



# Discrimination raciale et liberté d'expression : réflexions à partir du cas de la "quenelle"

Frédéric Bernard

Conférence du Jeune Barreau, 26 septembre 2017



## Plan de l'intervention

- I. Les faits à la base du litige
- II. L'Arrêt 6B\_734/2016 du 18 juillet 2017
- III. La liberté d'expression et ses limites

## I. Les faits à la base du litige

- En décembre 2013 paraît, dans une revue électronique, la photographie de trois jeunes hommes (dont le recourant) prise à Genève, devant une synagogue.
- Ce cliché montre les jeunes gens en train d'exécuter une «quenelle», le geste popularisé par Dieudonné M'Bala M'Bala.
- L'un des protagonistes porte la tenue d'assaut de l'armée suisse, tandis que le recourant dissimule son visage derrière une écharpe.
- En 2015, les trois jeunes gens sont reconnus, par ordonnances pénales, coupables de discrimination raciale (avec sursis).
- Le recourant – et lui seul – ayant contesté cette condamnation, la Chambre d'appel et de révision de la Cour de justice le déclare coupable de discrimination raciale au sens de l'art. 26 I bis al. 4 première partie CP.

## II. L'Arrêt 6B\_734/2016 du 18 juillet 2017

### A. *Respect du droit d'être entendu*

- *«L'autorité viole le droit d'être entendu des parties par exemple lorsqu'elle fonde sa décision sur des faits qu'elle a elle-même recherchés sur des sites Internet, sans donner communication aux parties de ces recherches ni leur offrir la possibilité de s'exprimer à leur propos.» (c. 1.1)*
- Le fait que la Cour de justice se réfère à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme relative au spectacle de Dieudonné est valable: cette décision constitue de la jurisprudence, non des faits ou moyens de preuve.
- Utilisation d'articles de presse: violation du droit d'être entendu, mais sans incidence concrète sur le sort de la cause.

## II. L'Arrêt 6B\_734/2016 du 18 juillet 2017 (suite)

### B. *Réalisation de l'infraction*

- Art. 26 I bis al. 4 première partie CP:  
*«Celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion (...) sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»*
- L'art. 26 I bis al. 4 CP vise notamment à *«protéger la dignité que tout homme acquiert dès la naissance et l'égalité entre les êtres humains.»* (c. 2.2)
- *«En protégeant l'individu du fait de son appartenance à un groupe ethnique ou religieux, la paix publique est indirectement protégée.»* (c. 2.2)

## II. L'Arrêt 6B\_734/2016 du 18 juillet 2017 (suite)

### B. *Réalisation de l'infraction*

Art. 26I bis al. 4 CP:

- Éléments constitutifs objectifs:
  - Race / ethnie / religion
  - Rabaissement / discrimination
  - Publicité
  
- Élément constitutif subjectif:
  - Intention



## II. L'Arrêt 6B\_734/2016 du 18 juillet 2017 (suite)

### B. *Réalisation de l'infraction*

- Rabaissement / discrimination

Critère décisif: l'expression ne doit pas être comprise, par un tiers moyen non averti, comme dirigée contre une personne concrète, car il s'agit alors d'une «simple» atteinte à l'honneur du destinataire (distinction avec l'ATF I 40 IV 67 où était en cause l'utilisation du terme «*Sauausländer*» - «cochon d'étranger»).

*In casu*, nul ne doute que la «quenelle» soit perçue comme obscène et méprisante. Elle est, au demeurant, entourée d'une polémique connue de la population genevoise.

Compte tenu du contexte en cause, elle était donc propre, du point de vue d'un observateur moyen non averti, à rabaisser le groupe visé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine.

## II. L'Arrêt 6B\_734/2016 du 18 juillet 2017 (suite)

### B. *Réalisation de l'infraction*

- Publicité

L'acte litigieux a été exécuté dans un espace public du centre-ville, en plein jour (peu importe le nombre de passants ce jour-là).

- Intention

Le recourant s'est, à tout le moins, accommodé du fait que la «quenelle» pouvait être considérée comme antisémite, en particulier compte tenu du lieu où elle a été effectuée.

### Conclusion

Le Tribunal fédéral rejette le recours et confirme la condamnation du recourant.



### III. La liberté d'expression et ses limites

- Les articles 16 Cst. féd. et 10 CEDH protègent la liberté d'expression.

*«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.» (CourEDH (SP), Handyside c. Royaume-Uni (1976), no 5493/72, § 49)*

*«[E]lle 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".» (CourEDH (GC), Palomo Sánchez c. Espagne (2011), no 28955/06, § 53)*

### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

- La liberté d'expression n'est toutefois pas absolue:

*«[L]a tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, 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).»  
(CourEDH, *Gündüz c. Turquie* (2003), no 35071/97, § 40)*

- Deux principales voies de «limitation»:
  - A. La restriction
  - B. L'exclusion

### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

#### A. La restriction

Une restriction de la liberté d'expression est conforme à la CEDH si elle remplit les conditions classiques suivantes (voir art. 36 Cst. féd.):

- elle est prévue par la loi (base légale)
- elle poursuit un but légitime (intérêt public), à savoir *«la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire»* (art. 10 § 2 CEDH)
- elle est nécessaire dans une société démocratique (proportionnalité)

### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

En cas de discours haineux, cette voie est retenue par la Cour lorsqu'elle considère que celui-ci n'est pas destructeur des valeurs fondamentales sur lesquelles repose la CEDH.

Exemple: CourEDH, *Soulas c. France* (2008), no 15948/03.

Les requérants ont été condamnés pénalement pour avoir publié un ouvrage intitulé «La colonisation de l'Europe», qui présente, sur un ton polémique, une image négative des communautés immigrées musulmanes.

La Cour confirme cette condamnation, après s'être assurée que les trois conditions de l'art. 10 § 2 CEDH sont bien remplies.

En revanche, la Cour considère que « *les passages incriminés du livre en cause ne sont pas suffisamment graves pour justifier l'application de l'article 17 de la Convention en l'espèce.*» (*Soulas*, § 48)

### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

**Attention:** un tel résultat peut se trouver non seulement dans des arrêts au fond, mais également dans des décisions d'irrecevabilité.

En effet, l'art. 35 § 3 let. a CEDH permet à la Cour de déclarer irrecevables des requêtes «*manifestement mal fondées*».

Exemple: CourEDH, *Le Pen c. la France* (2010) (décision), no 18788/09.

Le requérant a été condamné pénalement pour avoir, au cours d'un entretien, déclaré que l'accroissement de la communauté musulmane en France constitue une menace pour les Français, qui finiront dominés.

La Cour estime que les conditions de restriction prévues à l'art. 10 § 2 CEDH sont remplies et déclare la requête *irrecevable* car manifestement mal fondée.



### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

#### B. L'exclusion

L'exclusion est prévue à l'art. 17 CEDH:

*Aucune des dispositions de la présente 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 présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.*

L'application de l'art. 17 CEDH demeure, en principe, extraordinaire: «L'article 17 ne s'applique qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes. Il a pour effet de faire échec à l'exercice d'un droit conventionnel que le requérant cherche à faire valoir en saisissant la Cour.» (CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse*, no 27510/08 (2008), § 114)



### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

En matière de liberté d'expression, la Cour a appliqué l'art. 17 CEDH dans des affaires relatives à des manifestations de haine ethnique, de haine raciale, de haine religieuse, de négationnisme et de révisionnisme.

Si la Cour estime que les conditions d'application de l'art. 17 CEDH sont remplies, elle rendra une décision d'irrecevabilité, car l'art. 35 § 3 let. a CEDH lui permet également de déclarer irrecevable une requête «*incompatible*» avec la Convention ou avec ses Protocoles.

Exemple: CourEDH, *M'Bala M'Bala c. France* (2015) (décision), no 25239/13.

Le requérant a été condamné pénalement pour avoir donné un spectacle à Paris en 2008 au cours duquel il a invité sur scène M. Robert Faurisson, condamné à plusieurs reprises en France pour thèses négationnistes ou révisionnistes, et en l'introduisant comme une manière de faire un «*glissement de quenelle*».

### III. La liberté d'expression et ses limites (suite)

La Cour a considéré que la requête était incompatible avec la CEDH et l'a déclarée irrecevable:

*«Partant, dès lors que les faits litigieux, tant dans leur contenu que dans leur tonalité générale, et donc dans leur but, ont un caractère négationniste et antisémite marqué, la Cour considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention.»*

*«En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10. Il s'ensuit que la requête doit être rejetée comme étant incompatible ratione materiae avec les dispositions de la Convention.» (M'Bala M'Bala, §§ 41-42)*