJG) dans sa déclaration du 20 juillet 2002; par la Ligue des droits de l'homme dans sa résolution du 16 mai 1998; par l'*Association of Genocide Scholars* dans sa résolution du 13 juin 1997; par le Parlement du Kurdistan dans sa résolution d'exil du 24 avril 1986; par l'*Union of American Hebrew Congregations* dans sa déclaration du 7 novembre 1989; par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (Nations Unies) dans son rapport du 2 juillet 1985; par le Conseil œcuménique des Églises dans sa déclaration du 10 août 1983, et par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre dans son rapport du 28 mai 1948.

9. Le génocide des Arméniens a aussi été reconnu par les juridictions nationales de plusieurs pays. Ainsi, aux États-Unis, la *Ninth Circuit Court* a dit dans un arrêt du 10 décembre 2010 (affaire *Movsesian v. Victoria Versicherung AG*) qu'« il n'y a [vait] pas de politique fédérale interdisant expressément aux États d'employer l'expression "génocide des Arméniens" »; la *First Circuit Court* a confirmé dans un arrêt du 11 août 2010 (affaire *Griswold, et al. v. David P. Driscoll*) le droit de parler de "génocide des Arméniens" reconnu à un guide des programmes scolaires relatifs aux droits de l'homme destiné aux enseignants par la *District Court of Massachusetts* le 10 juin 2009 dans la même affaire; et la *District of Columbia Circuit Court* a dit dans un arrêt du 29 janvier 1993 (affaire *van Krikorian v. Department of State*) que la politique des États-Unis était depuis longtemps de reconnaître le génocide des Arméniens. En Europe, un tribunal parisien a, dans un jugement du 1<sup>er</sup> juin 1995, condamné Bernard Lewis pour négation du génocide des Arméniens; et, de manière plus notable, un tribunal berlinois a acquitté, dans un jugement du 3 juin 1921, Soghomon Tehlirian, l'assassin de l'ex-Grand Vizir ottoman Talaat Pacha, pour démeance passagère due au traumatisme des massacres (dont il était un survivant).

10. Enfin, le génocide des Arméniens a été reconnu par les États et gouvernements régionaux suivants: Allemagne (résolution du Parlement du 15 juin 2005), Argentine (lois des 18 mars 2004 et 15 janvier 2007), Belgique (résolution du Sénat du 26 mars 1998), Canada (résolution du Sénat du 13 juin 2002 et résolutions de la Chambre des communes des 23 avril 1996 et 21 avril 2004), Chili (résolution du Sénat du 5 juin 2007), Chypre (résolutions de la Chambre des représentants des 24 avril 1975, 29 avril 1982 et 19 avril 1990), États-Unis d'Amérique (résolutions de la Chambre des représentants des 9 avril 1975, 12 septembre 1984 et 11 juin 1996),<sup>9</sup> France (loi du 29 janvier 2001),<sup>10</sup> Grèce (résolution du Parlement du 25 avril 1996), Italie

du 10 décembre 1998, § 155); Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Almonacid-Arellano et al. v. Chile* (arrêt du 26 septembre 2006, § 114) et affaire *Velásquez-Rodríguez* (arrêt du 29 juillet 1988, § 172), et Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Alicia Consuelo Herrera et al. v. Argentina* (Report 28/92, 2 octobre 1992), *Santos Mendoza et al. v. Uruguay* (Report 29/92, 2 octobre 1992), *Garay Hermosilla et al. v. Chile* (Report 36/96, 15 octobre 1996), affaire du massacre de *Las Hojas* (c. El Salvador, Report 26/92, 24 septembre 1992) et *Ignacio Ellacuría et al. v. El Salvador* (Report 136/99, 22 décembre 1999); ainsi que la position de principe de la Cour européenne des droits de l'homme contre l'amnistie des violations de l'article 3 de la Convention énoncée dans l'affaire *Okkali c. Turquie* (n° 52067/99, 13 octobre 2006, § 76)).

<sup>9</sup> Le 24 avril 2012, le président Barack Obama a déclaré: « Aujourd'hui, nous commémorons le *Meds Yeghern*, l'une des pires atrocités du XXe siècle. Nous honorons ainsi la mémoire des 1,5 millions d'Arméniens qui ont été sauvagement massacrés ou menés à la mort dans les derniers jours de l'Empire Ottoman. (...) J'ai toujours dit quel était mon avis sur ce qui s'est produit en 1915. Il n'a pas changé ». Le 28 avril 2008, il s'était exprimé ainsi: « Il est impératif que nous reconnaissons que les horreurs infligées au peuple arménien étaient un génocide ». Le 20 avril 1990, le président George Bush avait dit ceci: « [Nous nous joignons aux] Arméniens du monde entier

(résolution de la Chambre des députés du 16 novembre 2000), Liban (résolution du Parlement du 11 mai 2000 et résolution de la Chambre des députés du 3 avril 1997), Lituanie (résolution de l'Assemblée du 15 décembre 2005), Pays-Bas (résolution du Parlement du 21 décembre 2004), Pologne (résolution du Parlement du 19 avril 2005), Russie (résolution de la Douma du 14 avril 1995), Slovaquie (résolution du 30 novembre 2004), Suède (résolution du Parlement du 11 mars 2010), Uruguay (résolution du Sénat et de la Chambre des représentants du 20 avril 1965 et loi du 26 mars 2004), Vatican (déclaration conjointe de Sa Sainteté le Pape Jean-Paul II et de Sa Sainteté Katholikos Karekin II du 10 janvier 2000), Venezuela (Résolution de l'Assemblée nationale du 14 juillet 2005); 43 États des États-Unis; Pays Basque, Catalogne, Iles Baléares (Espagne); Pays-de-Galles, Écosse, Irlande du Nord (Royaume-Uni); Nouvelle-Galles du Sud (Australie).

#### La légalité de l'incrimination de la négation du génocide

11. Le génocide des Arméniens ayant été reconnu par la communauté internationale et par l'État défendeur, l'ingérence portée à la liberté d'expression du requérant était légale, puisque l'incrimination de la négation du génocide des Arméniens était suffisamment établie en droit suisse et que la disposition de loi correspondante était définie d'une manière qui n'était ni trop large ni vague.

12. Le quatrième alinéa de l'article 261 bis du code pénal suisse respecte le principe de légalité, car l'expression « génocide ou crimes contre l'humanité » renvoie à des crimes définis dans le code pénal suisse et le droit international, et ces crimes sont suffisamment circonscrits tant en droit suisse qu'en droit international, en particulier dans la Convention sur le génocide et le Statut de la Cour pénale internationale.<sup>11</sup> Cette incrimination correspond d'ailleurs à une norme européenne commune.<sup>12</sup> De plus, la technique

[dans le souvenir] des terribles massacres qu'ils ont subis entre 1915 et 1923 aux mains des dirigeants de l'Empire Ottoman. Les États-Unis ont réagi à ce crime contre l'humanité en déployant aux niveaux diplomatique et privé des efforts visant à soulager les victimes ». Avant lui, le président Ronald Reagan avait déclaré le 22 avril 1981: « Comme le génocide des Arméniens avant lui et le génocide des Cambodgiens qui l'a suivi, et comme trop d'autres persécutions semblables infligées à trop d'autres peuples, l'Holocauste doit être pour nous une leçon qu'il ne faudra jamais oublier ». Le président Jimmy Carter avait quant à lui déclaré le 16 mai 1978: « Le public ignore en général que, dans les années qui ont précédé 1916, il y a eu un effort concerté pour éliminer tout le peuple arménien, qui a subi ce qui fut probablement l'un des pires drames qu'ait jamais connu un groupe d'individus – et il n'y a pas eu de Procès de Nuremberg pour ces agissements ».

- 10 Le président François Mitterrand a déclaré: « Il n'est pas possible d'effacer la trace du génocide qui vous a frappés. » Le président Charles de Gaulle avait quant à lui déclaré: « Je m'incline devant les victimes des massacres perpétrés à l'encontre de votre peuple pacifique par les gouvernements turcs d'alors dans le but de l'exterminer. »
- 11 Ce point est établi dans les analyses de droit pénal suisse (Niggli, *Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261bis StG und Art. 171c MStG*, 2 Auflage, 2007, n° 1363; Vest, *Zur Leugnung des Volkermordes an den Armeniern 1915*, in *AJP* 2000, pp. 66-72; Aubert, *L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale*, in *AJK*, 9/1994; Dorrit Mettler, *annotation 63 to article 261bis*, in Niggli/Wiprächtiger, *Strafrecht II*, 3 auflage, 2013).
- 12 On trouve des dispositions pénales sur la négation du génocide à l'article 458 du code pénal andorran, à l'article 397 § 1 du code pénal arménien, à l'article 1 § 3h de la loi autrichienne sur l'interdiction du national-socialisme (1947, modifiée en 1992), à l'article 1 de la loi belge du 23 mai 1995 (modifiée en 1999), à l'article 405 du code pénal tchèque, à l'article 24 bis de la loi française du 29 juillet 1881 telle que modifiée par la loi du 13 juillet 1990, à l'article 130 § 3 du code pénal allemand, à l'article 269 c) du code pénal hongrois, à l'article 325 § 4 du code pénal croate, à l'article 283 du code pénal du Liechtenstein, à l'article 170 § 2 du code pénal lituanien, à l'article 82 B du code pénal maltais, à l'article 457 § 3 du code pénal luxembourgeois, à l'article 407-a du code pénal macédonien, à l'article 370 § 2 du code pénal monténégrin, à l'article 55 de la loi polonaise du 18 décembre 1998 sur l'Institut de la mémoire nationale, à l'article 422d du code pénal slovaque, à l'article 297 § 2 du code pénal slovène, à l'article 242 § 2 b) du code pénal portugais, et aux articles 5 et 6 de l'Ordonnance d'urgence roumaine n° 31 du 13 mars 2002. L'article 8 de la loi italienne n° 962 du 9 octobre 1967 réprime l'apologie du génocide. La version actuelle de l'article 607 § 1 du code pénal espagnol mentionne exclusivement la justification du génocide. Enfin, dans certains pays européens, il n'y a pas de disposition pénale spécifique mais les tribunaux appliquent la disposition plus générale relative à l'incitation à la haine ou à la discrimination: c'est le cas notamment des

juridique utilisée par le législateur suisse dans la disposition sur la négation du génocide et des crimes contre l'humanité n'est pas inconnue, et elle peut être comparée à celle utilisée pour l'article 259 du code pénal suisse (« provocation publique au crime ou à la violence »), qui mentionne de manière générale le « crime » en son paragraphe 1 et de manière spécifique le crime de génocide en son paragraphe 1 bis. De manière plus importante, le quatrième alinéa de l'article 261 bis du code pénal suisse comporte une limite de définition très importante (*aus einem dieser Gründen/pour la même raison*), qui restreint la conduite répréhensible aux actes inspirés par des motifs discriminatoires, c'est-à-dire par une discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion.<sup>13</sup>

13. Cette conclusion s'impose d'autant plus dans le cas de la négation du génocide des Arméniens, étant donné que le quatrième alinéa de l'article 261 bis du code pénal suisse doit être interprété conformément à la déclaration du Conseil national en date du 16 décembre 2003, qui ne laisse aucun doute quant à la position officielle de l'État suisse et du droit national en ce qui concerne la qualification juridique des massacres et des déportations d'Arméniens perpétrés en Turquie au début du XX<sup>e</sup> siècle.<sup>14</sup> Or tant cette disposition pénale que la déclaration du Conseil national étaient publiques et connues du requérant, comme il l'a reconnu lui-même.

#### La proportionnalité de l'incrimination de la négation du génocide

14. En plus d'être légale, l'ingérence portée dans la liberté d'expression d'un individu doit pour être justifiée répondre à deux critères: elle doit être d'une part nécessaire et d'autre part proportionnée au but visé. Lorsqu'elle examine l'ingérence au regard de ces deux critères, la Cour doit vérifier si les motifs avancés à l'appui de l'incrimination litigieuse étaient pertinents et suffisants et si l'ingérence correspondait à un besoin social impérieux.

15. Les décisions des juridictions internes doivent s'apprécier au regard des obligations négatives découlant de l'article 10 de la Convention, qui restreint l'ampleur de la marge d'appréciation de l'État. De plus, les États ont en principe une marge d'appréciation étroite s'agissant de l'expression dans un espace public de propos de nature politique. Toutefois, les événements tragiques de l'histoire de l'humanité peuvent être considérés comme un facteur pertinent susceptible de justifier la restriction par les autorités de la liberté d'expression, ce qui accroît alors la marge d'appréciation de l'État.<sup>15</sup> À supposer, pour les besoins du raisonnement, que les propos du requérant relèvent de la protection de l'article 10, il n'en resterait pas moins que cette forme d'expression peut ne plus être couverte par cette protection lorsqu'elle est source d'un danger clair et imminent de troubles publics, d'infractions ou d'autres formes d'atteinte aux droits

Pays-Bas, où les articles 137c et 137d du code pénal s'appliquent aux faits de négation d'un génocide (jugement de la *Hoog Raad* du 27 octobre 1987).

- 13 Un certain nombre d'universitaires suisses estiment que non seulement la négation du génocide offense la mémoire des victimes mais encore elle constitue une incitation implicite à la discrimination des survivants (Aubert, précité, n° 36; Niggli, *Es gibt kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung*, in *Völkermord und Verdrängung*, 1998, p. 87; Niggli/Exquis, *Recht, Geschichte und Politik*, in *AJP* 4/2005, 436).
- 14 En fait, le Tribunal fédéral applique une jurisprudence constante en ce qui concerne la négation du génocide (voir ses arrêts du 5 décembre 1997 (BGE 123 IV 202), du 30 avril 1998 (BGE 124 IV 121), du 3 novembre 1999 (BGE 126 IV 20), du 7 novembre 2002 (BGE 129 IV 95), du 16 septembre 2010 (n° 6B.297/2010) et du 24 février 2011 (n° 6B.1024/2010)): il estime que la disposition pénale en cause s'applique aux génocides autres que la *Shoah* parce qu'elle vise tous les faits qui sont considérés, selon un « consensus très général », comme un génocide, et que les valeurs juridiques protégées (*geschützte Rechtsgüter*) par l'incrimination sont de deux ordres: d'une part, elles recouvrent directement la dignité humaine et la sécurité publique (*öffentliche Sicherheit*) ainsi que la paix et l'ordre publics (*öffentliche Friede*), d'autre part, elles comprennent indirectement la sécurité et l'honneur de chacun des membres du peuple victime. Au regard des précisions apportées plus loin dans la présente opinion, cette interprétation n'est pas arbitraire.
- 15 Voir l'opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt *Faber c. Hongrie* (n° 40721/08, 24 juillet 2012).

d'autrui, par exemple lorsqu'elle est réalisée de manière à inciter à la violence ou à la haine.<sup>16</sup> De manière générale, il y a lieu d'appliquer dans cette affaire une ample marge d'appréciation.

16. La pénalisation de la négation du génocide est compatible avec la liberté d'expression, et elle est même requise dans le cadre du système européen de protection des droits de l'homme. En fait, les États parties à la Convention ont 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. Cette obligation internationale doit être reconnue comme un principe du droit international coutumier, contraignant pour tous les États, et comme une norme impérative à laquelle aucune autre règle de droit national ou international ne saurait déroger.<sup>17</sup> Au sein du Conseil de l'Europe, la négation du génocide est considérée comme une forme grave de diffusion du racisme, de la xénophobie ou de l'intolérance ethnique, ou comme un discours de haine. En effet, l'article 6 du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité impose l'incrimination de la négation du génocide, par exemple de l'Holocauste<sup>18</sup>; et la négation d'un génocide reconnu par des décisions définitives et contraignantes du Tribunal militaire international créé par l'Accord de Londres du 8 août 1945 ou de toute autre juridiction internationale mise en place par les instruments internationaux pertinents et dont la juridiction est reconnue par l'État partie doit être pénalisée.<sup>19</sup> Cette obligation est encore plus forte lorsque, comme en l'espèce, le génocide nié a été reconnu tant par les juridictions de l'État dans lequel il a été commis que par un organe constitutionnel de l'État dans lequel l'expression de la négation a eu lieu.

17. De plus, la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal impose l'incrimination de l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale et des crimes définis à l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. La décision-cadre ménage la possibilité pour les États membres de déclarer, lors de son adoption ou ultérieurement, qu'ils ne rendront répréhensible la négation ou la banalisation grossière des crimes susmentionnés qu'en ce qui concerne les crimes reconnus par une décision définitive d'une de leurs juridictions nationales et/ou d'une juridiction internationale, ou exclusivement par une décision définitive d'une juridiction internationale.

18. Ainsi, dans le système européen de protection des droits de l'homme, la négation du génocide concerne tous les faits de génocide qui ont été reconnus 1) par le Tribunal militaire international créé par l'Accord de Londres du 8 août 1945, 2) par toute autre juridiction internationale, 3) par tout tribunal de l'État où le génocide a été commis ou de l'État où l'expression de la négation a eu lieu, ou 4) par toute autre instance

16 On trouvera une introduction au concept de danger clair et imminent dans l'opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque en l'affaire *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse* (GC) (n° 16354/06, 13 juillet 2012).

17 Voir l'opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt *Vona c. Hongrie* (n° 35943/10, 9 juillet 2013).

18 STE n° 189. Il est vrai que l'État défendeur a seulement signé, et non ratifié, le Protocole additionnel, mais cette circonstance seule ne justifie pas une dérogation aux normes du Conseil de l'Europe, car ce protocole est déjà entré en vigueur et il a été ratifié par 20 États. Il est vrai aussi que les États peuvent se réserver le droit de ne pas en appliquer l'article 6 § 1, mais ce droit seul ne fait que montrer que cette disposition ne reflète pas encore une norme du droit international coutumier. En d'autres termes, l'interdiction de nier l'existence d'un génocide n'a pas encore été incorporée dans la norme coutumière impérative de pénalisation de l'expression du racisme, de la xénophobie et de l'intolérance. Néanmoins, on peut affirmer qu'il y a, au moins en Europe, une obligation internationale d'ériger en infraction pénale la négation du génocide, et que cette obligation est en évolution.

19 Pour être exact, aucun des accusés du procès de Nuremberg n'a été reconnu coupable du crime de génocide. Ainsi, la référence au crime de génocide tel que reconnu dans « une décision définitive et contraignante du Tribunal militaire international » est en fait une référence au crime de génocide tel qu'il était compris alors – un type de crime contre les lois de l'humanité – et comme il a été ensuite codifié dans la Convention sur le génocide.

constitutionnelle, par exemple le président, l'Assemblée nationale ou le gouvernement de l'État où le génocide a été commis ou de l'État où l'expression de la négation a eu lieu. De plus, les États peuvent aussi, dans l'exercice de leur ample marge d'appréciation dans ce domaine, pénaliser la négation du génocide 5) lorsqu'il y a un consensus social sur la réalité du génocide commis dans cet État ou dans un autre État,<sup>20</sup> même en l'absence de déclaration ou de décision antérieures d'un organe constitutionnel de cet État ou d'un autre État ou d'une juridiction nationale ou internationale. Dans ces cinq cas, l'incrimination de la négation faite de manière susceptible d'inciter à la violence, à la haine ou à la discrimination correspond à un besoin social impérieux.

19. Le Tribunal constitutionnel espagnol distingue la négation du génocide, constitutionnellement acceptable, de la justification, la minimisation ou la relativisation du génocide, constitutionnellement inacceptables. Ce *distinguo* est inadmissible tant au regard du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité qu'au regard de la décision-cadre 2008/913/JHA.<sup>21</sup> En fait, la distinction entre la simple négation et la minimisation ou la justification est artificielle en termes linguistiques et peut être aisément contournée par un orateur habile, grâce à un discours euphémiste et élaboré, comme en l'espèce, où la négation du génocide a été associée à une justification de la « réaction » turque à des « attaques » arméniennes alléguées. De plus, et c'est là le point essentiel, ce *distinguo* n'est pas viable éthiquement car, tout autant que la justification, la négation d'un génocide humilie les victimes et leurs familles, offense la mémoire des personnes massacrées, disculpe les responsables des massacres, constitue ainsi une grave incitation à la haine et à la discrimination et, dans cette mesure, ouvre à la voie à des agissements discriminatoires et violents envers les membres du peuple victime.<sup>22</sup> La liberté de recherche scientifique et d'information ne saurait être invoquée pour légitimer le *distinguo* contesté, contrairement à ce qu'ont estimé la majorité des juges du Tribunal constitutionnel espagnol. Si tel était le cas, il serait 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.<sup>23</sup> Pour le dire en termes crus, tolérer le négationnisme c'est, selon les mots d'Élie Wiesel, « assassiner une seconde fois » les victimes. Ou encore, comme l'a formulé l'Association turque pour les droits de l'homme dans une déclaration du 24 avril 2006, « la négation est une composante du génocide lui-même et a pour effet la poursuite du génocide. La négation d'un génocide est une violation des droits de l'homme en elle-même ».

20 Correspondant à un « fait historique établi », pour reprendre l'expression de la Cour (*Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, n° 24662/94, § 47, *Recueil* 1998-VII, et *Garaudy c. France (déc.)*, n° 65831/01, CEDH 2003-IX).

21 Voir l'arrêt n° 235/2007 du Tribunal constitutionnel en date du 7 novembre 2007, avec quatre opinions dissidentes fortes. Il est important de souligner, d'abord, que l'Espagne n'a pas encore ratifié le Protocole additionnel susmentionné, dont il n'a donc pas été tenu compte dans l'arrêt, et, ensuite, que cet arrêt est antérieur à la décision-cadre 2008/913/JHA, qui a invalidé le *distinguo* qu'il pose. L'*Abogado del Estado* (Avocat général) et le *Fiscal General del Estado* (Procureur général) ont l'un comme l'autre exprimé une opinion inverse à celle de la majorité. Comme l'a dit l'*Abogado del Estado*, la simple négation d'un génocide peut être « l'incitation la plus directe » (*impulso directissimo*) à la commission d'infractions graves, et « cette présomption n'est pas déraisonnable ni excessive, elle est le produit d'expériences historiques douloureuses ». Elle est aussi, comme l'a noté le *Fiscal General*, le terreau d'« un climat d'acceptation et d'oubli » (*un clima de aceptacion y olvido*) de faits historiques graves qui peuvent être sources de violence.

22 Voir en ce sens les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en date des 13 avril 1994 (1 BvR 23/94, § 34), 25 mars 2008 (1 BvR 1753/03, § 43) et 9 novembre 2011 (1 BvR 461/08, § 22), sur le fait que le « mensonge d'Auschwitz » (*Auschwitzlüge*) n'est pas protégé par la liberté d'expression; l'arrêt de la Cour suprême canadienne dans l'affaire *R. c. Keegstra* (1996, 3 S.C.R. 667), sur l'applicabilité de l'infraction de promotion de propagande de haine raciste, prévue à l'article 319 § 2 du code pénal canadien, aux déclarations antisémites de l'accusé, qui avait notamment nié l'existence de l'Holocauste; et la recommandation générale n° 35 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale en date du 26 septembre 2013 (§ 14). Il y a lieu de souligner que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale n'exige pas que le génocide ou les crimes contre l'humanité aient été établis par une décision définitive d'une juridiction nationale ou internationale.

23 La diffusion de l'information scientifique reposant sur des éléments appropriés faite par un orateur de bonne foi peut évidemment constituer un moyen de défense en matière de discours scientifique sur le génocide.

## La nécessité de l'incrimination de la négation du génocide

20. Le Conseil constitutionnel français a estimé qu'« une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ».<sup>24</sup> En d'autres termes, il y aurait atteinte au principe de nécessité si le génocide devait être reconnu par un acte formel du législateur. Cet avis est incorrect lorsqu'il implique que l'objet de lois dites « mémorielles » appartient aux historiens et qu'ainsi, ces lois sont dépourvues d'effets juridiques (c'est-à-dire normatifs), pour la raison évidente que la qualification juridique d'un fait en crime de génocide a des conséquences juridiques tant en droit pénal qu'en droit civil. Il est en outre déplacé s'il implique que les lois mémorielles empiètent sur la compétence des juges et constituent donc un abus de pouvoir législatif violant la séparation des pouvoirs, pour la raison claire que la qualification juridique d'un fait en génocide ne suppose pas son imputation à un individu ou un groupe d'individus déterminés: cette tâche incombe aux juges. Cette conclusion vaut *a fortiori* pour toute déclaration officielle faite par des membres d'autres branches du pouvoir, par exemple par le chef de l'État ou le gouvernement, dans l'exercice de leurs pouvoirs constitutionnels. Le législateur, le chef de l'État ou le gouvernement peuvent très bien prononcer des déclarations officielles, ou même approuver des lois, sur la nature juridique d'un fait, mais cela n'implique pas qu'ils apprécient la licéité de la conduite et la culpabilité personnelle d'un individu donné.<sup>25</sup>

21. Cela étant, l'incrimination de la négation du génocide correspond à une politique d'État nécessaire pour mettre en œuvre pleinement l'esprit et la lettre de l'article 1 de la Convention sur le génocide, qui fait obligation aux États de prévenir la commission du crime de génocide, et de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 26 janvier 2007, qui appelle tous les États membres de l'ONU à « rejeter sans réserve tout déni de l'Holocauste en tant qu'événement historique, que ce déni soit total ou partiel, ou toute activité menée en ce sens ». Au moins en Europe, continent sur le sol duquel bien du sang a été versé au cours du XX<sup>e</sup> siècle pour mener à exécution de terribles plans d'extermination de peuples entiers, la négation du génocide doit être considérée comme un discours gravement menaçant et choquant, et ainsi comme relevant des « paroles de défi » (*fighting words*) qui ne méritent pas d'être protégées.<sup>26</sup>

24 Conseil constitutionnel français, décision du 28 février 2012.

25 Dans sa décision du 28 février 2012, le Conseil constitutionnel a ajouté ceci: « le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ». Cette déclaration laconique ne suffit pas à prouver qu'il y a eu violation de la liberté d'expression. Il n'est pas dit un seul mot sur la nécessité et la proportionnalité de la restriction litigieuse de la liberté d'expression par rapport aux buts de politique pénale poursuivis par l'incrimination de la négation du génocide.

26 La Cour suprême américaine a traité plusieurs fois depuis l'affaire *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568, 1942) la question des « paroles de défi » et de la « conduite expressive » ayant le même sens insultant ou menaçant (consistant par exemple à profaner un drapeau ou à brûler une croix). Dans *Cohen v. California* (403 U.S. 15, 1971), elle a admis que l'expression « Fuck the draft » relevait du discours protégé par la Constitution, car nul individu présent ou susceptible de l'être aurait pu raisonnablement considérer que les mots figurant sur la veste de l'auteur du recours étaient une insulte personnelle directe et rien n'indiquait que leur utilisation soit intrinsèquement susceptible de causer des actes violents ou d'inciter à la violence: elle a donc estimé qu'il ne s'agissait donc pas de « paroles de défi » inconstitutionnelles. Dans *Street v. New York* (394 U.S. 576, 1969), la Cour suprême a considéré que le simple fait que des propos prononcés contre le drapeau soient choquants ne permettait pas non plus de les qualifier de « paroles de défi ». Elle est parvenue à la même conclusion à l'égard de la conduite expressive consistant à brûler le drapeau, estimant qu'une telle conduite ne constituait pas toujours une menace immédiate d'action illégale, selon le critère de *Brandenburg* (*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989). Dans *R.A.V. v. City of St. Paul* (505 U.S. 377, 1992), elle a jugé inconstitutionnelle l'incrimination des agissements consistant à brûler une croix ou à placer une swastika nazie ou tout autre symbole sur un bien public ou privé dont on sait ou on a des motifs raisonnables de penser qu'ils suscitent la colère, la peur ou le ressentiment à l'égard de tiers en raison de leur race, de leur couleur, de leurs croyances, de leur religion ou de leur sexe, parce qu'elle estimait que cette incrimination était trop large, interdisant aussi bien les « paroles de défi » que les discours protégés, et parce que les dispositions en cause étaient fondées sur la teneur du message, n'interdisant que les agissements qui faisaient passer un message concernant certains sujets. Cependant, dans *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 2003), elle a opéré

De plus, dans le cas particulier de la négation du génocide des Arméniens, il y a un besoin impérieux supplémentaire de faire obstacle à la haine et à la discrimination dont font parfois l'objet les Arméniens, qui sont une minorité vulnérable dans certains pays, et qui devraient donc bénéficier, comme toute autre minorité vulnérable, d'une attention et d'une protection spéciales, si nécessaire au moyen de dispositions pénales.<sup>27</sup>

22. Comme l'a dit la Cour dans l'affaire *Garaudy*, accuser les victimes elles-mêmes de falsifier l'histoire est « une des formes les plus aigües de diffamation raciale envers [elles] et d'incitation à la haine à leur égard » et, partant, est « de nature à troubler gravement l'ordre public » et à porter atteinte aux droits d'autrui.<sup>28</sup> Cette considération doit s'appliquer également aux Arméniens. Les souffrances subies par un Arménien du fait de la politique génocidaire de l'Empire Ottoman ne valent pas moins que celles d'un Juif sous la politique génocidaire nazie. Et la négation du *Hayots Tseghaspanutyun (...)* ou *Meds Yeghern (...)* n'est pas moins dangereuse que la négation de la *Shoah*.

#### L'application des normes européennes aux faits de la cause

23. Les faits constitutifs de l'infraction de négation de génocide sont prouvés, en ce qui concerne tant l'*actus reus* que le *mens rea*. Pour ce qui est de l'*actus reus*, le requérant a nié publiquement le génocide des Arméniens, le qualifiant de « mensonge international », il a accusé le peuple arménien d'avoir agressé l'État turc et il a dit épouser les idées du Grand Vizir Talaat Pacha, qui a été reconnu coupable des « massacres » du peuple arménien par une cour martiale turque en 1919. Ses propos ne contribuaient objectivement pas

un quasi-revirement de jurisprudence, jugeant que ceux qui brûlaient des croix pouvaient être sanctionnés pour la commission d'une infraction pénale dès lors que leur conduite était un signal d'intimidation imminente et que l'État prouvait l'intention d'intimider. Elle a néanmoins estimé qu'en toute hypothèse, la charge de la preuve ne devait pas reposer sur l'accusé, qui ne devait pas avoir à démontrer qu'il n'avait pas l'intention en brûlant la croix d'intimider qui que ce fût. Dans son opinion dissidente, le juge Thomas est pour sa part allé encore plus loin, expliquant que le fait de brûler une croix était toujours une menace d'une sorte ou d'une autre et que cet agissement n'était donc pas, selon lui, protégé par le premier amendement. On peut donc dire que, d'un point de vue matériel, l'opinion du Tribunal fédéral suisse sur la négation du génocide est conforme tant à l'avis majoritaire de la Cour suprême américaine dans *Virginia v. Black* qu'à celui de la Cour suprême canadienne dans *R. v. Keegstra*.

27 Voir les rapports inquiétants sur la situation des Arméniens dans le quatrième rapport de l'ECRI sur la Turquie (2011, §§ 90-91 et 142), le troisième rapport de l'ECRI sur l'Azerbaïdjan (2011, § 101), le troisième rapport de l'ECRI sur la Géorgie (2010, § 74) et le troisième rapport de l'ECRI sur la Turquie (2005, §§ 35 et 89-93). Nous ne sommes donc pas d'accord avec la présomption sous-tendant le raisonnement de la majorité, qui consiste à penser que la nécessité d'une protection d'ordre pénal s'est amenuisée au fil du temps. Cet aspect de la nécessité de l'incrimination de la négation du génocide a été ignoré aussi bien par le Conseil constitutionnel français que par la majorité du Tribunal constitutionnel espagnol, mais non par les juges dissidents et le *Fiscal General*, qui ont estimé que la persistance des mouvements racistes et xénophobes en Europe était un motif suffisant pour justifier l'incrimination de la négation du génocide.

28 *Garaudy*, précité, et, devant le Comité des droits de l'homme, *Robert Faurisson c. France*, communication n° 550/1993, 8 novembre 1996. Ainsi, le paragraphe 49 de l'observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme ne reflète ni la jurisprudence antérieure du Comité des droits de l'homme ni la jurisprudence constante de la Cour. De plus, il n'aborde pas la question de la justification et de l'apologie d'un crime perpétré par le passé, qui appelle incontestablement une sanction pénale. Enfin, il ne vise que « l'expression d'une opinion erronée » et l'« interprétation incorrecte d'événements du passé ». Ces expressions sont ambiguës et trompeuses. Il est certain que le Comité n'avait pas l'intention d'y inclure des « déclarations délibérément fausses sur l'existence d'un crime », encore moins des déclarations délibérément fausses sur l'existence du pire des crimes, le génocide. Si tel était le cas, il reconnaîtrait également à l'apologie et la justification d'un assassin et de ses actes infâmes voire à la négation délibérée de la *Shoah* la qualité de discours relevant de la liberté d'expression. Ce paragraphe au libellé malheureux doit donc, tant qu'il n'a pas été révisé, être interprété de manière stricte et conforme au paragraphe 3 de l'article 19 et à l'article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. C'est d'ailleurs exactement ce qu'a fait le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans sa recommandation générale n° 35 précitée.

à un débat public et démocratique relatif à cette question; au contraire, ils étaient une incitation grave à l'intolérance et à la haine envers une minorité vulnérable. En fait, le requérant n'a présenté ou analysé aucun élément relatif à la portée et au but des atrocités, et il a même reconnu qu'il n'admettrait jamais l'existence de ce génocide, même si une commission scientifique neutre l'établissait.

24. En ce qui concerne le *mens rea*, les juridictions internes compétentes ont établi que le requérant avait été inspiré par une motivation « raciste » et « nationaliste » (paragraphe 52 de l'arrêt). Elles n'ont trouvé aucun but scientifique, historique ou politique à son discours. En agissant comme il l'a fait, le requérant a montré à plusieurs reprises et consciemment un mépris du cadre juridique existant dans un pays étranger où il s'était rendu dans le but prémédité de prononcer cette déclaration et ainsi de défier le droit national. En s'efforçant de blanchir le régime ottoman par la dénégation et la justification de sa politique génocidaire, il a posé par ses déclarations les fondations d'un accroissement de l'intolérance, de la discrimination et de la violence.

25. La motivation du requérant est un élément factuel qui ne pouvait être établi que par la juridiction interne qui a recueilli les preuves et qui l'a entendu. La Cour est tenue par le fait établi qu'il était inspiré par une motivation « raciste », elle ne peut pas changer ce fait. Or ce fait est crucial. Il montre que le requérant avait l'intention non seulement de nier l'existence du génocide des Arméniens, mais aussi d'accuser les victimes et le monde de falsifier l'histoire, de faire passer les Arméniens pour les agresseurs et de justifier la politique génocidaire ottomane en la présentant comme un acte de légitime défense, de minimiser l'ampleur des atrocités et des souffrances causées au peuple arménien par l'État turc et de diffamer et insulter les Arméniens de Suisse et du monde par des propos délibérément haineux et « racistes ». <sup>29</sup> Les expressions « mensonge international », « *historische Lüge* » et « *Imperialistische Lüge* » qu'il a employées ont clairement dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression, car elles revenaient à traiter les victimes de menteurs. <sup>30</sup> Dans cette mesure, le requérant a agi avec le même *dolus* inacceptable que l'avait fait M. Garaudy. Il a même agi de manière plus répugnante encore, en s'identifiant au personnage qui, selon les juridictions militaires turques compétentes, avait fomenté le génocide des Arméniens – Talaat Pacha. <sup>31</sup>

26. Etant donné que les faits ont été clairement établis par les juridictions internes et que les dispositions incriminant la négation du génocide sont légales, proportionnées au but visé et nécessaires au regard des principes énoncés par le Conseil de l'Europe, par l'Union européenne, par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, par la Cour constitutionnelle allemande et par les Cours suprêmes des États-Unis et du Canada, la question qu'il reste à trancher est celle de la proportionnalité de la sanction infligée au requérant, eu égard à la portée de sa liberté d'expression compte tenu de l'intérêt public allégué de son discours fait dans le cadre de réunions politiques publiques, ce afin de déterminer si, comme il le soutient, la peine qui lui a été imposée était excessive.

29 Nous ne pouvons donc pas nous ranger à l'avis exprimé par la majorité au paragraphe 52 lorsqu'elle dit qu'« il n'apparaît pas non plus que le requérant ait exprimé du mépris à l'égard des victimes des événements en cause ». Non seulement cette déclaration ne repose sur aucun élément de preuve, mais encore elle contredit les faits établis par les juridictions internes. La majorité se comporte ici comme un tribunal du fond, en réappréciant l'intention du requérant, alors qu'elle n'a pas eu l'occasion de l'entendre et de l'interroger personnellement.

30 Voir les déclarations faites par le requérant devant le procureur (23 juillet 2005), le juge d'instruction (20 septembre 2005) et le tribunal de police (8 mars 2007), qui figurent dans le dossier de l'affaire. Dans la décision *Witzsch c. Allemagne* du 20 avril 1999 (n° 41448/98), la Cour a jugé que l'expression « mensonges historiques » appliquée aux meurtres massifs perpétrés par les nazis n'était pas protégée par l'article 10. Elle a confirmé ce raisonnement dans les décisions *Schimanek c. Autriche* (n° 32307/96, 1<sup>er</sup> février 2000) et *Witzsch c. Allemagne* du 13 décembre 2005 (n° 7485/03).

31 Ce fait important a aussi été souligné par le Tribunal fédéral (point 5.2 de l'arrêt du 12 décembre 2007) ainsi que par le gouvernement défendeur dans ses observations à la Cour (§ 25). Nous ne pouvons donc pas admettre la thèse consistant à dire que l'objet des déclarations du requérant était la qualification juridique des événements en question et non ces événements en eux-mêmes. Cette thèse va à l'encontre du sens commun. Le requérant n'a pas seulement contesté la qualification juridique des faits, il a aussi mis le massacre des Arméniens sur le même plan que les pertes de guerre subies du côté turc et justifié la politique génocidaire de Talaat Pacha en la faisant passer pour un acte de légitime défense face à une agression arménienne.



27. Dans un monde civilisé, il n'y a pas d'intérêt public à protéger les déclarations qui dénigrent et humilient les victimes de crimes, discolpent les criminels ou s'y identifient et incitent à la haine et à la discrimination, même si les crimes horribles auxquels ces déclarations font référence ont eu lieu il y a 70 ans (génocide des Juifs) ou même 90 ans (génocide des Arméniens). De plus, les buts de politique pénale poursuivis par les tribunaux de l'État défendeur lorsqu'ils ont sanctionné la négation du génocide des Arméniens – prévention des troubles à l'ordre public face à la « provocation » du requérant, pour reprendre le terme du Tribunal fédéral, et protection de la dignité et de l'honneur des victimes et du peuple arménien en général – sont des facteurs pertinents de restriction de la liberté d'expression au regard de l'article 10 § 2 de la Convention. Dans la mise en balance de tous les facteurs pertinents aux fins du test de proportionnalité, le poids penche clairement en faveur du but de l'ingérence de l'État plutôt que de l'élément spatiotemporel.<sup>32</sup> Ainsi, les motifs sur lesquels reposait la condamnation litigieuse étaient à la fois pertinents et suffisants, et l'ingérence de l'État répondait bel et bien à un besoin social impérieux.

28. Enfin, la peine n'est absolument pas disproportionnée par rapport à la gravité des faits. Le requérant a été condamné à deux amendes: 90 jours-amende avec sursis et 2500 euros d'amende assortis d'une peine privative de liberté de substitution de 30 jours de prison. Il n'a pas été condamné à une peine de prison, alors que l'infraction dont il a été reconnu coupable était passible de 3 ans d'emprisonnement. Il n'a été ni détenu ni emprisonné en Suisse. Les tribunaux suisses ont fait preuve d'une retenue considérable dans cette affaire grave qui aurait pu donner lieu, à des fins de dissuasion générale et de prévention spéciale, à une peine plus lourde.

#### Conclusion

29. Dans une interview accordée à CBS en 1949 et disponible sur internet, Raphael Lemkin, qui est l'inventeur du terme « génocide » et l'inspirateur de la Convention sur le génocide, a dit ceci: « J'ai commencé à m'intéresser au génocide parce qu'il était arrivé aux Arméniens et que leur sort a été totalement ignoré à la Conférence de Versailles: leurs bourreaux étaient coupables de génocide, et ils n'ont pas été punis. » Depuis plusieurs décennies, les meurtres massifs planifiés, la torture systématique et la déportation organisée du peuple arménien et l'éradication préméditée de la chrétienté en Turquie qui ont eu lieu au début du XX<sup>e</sup> siècle sont considérés comme un « génocide oublié ». Mais les auteurs de la présente opinion ne l'oublient pas. Nous estimons donc que l'incrimination de la négation du génocide et la sanction infligée au requérant, en pleine conformité avec le droit en vigueur dans l'État défendeur, pour avoir nié l'existence du génocide des Arméniens, n'ont pas emporté violation de l'article 10 de la Convention.'

#### NOOT

1. De vermeende Armeense genocide wordt ook wel de 'vergeten genocide' genoemd.<sup>33</sup> De Armeense genocide is in ieder geval niet zo algemeen erkend als de Holocaust. Zowel onder politici als onder juristen en historici is er bovendien discussie over de kwalificatie van de wreedheden begaan tegen de Armeniërs in 1915 en de daarop volgende jaren. De onderhavige zaak gaat over de Turkse politicus Perinçek die tijdens verschillende congressen in Zwitserland

32 Le fait qu'un discours ait été tenu dans le cadre d'un débat politique ou d'une réunion politique est évidemment sans incidence sur sa nature raciste ou discriminatoire. Voir l'opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Vona c. Hongrie*, précitée, ainsi que l'affaire *Féret c. Belgique* (n° 15615/07, §§ 75-76, 16 juillet 2009) et, devant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, les communications n° 34/2004 (§ 7.5), 43/2008, (§ 7.6) et 48/2010 (§ 8.4).

33 Deze term wordt onder meer aangehaald door *dissenters* Vučinić en Pinto de Albuquerque in par. 29 van hun *dissenting opinion*.

de genocide op de Armeniërs door het Ottomaanse Rijk omschreef als een 'internationale leugen'.<sup>34</sup> Hoewel het Hof zich regelmatig heeft uitgesproken over veroordelingen voor het ontkennen van de Holocaust, is dit de eerste keer dat het Hof met deze specifieke kwestie wordt geconfronteerd. Gelet op het verzet van Turkije tegen erkenning van de Armeense genocide, is het niet verrassend dat de Turkse staat als derde partij intervenueert in deze zaak en zich schaart aan de zijde van Perinçek.

2. De onderhavige annotatie beperkt zich tot een bespreking van een aantal opvallende punten in de uitspraak van het EHRM zelf. De consequenties van deze uitspraak voor Nederland, die al uitgebreid aan de orde komen in de annotatie van Van Sasse van Ysselst bij de deze uitspraak in *EHRC*, zullen hier slechts kort worden aangestipt.<sup>35</sup> Bij de Tweede Kamer ligt immers nog het initiatiefvoorstel van Kamerlid Voordewind (CU).<sup>36</sup> Dit voorstel beoogt middels een nieuw artikel 137da Sr de ontkenning en rechtvaardiging van volkerenmoord strafbaar te stellen. Tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer is de Armeense kwestie nadrukkelijk aan de orde geweest.<sup>37</sup> Tot op heden heeft de Kamer echter nog geen reactie van de initiatiefnemer mogen ontvangen op haar kritische vragen tijdens de eerste termijn. De onderhavige uitspraak van het EHRM zal het er volgens Van Sasse van Ysselst voor de initiatiefnemer niet makkelijker op maken zijn voorstel door het parlement te loodsen.

3. Het Hof behandelt eerst de ontvankelijkheid van de klacht van Perinçek in het licht van de misbruikclausule van artikel 17 EVRM. Artikel 17 is oorspronkelijk in het Verdrag opgenomen om te voorkomen dat individuen of groeperingen met totalitaire bedoelingen middels een beroep op het Verdrag afbreuk zouden kunnen doen aan het zo zorgvuldig opgebouwde systeem van mensenrechtenbescherming.<sup>38</sup> In procedures over ontkenning van de Holocaust grijpt het Hof stelselmatig terug op artikel 17 EVRM om een klacht wegens onverenigbaarheid met de tekst en geest van het verdrag niet-ontvankelijk te verklaren of een beperking van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk te achten in een democratische samenleving.<sup>39</sup> Het Hof voelt dus op zijn klompen aan dat het aandacht moet besteden aan de vraag of artikel 17 EVRM ook in dit geval van toepassing is. In deze zaak gaat het immers ook over het ontkennen van misdaden die, in ieder geval door Zwitserland, zijn erkend als genocide. Wellicht werd het hiertoe ook geïnspireerd door de Turkse staat die, vooruitlopend op de overwegingen van het Hof, betoogde dat artikel 17 EVRM niet aan de orde zou zijn.<sup>40</sup> De Zwitserse staat, die hiervoor de aangewezen partij zou zijn, had echter geen beroep gedaan op de bepaling.<sup>41</sup>

34 Par. 7.

35 De annotatie van Van Sasse van Ysselst bij de onderhavige zaak is te vinden in *EHRC* 2014/60.

36 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 579.

37 *Handelingen II* 13 september 2011, nr. 105-15, p. 52-65.

38 Zie ook H. Cannie & D. Voorhoof, 'The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection?', *NQHR* 2011, p. 56-57.

39 EHRM 24 juni 2003, appl.no. 65831/01 (Garaudy/Frankrijk), *EHRC* 2003/69; EHRM 2 september 2004 en 13 december 2005, appl.no. 7485/03 (Witzsch/Duitsland); EHRM (ontv. besl.) 20 april 1999, appl.no. 41448/98 (Witzsch/Duitsland); EHRM 23 september 1998, appl.no. 24662/94 (Lehideux en Isorni/Frankrijk).

40 Zie par. 50.

41 Zie par. 49.

4. Juist nu het Hof ingaat op artikel 17 zonder dat de verwerende staat daarom expliciet heeft verzocht, is het opvallend dat het vervolgens, anders dan in de Holocaust-jurisprudentie, oordeelt dat de bepaling niet van toepassing is. In de eerste plaats benadrukt het Hof dat ook uitlatingen die beledigen, choqueren, of verstoren worden beschermd door artikel 10 EVRM.<sup>42</sup> Bovendien zou Perinçek niet de moorden en deportaties van destijds hebben ontkend, maar slechts de kwalificatie hiervan als genocide.<sup>43</sup> Dat laatste is overigens discutabel. In de nationale procedure is namelijk vast komen te staan dat Perinçek niet alleen de kwalificatie van de omstandigheden van 1915 afwijst als genocide, maar ook de verantwoordelijkheid voor de gebeurtenissen bij de Armeniërs legt en hen verwijt de Turken te hebben aangevallen. Ook geeft hij hoog op over Talaat Pacha, die gezien wordt als één van de aanstichters van de Armeense genocide.<sup>44</sup> Tot slot heeft Perinçek laten weten dat hij de Armeense genocide nooit zal erkennen, ook niet als deze door een neutrale commissie zou worden vastgesteld.<sup>45</sup>

5. Uit de jurisprudentie over artikel 17 EVRM leidt het Hof verder af dat een discours onder de werking van deze bepaling valt als wordt aangezet tot haat of geweld. In zaken over het ontkennen van de Holocaust komt dit criterium echter niet zo expliciet naar voren. Sterker nog, in de zaak *Lehideux en Isorni t. Frankrijk* overwoog het Hof nog dat het ontkennen of herzien van gebeurtenissen in de categorie van 'clearly established historical facts – such as the Holocaust –' door het bepaalde in artikel 17 per definitie niet de bescherming genieten van artikel 10 EVRM, dus ongeacht de vraag of met een dergelijke ontkenning wordt aangezet tot haat of geweld.<sup>46</sup> In de onderhavige zaak concludeert het Hof echter dat het verwerpen van de kwalificatie van de gebeurtenissen van 1915 als genocide op zichzelf genomen niet aanzet tot haat tegen het Armeense volk. Perinçek heeft volgens het Hof daardoor zijn recht om openlijk te debatteren over publieke kwesties, zelfs als die gevoelig en onsympathiek zijn, niet misbruikt.<sup>47</sup>

6. Hiermee lijkt het Hof het toepassingsbereik van artikel 17 EVRM te beperken. Dit lijkt mij op zich verstandig. Het gevolg van toepassing, namelijk het volledig onttrekken van een bepaalde meningsuiting aan het beschermingsbereik van het EVRM, is dusdanig verstrekkend dat deze bepaling slechts in de meest extreme gevallen dient te worden toegepast.<sup>48</sup> De overwegingen omtrent de verschillen tussen deze zaak en eerdere zaken over ontkenning van de Holocaust zijn echter niet op alle punten overtuigend. In zaken over de Holocaust neemt het Hof zonder twijfel aan dat het ontkennen hiervan per definitie onverenigbaar is met het Verdrag, zonder de vraag te stellen of wordt aangezet tot haat of geweld tegen Joden. Verderop in de uitspraak legt het Hof uit dat de uitlatingen van Perinçek niet aanzetten tot haat of geweld. Dit in tegenstelling tot ontkenning van de Holocaust, die volgens het Hof nog altijd de drijvende kracht achter het antisemitisme is. Voor ontkenning van de Armeense genocide acht het Hof echter niet

42 Zie ook EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72 (*Handyside/VK*), par. 49.

43 Par. 51.

44 Par. 5.2 van de uitspraak van het Zwitserse Federale Tribunaal, aangehaald in par. 13 van de uitspraak.

45 Par. 6 van de uitspraak van het Zwitserse Federale Tribunaal, aangehaald in par. 13 van de uitspraak.

46 EHRM 23 september 1998, appl.no. 24662/94 (*Lehideux en Isorni/Frankrijk*), par. 47.

47 Par. 52.

48 EHRM (GK) 6 januari 2011, appl.no. 34932/04 (*Paksas/Litouwen*), EHRC 2011/47 (m.nt. De Lange, par. 87). Van Sasse van Ysselt is deze mening ook toegedaan, zie zijn annotatie bij deze uitspraak in EHRC 2014/60.

bewezen dat dit samenhangt met haat tegen Armeniërs.<sup>49</sup> Deze conclusie wordt door het Hof helaas niet nader onderbouwd. De twee dissenters veronderstellen daarentegen namelijk dat ontkenning van de Armeense genocide wel degelijk moet worden gezien in verband met de haat en discriminatie waarvan Armeniërs als kwetsbare minderheid in diverse landen het slachtoffer zijn.<sup>50</sup> Net als andere kwetsbare minderheden moeten zij profiteren van een speciale bescherming. Dat is volgens hen immers waar het Verdrag voor bedoeld is. Hoewel de twee kritische dissenters niet helemaal overtuigd lijken door de overwegingen van de meerderheid omtrent de ontvankelijkheid van het beroep in het licht van artikel 17 EVRM, besluiten ook zij dat een inhoudelijke behandeling van de verenigbaarheid van de beperking met artikel 10 EVRM op zijn plaats is.<sup>51</sup> In dat kader kan het Hof namelijk aan de hand van de beperkingscriteria tot een uitgebreidere inhoudelijke afweging komen met betrekking tot de toelaatbaarheid van de veroordeling van Perinçek.

7. In het kader van de inhoudelijke toetsing aan de beperkingscriteria in het tweede lid van artikel 10 EVRM gaat het Hof eerst in op de vraag of artikel 261<sup>bis</sup> van het Zwitserse Wetboek van Strafrecht een voldoende wettelijke basis biedt voor de veroordeling. Het Hof betwijfelt of de bepaling wel precies genoeg is geformuleerd om voldoende voorzienbaar te zijn.<sup>52</sup> De bepaling verwijst immers niet naar een specifieke historische gebeurtenis, waardoor onduidelijk zou kunnen zijn of de Armeense genocide hier ook onder valt.<sup>53</sup> Het Hof is echter van oordeel dat Perinçek, als jurist en politicus, wist dat hij het risico liep wegens zijn uitlatingen te worden vervolgd en acht de beperking van diens recht dus bij wet voorzien.<sup>54</sup> Voorts vindt ook de opmerking van de Turkse overheid dat de veroordeling van Perinçek geen van de in artikel 10, tweede lid, genoemde legitieme doelen zou dienen, geen weerklank bij het Hof. Hoewel het Hof het niet met de Zwitserse overheid eens is dat de veroordeling noodzakelijk was ter bescherming van de openbare orde, biedt het andere motief, de bescherming van de rechten van de families en nabestaanden van de Armeense slachtoffers, volgens het Hof wel voldoende basis voor de veroordeling.<sup>55</sup>

8. Zoals gewoonlijk zijn de meest interessante overwegingen te vinden in de beoordeling of de veroordeling noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het Hof benadrukt in de eerste plaats dat het niet zijn taak is om zich uit te spreken over de misdaden die begaan zijn tegen de Armeense bevolking van het Ottomaanse Rijk of over de kwalificatie van de gebeurtenissen in 1915 in het licht van de Zwitserse strafbepaling.<sup>56</sup> Het constateert slechts dat de kwalificatie van de gebeurtenissen voorwerp zijn van historisch, juridisch en politiek debat. Met de mening van de klager hierover en diens deelname aan dit debat is daarom een groot publiek belang gediend. De beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) voor de nationale

49 Par. 119.

50 Zie par. 21 van de *dissenting opinion* van rechters Vučinić en Pinto de Albuquerque.

51 Zie par. 1 van de *dissenting opinion* van de rechters Vučinić en Pinto de Albuquerque.

52 Par. 66-68.

53 Par. 70.

54 Par. 71. Zie voor een uitgebreidere bespreking van dit onderdeel van de uitspraak de annotatie van Van Sasse van Ysselt bij deze uitspraak in *EHRC* 2014/60.

55 Par. 75.

56 Par. 111.

autoriteiten is in een dergelijke situatie volgens het Hof zeer beperkt.<sup>57</sup> Deze benadering is echter alles behalve evident. Het Hof had in het gebrek aan consensus namelijk ook een reden kunnen zien om de nationale autoriteiten juist een ruime beoordelingsruimte te gunnen. De vraag of er Europese consensus is op een bepaald thema is vaak het belangrijkste criterium voor het Hof om de beoordelingsruimte te bepalen, waarbij de beoordelingsruimte groter wordt naarmate er minder eenstemmigheid bestaat over de noodzaak van een bepaalde bescherming of regulering van de uitoefening van een grondrecht.<sup>58</sup> Juist bij een zo controversieel onderwerp als de Armeense genocide, waarbij geldt dat de opvattingen in Europa over de erkenning daarvan en de noodzaak van strafbaarstelling van ontkenning verdeeld zijn, had een ruime beoordelingsruimte wellicht meer voor de hand gelegen. Ook de dissenters in deze zaak zijn van mening de verdragsstaten in het kader van de beoordeling van een dergelijke tragische historische gebeurtenissen een ruime beoordelingsruimte moeten hebben.<sup>59</sup> De meerderheid geeft echter kennelijk de voorkeur aan het belang van de vrijheid van meningsuiting voor een vrije, democratische samenleving als criterium voor het bepalen van de beoordelingsruimte. Omdat een vrij debat, ook over controversiële historische gebeurtenissen, van groot belang is in een democratische samenleving, is de het toezicht hierop door het Hof groter en de beoordelingsruimte voor de nationale autoriteiten dus geringer. Een degelijke beperkte interpretatie van de beoordelingsmarge voor de nationale autoriteiten biedt het Hof meer mogelijkheden om een schending te constateren. Wellicht was het Hof hier ook op uit. Dit laat echter wel maar weer eens zien dat het Hof niet altijd even consistent omgaat met het consensusargument.<sup>60</sup>

9. Dit laatste blijkt ook al doordat uiteindelijk de vraag naar consensus wel degelijk een rol speelt in deze uitspraak. Algemene consensus over de juridische kwalificatie van de gebeurtenissen in 1915 voor de Zwitserse rechter namelijk het belangrijkste motief om tot de veroordeling van Perinçek over te gaan.<sup>61</sup> Zwitserland lijkt hiermee echter vooral te refereren aan de nationale consensus op dit punt. Het Hof oordeelt daarentegen dat er over de Armeense genocide juist geen algemene consensus bestaat, internationaal noch nationaal. In de eerste plaats zijn niet alle politieke organen in Zwitserland het eens over deze kwestie. In de tweede plaats hebben slechts 20 van de 190 staten in de wereld de Armeense genocide erkend. Daarbij komt in veel gevallen deze erkenning, net als in Zwitserland, niet van de regering, maar van (één van de Kamers van) het parlement.<sup>62</sup> Verder acht het Hof relevant dat in het internationale strafrecht de term genocide verwijst naar een nauwkeurig omschreven juridisch begrip, te weten de opzettelijke gehele of gedeeltelijke vernietiging van een nationale, etnische, raciale of religieuze

57 Par. 112-113.

58 Zie ook J. Gerards, *EVRM Algemene beginselen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 193-199.

59 Zie par. 15 van de *dissenting opinion* van rechters Vučinić en Pinto de Albuquerque.

60 Zie bijvoorbeeld ook EHRM 11 december 2008, appl.no. 21132/05 (TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti/Noorwegen), EHRC 2009/25 (m.nt. Broeksteeg), par. 65-66 en EHRM 16 april 2009, appl.no. 34438/04 (Egeland en Hanseid/Noorwegen), par. 54-55, EHRC 2009/75 (m.nt. Gerards). Zie hiervoor uitgebreid J. Gerards, 'Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights', in: M. Claes & M. de Visser, *Constructing European Constitutional Law*, Oxford: Hart, verwacht in 2014, tevens te vinden op <ssrn.com/abstract=2344626>.

61 Par. 114.

62 Par. 115.

groep (zie artikel 2 van het Genocideverdrag<sup>63</sup>), een delictsomschrijving die zeer lastig te bewijzen is. Het Hof gelooft dan ook niet dat de consensus waarop Zwitserland zich beroept ook het voldoen aan deze strenge definitie betreft.<sup>64</sup> Het Hof geeft zelfs aan dat een algemene consensus over de Armeense genocide waarschijnlijk onmogelijk is. Op dit punt onderscheidt het ontkennen van de wreedheden tegen de Armeniërs zich volgens het Hof van ontkenning van de Holocaust.<sup>65</sup> Over de feiten van de Holocaust en de erkenning daarvan als genocide bestaat wel wetenschappelijke en politieke consensus. De methode van de Zwitserse rechter om consensus over de Armeense genocide als uitgangspunt te nemen voor de veroordeling van Perinçek, acht het Hof daarom op zijn minst twijfelachtig.<sup>66</sup> Het Hof lijkt het consensusargument in deze zaak daarmee vooral in zijn eigen voordeel in te zetten. Bij de bepaling van de omvang beoordelingsruimte negeert het Hof het consensusargument om te komen tot een beperkte beoordelingsruimte. De nationale consensus die door Zwitserland wordt aangedragen als basis voor de veroordeling van Perinçek wordt vervolgens door het Hof afgewezen.

10. Het ontbreken van consensus wordt echter vervolgens wel weer (impliciet) door het Hof als argument gebruikt waar het gaat om de noodzaak van strafbaarstelling van het ontkennen van de Armeense genocide. Een rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd door het *Swiss Institute of Comparative Law* (ISDC) heeft laten zien dat slechts twee van de zestien onderzochte landen, te weten Luxemburg en Spanje, een algemeen verbod van het ontkennen van genocide kenden ten tijde van de veroordeling van Perinçek.<sup>67</sup> De conclusie dat er in Europa wel consensus lijkt te bestaan als het gaat om het niet strafbaarstellen van het ontkennen van de Armeense genocide wordt door het Hof omarmd om de geïsoleerde positie van Zwitserland in deze discussie te benadrukken. In de meeste andere landen was er kennelijk geen dwingende maatschappelijk behoefte om tot strafbaarstelling over te gaan. Waarom zou die er in Zwitserland dan wel zijn geweest? Het Hof acht niet bewezen dat er in Zwitserland een *sterkere* dwingende maatschappelijk behoefte zou bestaan om ontkenning van de Armeense genocide strafbaar te stellen dan in andere Europese landen.<sup>68</sup> Door deze eis te stellen onderwerpt het Hof Zwitserland aan een opvallend strenge toets. Het vergt niet alleen dat Zwitserland verdedigt waarom er nationaal een dwingende maatschappelijke behoefte zou bestaan om ontkenning van genocide strafbaar te stellen, maar ook dat Zwitserland rechtvaardigt waarom die dwingende maatschappelijke behoefte daar wel bestaat, nu deze in veel andere Europese landen kennelijk niet bestaat. Deze strenge eis zou kunnen worden verklaard door de zeer beperkte beoordelingsruimte die het Hof Zwitserland gunt. Eerder heb ik reeds vraagtekens gesteld bij de vaststelling van deze beoordelingsruimte in het licht van de internationale verdeeldheid over de Armeense genocide. In dat kader laat deze eis wel erg weinig ruimte voor een nationale beoordeling. Beter had het Hof meer aandacht kunnen besteden aan de dwingende maatschappelijk behoefte die blijkbaar in Zwitserland bestond om tot strafbaarstelling over te gaan.

63 Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 9 december 1948.

64 Par. 116.

65 Par. 117.

66 Par. 118.

67 Zie par. 30 (hierboven niet opgenomen) voor een bespreking van dit onderzoek.

68 Par. 120.

11. Daarnaast verwijst het Hof naar recente ontwikkelingen in Spanje en Frankrijk om zijn oordeel kracht bij te zetten. In beide landen oordeelde de hoogste rechter dat een algemene wettelijke bepaling tot strafbaarstelling van het ontkennen van genocide in strijd was met de in de constitutie beschermde vrijheid van meningsuiting. Bovendien bewijst de recente uitspraak van het Franse Grondwettelijke Raad volgens het Hof dat het niet tegenstrijdig is om aan de ene kant de Armeense genocide te erkennen en aan de andere kant het ontkennen ervan niet strafbaar te stellen.<sup>69</sup> Beide ontwikkelingen kwamen het Hof schijnbaar wel erg goed uit. Verder ziet het Hof zich gesteund door Algemeen Commentaar nr. 34 van het Mensenrechtencomité van de VN uit 2011 over de vrijheid van meningsuiting in artikel 19 IVBPR. In paragraaf 49 van dit commentaar wordt gesteld dat wetgeving die meningsuiting over historische feiten strafbaar stelt onverenigbaar is met de verplichtingen van de staten onder het Verdrag.<sup>70</sup> De tekst van het commentaar suggereert echter dat ook over de Holocaust wel discussie mogelijk zou moeten zijn, een suggestie die duidelijk niet past in de vaste lijn van de Holocaust-jurisprudentie van het Hof. Het Hof laat na duidelijk te maken waarom het dit commentaar in het geval van ontkenning van de Armeense genocide wel relevant acht; ook op dit punt maakt de verwijzing dus een wat selectieve indruk.

12. Al met al lijkt het Hof het zichzelf met de stelselmatige aanpak van het ontkennen van de Holocaust lastig te hebben gemaakt. Vanwege de harde aanpak van Holocaustontkenningen, moet het Hof extra goed uitleggen waarom het voor het ontkennen van een andere vermeende genocide, in dit geval op de Armeniërs, een andere maatstaf hanteert. Hoewel het Hof daar wellicht goede redenen voor heeft, weten de argumenten in deze uitspraak van het Hof niet op alle punten te overtuigen. Waarom besluit het Hof in deze zaak over een thema waarover veel onenigheid bestaat tussen de lidstaten tot een dusdanig beperkte beoordelingsruimte voor Zwitserland dat het zelfs moet rechtvaardigen waarom de dwingende maatschappelijke behoefte daar groter is dan in andere Europese staten? En waarom zou het ontkennen van de Armeense genocide niet aanzetten tot haat of geweld tegen Armeniërs, terwijl dit verband volgens het Hof wel één op één bestaat tussen het ontkennen van de Holocaust en het aanzetten tot haat of geweld tegen Joden? Tot slot roept deze uitspraak de vraag op hoe het Hof in een zaak als deze dient vast te stellen of er sprake is van consensus. Moet het daarvoor kijken naar de standpunten van de lidstaten over de kwalificatie van de Armeense genocide of over het strafbaarstellen van het ontkennen daarvan?<sup>71</sup> Dergelijke fundamentele vragen verdienen een verwijzing van deze zaak naar de Grote Kamer, zoals de twee dissenters betogen.<sup>72</sup> Ook de Zwitserse overheid is schijnbaar deze mening toegedaan. Het Zwitserse *Bundesamt für Justiz* heeft namelijk in een persbericht laten weten een verzoek te hebben ingediend voor een behandeling van de zaak door de Grote Kamer.<sup>73</sup> Ten tijde van de afronding van deze annotatie had het Grote Kamer Panel echter nog niet besloten of de zaak daadwerkelijk aan de Grote Kamer wordt voorgelegd.

69 Par. 123.

70 Par. 124.

71 De vraag op welk niveau een consensus moet worden vastgesteld speelde ook in de zaak EHRM 16 december 2010, appl.no. 25579/05 (A, B & C/Ierland). Gerards gaat hier in haar annotatie bij de zaak uitgebreid op in, zie EHRM 2011/40, par. 5-7.

72 Zie par. 1 van de *dissenting opinion* van rechters Vučinić en Pinto de Albuquerque.

73 <http://bj.admin.ch/content/bj/en/home/dokumentation/medieninformationen/2014/2014-03-11.html>.