

Spectacle humoristique à relents négationnistes punissables : des propos contraires aux valeurs de la CEDH ne bénéficient pas de la protection de la liberté d'expression

Arrêt TF 6B_777/2022 (f) du 16 mars 2023*

Par Camille Montavon, le 27 avril 2023

La remise en question de l'existence des chambres à gaz durant l'Holocauste constitue une négation de l'extermination systématique des personnes juives sous le régime nazi et est dès lors susceptible de réaliser les éléments constitutifs de l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP (incriminant la négation, la minimisation ou la justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité), même si les propos négationnistes sont tenus dans le cadre d'un spectacle humoristique. Si la protection de la liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH couvre également la satire, elle est néanmoins restreinte par la clause de l'interdiction de l'abus de droit de l'art. 17 CEDH. Ainsi des propos contraires aux valeurs sous-tendant la CEDH se voient-ils soustraits à la protection de l'art. 10 CEDH par le biais de l'art. 17 CEDH.

I. En fait

À la suite d'une représentation en public à Nyon en 2019, l'humoriste français Dieudonné est reconnu coupable de discrimination raciale par la Cour de justice de la République et canton de Genève, sur la base des faits suivants. Interprétant le rôle d'un passager à bord d'un avion sur le point de s'écraser, l'humoriste s'est exclamé, dans son sketch, « J'aurais dû être terroriste, au moins tu crèves pour quelque chose [...] J'emmerde tout le monde, les chambres à gaz n'ont jamais existé ». Il a par ailleurs tenu les propos suivants à l'attention du public : « Ah, [...] B [une association juive] me fait un procès ? Il faut leur dire d'aller se faire enculer à B ». L'humoriste condamné porte l'affaire devant le Tribunal fédéral, contestant sa condamnation pour discrimination raciale et concluant à son acquittement.

II. En droit

Le Tribunal fédéral commence par restituer la teneur de l'art. 261^{bis} CP qui incrimine l'incitation à la haine (paragraphe 1) et la discrimination (paragraphe 4) fondée sur l'appartenance raciale, ethnique, religieuse ou, depuis la modification de 2020, l'orientation sexuelle. Les juges rappellent que le bien juridique protégé par cette norme pénale antidiscriminatoire est la dignité humaine et l'égalité entre les êtres humains, et, indirectement, la paix publique. L'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP réprime plus précisément trois comportements publics que sont la négation, la minimisation grossière et la recherche de justification d'un génocide ou autre crime contre l'humanité. Le premier cas de figure couvre

tant la négation que la remise en question de la véracité d'un événement, que ce soit explicitement ou sous une forme interrogative (ATF 126 IV 20, c. 1e). La négation de l'Holocauste remplit les éléments constitutifs de cette disposition car cet événement historique est reconnu comme établi, notoire, incontestable ou indiscutable (ATF 129 IV 95, c. 3.4.4). La remise en question de l'existence des chambres à gaz, plus spécifiquement, est une négation de l'extermination systématique des personnes juives sous le régime nazi et est dès lors susceptible de répondre à la typicité de l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP. Pour que le comportement tombe sous le coup de l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP, il doit cependant consister en une manifestation caractéristique de la discrimination, ce qui suppose la présence de mobiles particuliers chez l'auteur, soit la haine ou le mépris des personnes appartenant au groupe cible (ATF 145 IV 23, c. 2.3). L'intention est nécessaire, le dol éventuel étant suffisant (c. 1.1.1-1.1.13).

Si la détermination du contenu du message et du mobile haineux relève de constatations de fait, l'interprétation du message se rapporte en revanche à l'application du droit, que le Tribunal fédéral revoit librement. Le caractère discriminatoire du discours se détermine en référence au sens qu'un destinataire non prévenu lui donnerait, en considérant l'ensemble des circonstances, soit, notamment, la personne dont émane le message et celles qui sont visées (not. ATF 148 IV 113, c. 3 ; 145 IV 462, c. 4.2.3). Cette interprétation se fait en outre à la lumière des principes régissant la liberté d'expression (art. 16 Cst. ; art. 10 CEDH), étant rappelé que même des opinions choquantes peuvent être exprimées dans une démocratie, en particulier dans un contexte politisé où les simplifications et les exagérations sont usuelles (not. ATF 148 IV 113, c. 3 ; 143 IV 193, c. 1) (c. 1.1.4).

Le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence de la CourEDH, en notant que la protection de la liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH couvre également la satire. Cette forme d'expression artistique ne peut être censurée du seul fait qu'elle provoque des réactions négatives ou indignées (CourEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25.1.2007, § 33). Elle n'en demeure pas moins soumise aux limites posées à l'art. 10 par. 2 CEDH selon lequel la liberté d'expression peut être restreinte (c. 1.2.1). La CourEDH définit ces limites à l'aune de l'interdiction de l'abus de droit selon l'art. 17 CEDH : des groupes ou individus ne peuvent tirer de la CEDH un droit qui leur permettrait d'accomplir un acte violent des droits et libertés reconnus dans la CEDH. Des propos contraires aux « valeurs qui sous-tendent la CEDH » se voient ainsi soustraits à la protection de l'art. 10 CEDH par le biais de l'art. 17 CEDH. *In casu*, il ne fait pas de doute que la phrase « les chambres à gaz n'ont jamais existé » fait référence à l'Holocauste, et revient à nier le génocide des personnes juives durant la Seconde guerre mondiale, ce qui remplit les éléments constitutifs objectifs de l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP. Le caractère négationniste de cette déclaration ne pouvait être ignoré du recourant, qui concédait, dans son sketch, dire une phrase « interdite » (c. 1.2.2-1.2.3).

Le recourant conteste avoir été guidé par un mobile discriminatoire. Il se prévaut de sa liberté d'expression et du contexte humoristique dans lequel les propos litigieux ont été tenus. À cet égard, le Tribunal fédéral relève que le spectacle avait des relents négationnistes (qualification du procès de Nuremberg en tant que « GPS de la conscience »

et de « divertissement judiciaire », propos dégradants à l'encontre d'associations juives, évocation d'une chanson titrée « Shoananas »). Les juges en déduisent un mépris certain des victimes de la Shoah et, plus généralement, de la communauté juive. Tenant compte du contexte global dans lequel s'inscrivaient ces propos, le Tribunal fédéral souligne les multiples condamnations de l'humoriste pour diffamation et provocation à la discrimination raciale ou religieuse dans d'autres pays, ainsi que l'invitation récente d'un négationniste notoire sur scène. Dans le cas d'espèce, l'interprétation d'un personnage de fiction apparaît clairement comme un moyen d'exprimer des opinions personnelles à caractère antisémite, pour lesquelles le recourant est indéniablement connu en Suisse romande comme ailleurs (c. 1.4.1-1.4.2).

Sous l'angle de la liberté d'expression, enfin, les propos incriminés traduisent une idéologie qui est elle-même contraire aux droits et libertés reconnus par la CEDH, de sorte que les limites de l'art. 17 CEDH trouvent application. Que ces déclarations s'inscrivent dans un spectacle humoristique n'y change rien ; l'expression artistique ne saurait justifier un blanc-seing pour proférer des propos négationnistes ou révisionnistes. En l'occurrence, si l'on peut comprendre qu'un personnage ait un discours désinhibé et absurde en voyant sa mort approcher, il est difficile de saisir dans quelle mesure la phrase « les chambres à gaz n'ont jamais existé » a une quelconque fin humoristique. Elle ne fait que refléter un positionnement du recourant, susceptible de créer la polémique et minimisant la souffrance du peuple juif (c. 1.4.4). Le mobile discriminatoire du recourant est ainsi manifeste et sa condamnation au titre de l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP est confirmée, son recours rejeté (c. 1.5 et 5).

III. Commentaire

La conclusion à laquelle parvient le Tribunal fédéral mérite d'être saluée. Elle fait honneur à l'approche du discours de haine adoptée par la CourEDH, qualifiée de *militant democracy*. À l'opposé d'une conception libérale de la démocratie, la conception militante repose sur l'idée que la démocratie suppose le respect de certaines valeurs, dont la dignité, l'égalité et le respect mutuel des citoyens, lesquelles sont menacées par le discours de haine. L'art. 17 CEDH est une consécration de cette approche militante : selon cette clause dite de l'interdiction de l'abus de droit, le discours de haine ou discriminatoire est soustrait à la protection de la liberté d'expression en tant qu'il est contraire aux valeurs promues par la Convention (la paix, l'égalité, la tolérance, la dignité humaine). Dans le cas de propos à caractère négationniste, cette interprétation de la CourEDH trouve précisément une illustration dans une affaire concernant Dieudonné : l'humoriste, interprétant un déporté juif des camps de concentration, avait invité un négationniste notoire sur scène afin de lui dédier le « Prix de l'infréquentabilité et de l'insolence » ; la Cour a jugé que ce spectacle ne bénéficiait pas de la protection de l'art. 10 CEDH car il exprimait une idéologie allant « à l'encontre des valeurs de la CEDH », sous couvert de l'humour (*CourEDH Dieudonné M'BALA M'BALA c. France* du 20.10.2015, § 39).

Le raisonnement du Tribunal fédéral nous semble néanmoins discutabile à deux égards. Premièrement, l'interprétation du caractère discriminatoire du message en référence au sens que lui conférerait un destinataire non prévenu doit être interrogée. Cette référence (que

nous avons déjà abordée de manière critique dans Camille MONTAVON, La responsabilité pénale du détenteur d'un compte Facebook public pour des publications de tiers constitutives de l'art. 261^{bis} CP, *in* : <https://www.crimen.ch/110/> du 2 juin 2022) se comprendrait tout au plus si l'art. 261^{bis} par. 4 CP visait à protéger la paix publique au premier titre, et non la dignité humaine des personnes et groupes ciblés (une partie de la doctrine retient néanmoins la paix publique comme bien juridique protégé par cette partie du quatrième paragraphe de la norme, contrairement au Tribunal fédéral dans le présent arrêt ; not. CR CP II-MAZOU, art. 261^{bis}N 49). Compte tenu du bien juridique protégé en premier lieu par cette norme pénale antidiscriminatoire, il nous apparaît pour le moins critiquable de s'en remettre à la perception d'un tiers étranger aux réalités de vie spécifiques du groupe vulnérable. Celle d'une personne de sensibilité moyenne appartenant au groupe cible serait à notre sens davantage pertinente pour juger de l'existence d'une atteinte à la dignité humaine.

Nous relevons deuxièmement que le Tribunal fédéral demande, au titre d'éléments constitutifs de l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP, tant la composante discriminatoire du discours que la présence d'un mobile haineux chez l'auteur. À ce propos, notons que la lettre de l'art. 261^{bis} par. 4 CP ne mentionne pas le mobile haineux ou discriminatoire, qui n'est au demeurant pas systématiquement évoqué dans la jurisprudence fédérale relative à cette disposition. Dans un arrêt de 2018, le Tribunal fédéral a interprété l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP comme supposant un mobile haineux (ATF 145 IV 23, c. 2.3), tranchant une question jusqu'alors laissée ouverte (ATF 127 IV 203, c. 3 ; ATF 126 IV 20, c. 1d). Or, l'exigence du mobile a été déduite de l'emploi de l'expression « pour la même raison » (en raison de l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de l'orientation sexuelle) à l'art. 261^{bis} par. 4 *in fine* CP, une déduction qui ne nous semble pas avoir force d'évidence. Dans les différents ordres juridiques disposant de législations pénales antidiscriminatoires (réprimant le discours de haine et/ou les crimes de haine), la sélection du groupe et le mobile haineux (ou discriminatoire, hostile) ne se confondent en effet pas. Ces lois suivent d'ailleurs l'un ou l'autre des deux modèles suivants : le modèle dit d'hostilité (*animus model*), exigeant que la preuve du mobile haineux ou discriminatoire soit apportée ; ou le modèle de la sélection discriminatoire du groupe, dans lequel il suffit que l'auteur ait agi en raison de l'appartenance de la ou des victimes à un groupe protégé, sans devoir prouver une motivation haineuse (Mark A. WALTERS, Abenaa OWUSU-BEMPAH, Susann WIEDLITZKA, Hate crime and the "justice gap": the case for law reform, *Criminal Law Review* 2018, 961 ss). Dans le présent arrêt, force est de constater que l'analyse du caractère discriminatoire du message et celle de la motivation de l'auteur (abordée bien qu'elle relève de constatations de fait) ne sont pas clairement distinguées. Aussi nous semble-t-il que l'approche du Tribunal fédéral gagnerait à être précisée à cet égard, et ce pour les deux comportements réprimés par le quatrième paragraphe de l'art. 261^{bis} CP, en ayant à l'esprit qu'une combinaison des deux modèles revient à poser des exigences particulièrement élevées, limitant sensiblement la portée de l'art. 261^{bis} CP. Le modèle de la sélection du groupe cible, supposant la détermination du caractère discriminatoire des propos ou de l'acte, est à notre sens satisfaisant, le mobile haineux ou discriminatoire pouvant quant à lui – et devant, s'il est prouvé – être pris en considération aux fins de la fixation de la peine, dans le cadre de l'art. 47 CP.

Il n'en demeure pas moins que, quelle que soit l'approche adoptée, la conclusion à laquelle parvient le Tribunal fédéral *in casu* doit être louée, pour toutes les raisons précitées, soit essentiellement car le respect des valeurs promues dans la CEDH est une condition d'existence de la démocratie. Le discours de haine, en revanche, dans la mesure où il vise à rabaisser et stigmatiser, participe de la marginalisation et, *in fine*, de la réduction au silence de groupes vulnérables, ce qui est en soi incompatible avec une société démocratique, c'est-à-dire une société à laquelle tous les citoyens prennent part, et ce de manière égale.

Proposition de citation : Camille MONTAVON, Spectacle humoristique à relents négationnistes punissables : des propos contraires aux valeurs de la CEDH ne bénéficient pas de la protection de la liberté d'expression, in : <https://www.crimen.ch/183/> du 27 avril 2023