



Chapitre de livre

2004

Accepted version

Open Access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

La loi Gayssot ou le droit désaccordé

Garibian, Sévane

How to cite

GARIBIAN, Sévane. La loi Gayssot ou le droit désaccordé. In: L'Histoire trouée : négation et témoignage. Coquio, Catherine (Ed.). Nantes : L'Atalante, 2004. p. 223–246. (Comme un accordéon)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23565>

La loi Gayssot ou le droit désaccordé*

Sévane GARIBIAN

« Qu’elles que soient les fins auxquelles
on fait servir l’histoire quand elle est écrite,
on l’écrit en ne visant qu’elle et sa vérité :
ou alors ce n’est plus de l’histoire »

Paul Veyne. *Comment on écrit l’histoire*¹

Tant le langage courant² que le langage historiographique contemporain³ définissent le négationnisme comme une doctrine ou une position idéologique consistant à nier la réalité du génocide du peuple juif et, plus particulièrement, l’existence des chambres à gaz. Autrement dit, lorsque l’on pense la négation ou le phénomène négationniste, on se réfère à un événement historique particulier, déterminé dans le temps et l’espace⁴.

Mais qu’en est-il en droit ? Comment le droit positif appréhende-t-il et définit-il la négation ? Dans l’ordre juridique français, c’est la loi dite Gayssot du 13 juillet 1990 qui pose l’interdit⁵. Elle modifie la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 en y insérant un article 24 bis, qui pénalise le fait de contester l’existence d’un ou plusieurs crimes contre l’humanité. Les crimes dont il est question sont ceux définis par l’article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (chargé de poursuivre les grands criminels nazis)⁶ et commis, soit par les membres

* Article publié in Catherine Coquio dir., *L’Histoire trouée. Négation et témoignage*, l’Atalante, Nantes, 2004, pp. 223-246.

¹ P. Veyne, *Comment on écrit l’histoire*, Seuil, Paris, 1978 (2^e éd.), p. 117.

² Définitions des dictionnaires *Petit Robert* et *Petit Larousse*.

³ Voir par exemple : A. Bihr, “ Les mésaventures du sectarisme révolutionnaire ”, in *Négationnistes : les chiffonniers de l’Histoire*, Edition Golias et Editions Syllepse, Paris, 1997, p. 125 ; P. Bridonneau, *Oui, il faut parler des négationnistes*, Cerf, Paris, 1997, p. 10 ; N. Fresco, *Fabrication d’un antisémite*, Seuil, Paris, 1999, p. 10 ; V. Igounet, *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, Paris, 2000 ; P. Vidal-Naquet, *Les assassins de la mémoire*, Seuil (Points Essais), Paris, 1987, p. 7.

⁴ Sur l’émergence et la distinction des concepts de “ révisionnisme ” et de “ négationnisme ”, voir les textes de Nadine Fresco et Enzo Traverso dans ce même volume.

⁵ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (Loi Gayssot), JO, 14 juillet 1990.

⁶ L’article 6c du Statut de la première juridiction pénale internationale *ad hoc* définit le crime contre l’humanité comme suit : “ l’assassinat, l’extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu’ils aient constitué ou non une violation du

d'une organisation déclarée criminelle au sens de l'article 9 de ce même Statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale⁷. Ainsi la loi Gayssot, de par ses termes très restrictifs, ne permet-elle que la condamnation pénale de propos négationnistes visant les crimes nazis.

Le caractère exclusif de la protection apportée par la loi de 1990 transparaît d'ailleurs clairement, tant en amont qu'en aval du texte. Tout d'abord, la lecture des travaux préparatoires ne laisse aucun doute sur la question. Le garde des sceaux de l'époque, Pierre Arpaillange, prend soin de rappeler que "cette disposition visera ceux qui, prétendant à la qualité d'historiens, s'acharnent à démontrer l'inexistence de l'holocauste nazi"⁸. Ensuite, la décision du Tribunal correctionnel de Paris du 18 novembre 1994 confirme ce caractère exclusif, à l'occasion de l'action engagée contre l'historien Bernard Lewis, accusé de contestation du génocide des Arméniens sur le fondement de la loi Gayssot. L'action est jugée irrecevable, les juges de la 17^e chambre estimant que la loi n'est pas applicable, puisqu'elle "a pour effet d'exclure de la protection contre la contestation (...) tous les autres crimes contre l'humanité comme, en l'espèce, ceux dont a été victime le peuple arménien en 1915". Lewis sera en définitive condamné par application de l'article 1382 du Code civil, pour manquement à ses devoirs d'objectivité et de prudence⁹.

Mais la définition restrictive de la notion de crime contre l'humanité à laquelle se réfère l'article 24 bis de la loi de 1881, n'est pas le seul obstacle à une application large de la loi Gayssot. L'interdit est cadré par de nombreuses limites qui garantissent sa conformité aux libertés fondamentales propres à un Etat démocratique (I). Ainsi cette loi n'est-elle pas liberticide contrairement à l'opinion de ses principaux détracteurs. Elle est néanmoins critiquable, pour une raison différente : le caractère exclusif de l'interdit qu'elle pose se justifie aujourd'hui difficilement et une discussion sur son extension s'impose, plus que jamais (II).

droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ”.

⁷ Le texte de l'article 24 bis est le suivant : “ Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'art. 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'art. 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'art. 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'art. 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ”.

⁸ Discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 904. Il est important de relever que la proposition de loi initiale déposée par le député Jean-Claude Gayssot visait, beaucoup plus largement, la protection de la mémoire des “ crimes contre l'humanité sanctionnés par une juridiction française ou internationale ” (*Idem*, p. 954). C'est par un amendement n° 6 que MM. Millet, Gayssot, Duroméa et les membres du groupe communiste proposent ensuite de corriger le texte initial en précisant qu'il s'agit de protéger la mémoire de “ l'holocauste nazi ” (*Ibidem*, p. 955). La rédaction définitive de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 correspondra, en définitive, à l'amendement n° 11 présenté par le Gouvernement et intégrant la référence au Tribunal militaire international de Nuremberg : “ Cet amendement tend à préciser le champ d'application de l'incrimination de négation des crimes contre l'humanité dont la création est proposée. Il ne peut s'agir que des crimes contre l'humanité commis par le régime nazi au cours de la seconde guerre mondiale, puisque seuls ces crimes sont aujourd'hui intégrés dans le système répressif français. La référence au statut du tribunal militaire international de Nuremberg, lequel définit les crimes contre l'humanité qui étaient de sa compétence et qui sont aujourd'hui punis par la loi française, paraît donc meilleure ” (Pierre Arpaillange, *Ibidem*, p. 956). Le garde des sceaux rappellera encore, lors des débats devant le Sénat, que “ cette disposition vise ceux qui prétendent démontrer l'inexistence de l'holocauste nazi sous le couvert de la recherche historique ” (discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, p. 1446).

⁹ TGI Paris, 21 juin 1995, *Les petites affiches*, 29 septembre 1995, n° 117, p. 17.

I. L'interdit posé par la loi

En incriminant la *contestation* plutôt que la négation, la loi Gayssot semble *a priori* avoir un champ d'application très large. En effet, si la négation suppose une réfutation globale, la contestation, elle, peut être partielle, nuancée, conditionnelle ou même interrogative¹⁰. L'utilisation de la notion de contestation semble être plus adaptée à la réalité des méthodes utilisées par les négationnistes, lesquels sont passés d'une négation absolue à une falsification historique, c'est-à-dire à des approches "plus sophistiquées de la rationalisation, de la relativisation et de la banalisation"¹¹.

Pourtant, le texte tel qu'il est rédigé par le législateur et appliqué par les juges comprend plusieurs limites à une interprétation extensive de l'interdit qu'il pose. Ces limites trouvent leur justification dans le fait qu'elles permettent de concilier l'interdit de la contestation et le respect des libertés propres à une société démocratique.

1. Les limites à une interprétation extensive de l'interdit de contestation

Suite à l'adoption du texte, la doctrine juridique a été très partagée sur le point de savoir si la notion de contestation devait être interprétée largement ou non, la disposition en question ne donnant pas d'indications sur la signification accordée à ce terme¹². L'étude de la jurisprudence en la matière est éclairante. Dès la première décision fondée sur la loi Gayssot (affaire Faurisson), en 1990, les juges optent pour une interprétation *lato sensu* de la contestation. Ils établissent clairement qu'une contestation n'implique pas nécessairement de "négation totale". Ainsi, l'article de Robert Faurisson, consacré au "Mythe de l'extermination des juifs" et contestant la déportation et l'extermination de plusieurs millions de personnes, constitue un "trouble illicite de nature à porter atteinte à l'ordre public" et tombe sous le coup de la loi¹³.

Les juges de la Cour d'appel de Paris confirment cette interprétation quelques années plus tard : sont, d'après eux, délictuels, les propos qui décrivent les causes de mortalité des juifs en les

¹⁰ Cf. M. Veron, "Le renforcement du dispositif répressif contre la discrimination et le racisme. Présentation des lois des 12 et 13 juillet 1990", *Droit pénal*, octobre 1990, p. 2. Les juges estiment que la contestation peut être présentée "sous une forme déguisée ou dubitative ou par voie d'insinuation" (Crim. 29 janvier 1998, *Gaz. Pal.* 1998.2.32, chr. J.-P. Doucet).

¹¹ R. G. Hovannisian, "L'hydre à quatre têtes du négationnisme. Négation, rationalisation, relativisation, banalisation", in *L'actualité du génocide des Arméniens* (Actes du colloque tenu à la Sorbonne, les 16, 17 et 18 avril 1998), Edipol, Créteil, 1999, p. 143.

¹² Contrairement, par exemple, au texte plus précis de la loi anti-raciste suisse (article 261bis du code pénal) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995. L'alinéa 4 de cet article permet de sanctionner pénalement "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 ou qui, pour la même raison, *niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier* un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité" (nous soulignons).

¹³ Cour d'appel de Paris, 31 octobre 1990, *Gaz. Pal.* 1991.1.311, note P. Bilger. Cette première poursuite pénale engagée sur le fondement de la loi du 13 juillet 1990 aboutira devant la 17^e Chambre correctionnelle : Robert Faurisson sera condamné le 18 avril 1991 à une peine de 100 000 F d'amende avec sursis (arrêt inédit, cité par D. Batsele, M. Hanotiau et O. Daurmont, "La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité (2^e partie)?", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1991, pp. 441ss).

attribuant à des mauvais traitements, à la maladie ou à la malnutrition, puisqu'ils accréditent la thèse de l'inexistence des chambres à gaz¹⁴. La même juridiction précise par ailleurs, dans un arrêt du 16 décembre 1998 (affaire Garaudy) que sont punissables tant la " contestation des conditions d'étude des faits " (c'est-à-dire la banalisation et péjoration des faits, la disqualification des institutions et des témoignages et la contestation du sens des mots), que la " contestation des faits eux-mêmes " (c'est-à-dire la remise en question de la nature de la solution finale, du nombre des victimes et de l'origine des décès)¹⁵. Tant d'éléments interprétatifs qui traduisent, une fois de plus, la volonté d'entendre la notion de contestation au sens large.

Cependant, les juges de la Cour de cassation canalisent toute interprétation trop extensive du texte dans un arrêt de principe du 17 juin 1997, en précisant que seule la minoration outrancière du nombre des victimes peut être constitutive d'une contestation délictuelle, si elle est faite de mauvaise foi¹⁶. Cette formule redondante de la Cour illustre manifestement le souci des juges de rendre indispensable l'élément intentionnel du délit, qui n'apparaît pas dans l'article 24 bis. Alors que la doctrine majoritaire considère que la preuve de la mauvaise foi résulte du texte lui-même en vertu de l'adage *res ipsa loquitur* (la chose parle d'elle-même), certains auteurs comme Jean-Philippe Feldman contestent cette position : la mauvaise foi de l'accusé en matière de négationnisme ne serait pas présumée, et la charge de sa preuve incomberait à l'accusation. C'est ce qui différencierait ce délit d'autres délits de presse pourtant proches, tels que la diffamation ou la provocation à la discrimination raciale ; une manière de préserver en l'espèce, toujours selon l'auteur, le principe de la libre recherche scientifique¹⁷.

Par ailleurs, le concept de contestation / négation est systématiquement associé aux notions de racisme et d'antisémitisme. Plus que cela : on observe l'existence d'une véritable présomption selon laquelle un lien de connexité uni ces termes. Ceci apparaît à la lecture des travaux préparatoires relatifs à la loi Gayssot¹⁸, et est confirmé par les jurisprudences française¹⁹ et européenne²⁰. Le phénomène négationniste se comprend donc en droit comme une variété de racisme ou une forme moderne d'antisémitisme, ce qui restreint d'autant plus la portée du texte de loi.

De plus, la contestation n'est interdite que si elle se fait publiquement, par l'un des moyens énumérés à l'article 23 de la loi de 1881, ce qui fixe un cadre relativement strict²¹. Enfin, la

¹⁴ Cour d'appel de Paris, 6 mars 1996, *Juris-Data*, n° 020510.

¹⁵ Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1998, *Légipresse*, n° 159, III, 1999, pp. 31ss.

¹⁶ Crim. 17 juin 1997 : *Bull. crim.* n° 236.

¹⁷ *Dalloz*, 1998.51, note Feldman. Cf. aussi *infra*.

¹⁸ Par exemple : Pierre Arpaillange (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 905) et Jean-Claude Gayssot (*Idem*, p. 955).

¹⁹ Voir en particulier : Cour d'appel de Paris, 9 décembre 1992, *Légipresse*, n° 103, III, pp. 90ss (affaire Faurisson) et Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1998, *Op. cit.* (affaire Garaudy).

²⁰ Cf. P. Wachsmann, "Liberté d'expression et négationnisme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 594-595.

²¹ L'article 23 prévoit les moyens suivants : "discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle".

prescription du délit de négationnisme est très courte : trois mois, comme pour toute infraction à la loi sur la liberté de la presse.

En définitive, ce n'est pas l'opinion en tant que telle qui est punie, ni l'expression de cette opinion, mais son expression *publique* et de *mauvaise foi*²². Le législateur justifie la création du délit en présentant cette expression de propos négationnistes dans l'espace public comme constitutive, en soi, d'un danger dans une démocratie²³. De même les juges, lorsqu'ils appliquent la loi Gayssot, précisent que les intérêts protégés par ce texte sont notamment "l'ordre public"²⁴, "la sécurité publique"²⁵, "la morale ou les droits d'autrui"²⁶, "la mémoire des victimes"²⁷ et plus généralement "les fondements d'une société démocratique"²⁸. Quant à la Commission européenne des droits de l'homme, elle relève que les écrits négationnistes vont à l'encontre des valeurs fondamentales que sont la justice et la paix, exprimées dans le Préambule de la Convention européenne²⁹.

Il peut paraître curieux de justifier cette loi en s'appuyant principalement sur sa fonction protectrice des valeurs et principes propres à tout Etat démocratique, pour ceux qui estiment qu'au contraire, l'interdit qu'elle pose bafoue ces mêmes principes. Pourtant, ce point de vue peut être partagé si l'on considère que les limites établies par le législateur et les juges à l'interprétation extensive de l'interdit permettent précisément d'assurer la compatibilité de la loi Gayssot avec les libertés, essentielles dans une démocratie, que sont la liberté d'expression et ses dérivés.

2. La compatibilité de l'interdit avec les libertés propres à un Etat démocratique

La loi de juillet 1990 a fait l'objet de très vives critiques par de nombreux auteurs de doctrine et/ou praticiens du droit, ainsi que par la plupart des historiens. Les débats qu'elle suscite depuis son adoption sont le prolongement de ceux qui ont opposé, dès les travaux préparatoires, un certain nombre de députés d'une part, et les deux chambres d'autre part³⁰.

²² Cf. *infra*.

²³ Voir par exemple les propos du garde des sceaux Pierre Arpaillange (discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, p. 1445), ou encore des sénateurs Guy Allouche (*Idem*, p. 1454) et Robert Vizet (*Ibidem*, p. 1462).

²⁴ TGI Paris, 18 avril 1991, *op. cit.* ; Cour d'Appel de Paris, 21 mai 1992, *Juris-Data*, n° 021334.

²⁵ Cour d'appel de Paris, 9 décembre 1992, *Op. cit.*.

²⁶ Cour d'appel de Paris, 9 décembre 1992, *Idem* ; Crim. 20 décembre 1994 : *Bull. crim.* n° 424.

²⁷ TGI Paris, 18 avril 1991, *op. cit.*.

²⁸ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 janvier 1993, *Juris-Data*, n° 040945 (affaire Gauzère et Robert).

²⁹ Décision du 24 juin 1996, *Pierre Marais c. France*, *D. R.* 86, p. 184.

³⁰ Rappelons en effet que le texte de la proposition de loi est rejeté par le Sénat suite aux discussions des 11 et 29 juin 1990 (cf. notamment la synthèse des critiques contenue dans la motion de la majorité de la commission des lois, 29 juin, *JO - Débats*, pp. 2312ss). Le Premier ministre provoque la réunion d'une commission mixte paritaire, en application de l'article 45 alinéa 2 de la Constitution, en vain : le Sénat rejette à nouveau la proposition de loi le 30 juin. L'Assemblée nationale statue alors définitivement le jour même, à la demande du Gouvernement, conformément aux dispositions de l'article 45, alinéa 4 de la Constitution.

Les critiques sont de trois ordres. Tout d'abord, la loi Gayssot serait artificielle car elle ne répondrait pas à un diagnostic réaliste, la France ne connaissant pas de réel phénomène négationniste³¹. Ensuite, la loi ne serait pas nécessaire, le négationnisme pouvant être combattu par d'autres moyens juridiques existants tels que les sanctions civiles, les saisies ou les interdictions³², ainsi que les sanctions pénales prévues pour la diffamation ou l'incitation à la haine raciale (loi Pleven du 1^{er} juillet 1972)³³. Enfin, la loi serait dangereuse, et ce pour plusieurs raisons : il s'agirait d'une loi qui s'adresse exclusivement au Front National³⁴ ; elle aurait pour fâcheuse conséquence d'offrir une tribune aux négateurs³⁵ ; mais surtout - et il s'agit ici de la critique la plus importante sur laquelle nous nous arrêterons - elle serait contraire aux libertés essentielles dans une société démocratique que sont la liberté d'expression et d'opinion³⁶, la liberté de presse et la liberté audiovisuelle³⁷, ainsi que le principe de la libre recherche scientifique³⁸.

Or d'un point de vue juridique, la dangerosité de la loi Gayssot dans une démocratie n'est pas réelle. Plusieurs observations sont à faire. Premièrement, il est important de noter que les textes posant les libertés fondamentales admettent aussi qu'aucune liberté n'est absolue ou sans limite. La seule contrainte en la matière est la suivante : les limites aux libertés fondamentales doivent être établies par la loi et être nécessaires dans une démocratie. Les articles 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC)³⁹ et 10§2 de la Convention

³¹ Cette critique provient principalement des députés Philippe de Villiers (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 907), Louise Moreau (*Idem*, p. 926), Marie-France Stirbois (discussion à l'Assemblée nationale, 28 juin 1990, *JO - Débats*, pp. 3111ss) et Louis de Broissia (*Idem*, p. 3124) ; ainsi que du sénateur Jean Simonin (discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, p. 1456).

³² F. Terre, *Le Figaro*, 15 mai 1996.

³³ P. Vidal-Naquet, "Entretien avec François Bonnet et Nicolas Weill", *Le Monde*, 4 mai 1996 ; ainsi que les députés Louise Moreau (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 926) et Louis de Broissia (discussion à l'Assemblée nationale, 28 juin 1990, *JO - Débats*, p. 3124), ou encore le Président de la commission des lois constitutionnelles, Jacques Larché (discussion au Sénat, 30 juin 1990, *JO - Débats*, p. 2343).

³⁴ Opinion, notamment, des députés Francis Delattre (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 906) et Marie-France Stirbois (*Idem*, p. 909).

³⁵ Cf. par exemple les avis du juriste P. Wachsmann ("Les sciences devant la justice", *Autrement*, n° 145, mai 1994, p. 160) et de l'historien A. Grosser ("La mémoire des crimes", *Le Monde*, 13 septembre 1990).

³⁶ Argument souvent utilisé lors des travaux préparatoires : citons notamment les députés Philippe de Villiers (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 907) et Louis de Broissia (discussion à l'Assemblée nationale, 28 juin 1990, *JO - Débats*, p. 3124) ; ou les sénateurs Bernard Seillier (discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, p. 1451) et Ernest Cartigny (*Idem*, p. 1456). Cette critique sera reprise par de nombreux auteurs de doctrine après l'adoption de la loi.

³⁷ Argument relevé lors des débats parlementaires par les députés Pierre Mazeaud (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 905) et Alain Griotteray (*Idem*, p. 922).

³⁸ Marie-France Stirbois (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, pp. 931ss ; 28 juin 1990, *JO - Débats*, p. 3106 et pp. 3125ss) et Jacques Toubon (discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 955). Cette critique est courante parmi une majorité d'historiens : cf. par exemple M. Reberieux, "Le génocide, le juge et l'historien", *L'Histoire*, n° 138, novembre 1990, pp. 92-94 et "Les Arméniens, le juge et l'historien", *L'Histoire*, n° 192, octobre 1995, p. 98 ; P. Vidal-Naquet, "Entretien avec François Bonnet et Nicolas Weill", *op. cit.*

³⁹ Article 4 de la DDHC : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi".

européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 (CESDH)⁴⁰ énoncent clairement l'idée selon laquelle les libertés trouvent leurs limites dans ce qui peut les mettre en danger elles-mêmes. Plus spécifiquement, l'article 10 de la DDHC garantit en France la liberté des opinions "pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi", et l'article 11 précise que "tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ; sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi". A ce propos, notons qu'il existe en droit français de nombreuses infractions limitant la liberté d'expression sans que cela ne choque personne, comme par exemple la diffamation, l'injure, l'outrage au chef de l'Etat, la publication de fausses nouvelles ou l'outrage aux bonnes mœurs : "la loi qui réprime la négation des crimes nazis n'est donc qu'une limitation parmi d'autres de la liberté d'expression"⁴¹ et l'historien, s'il a la liberté de revisiter - au sens de questionner, remettre en cause, douter -, a aussi une responsabilité⁴².

Deuxièmement, rappelons que la loi Gayssot est jugée conforme à l'article 10§1 de la CESDH qui garantit au niveau européen le principe de la liberté d'expression et d'opinion, tant par les juges français⁴³, que par la Commission européenne des droits de l'homme⁴⁴. Dans tous les cas, l'article 24 bis de la loi de juillet 1881 est considéré comme entrant dans les exceptions prévues au §2 de l'article 10 de la CESDH et, dès lors, ne peut être contraire au §1 de ce même article. S'agissant de sa conformité à la Constitution française, elle est supposée, le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi suite au vote de la loi au Parlement⁴⁵.

⁴⁰ Article 10§2 de la CESDH : " L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à 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 ".

⁴¹ M. Troper, " La raison d'être de la loi Gayssot ", *Hommes et libertés*, n° 100, août 1998, p. 26. Pour un catalogue des restrictions de droit pénal commun à la liberté d'expression, cf. C. Korman, " Délits racistes de presse et délits de propagande ", *Légipresse*, n° 103, III, 1993, pp. 95ss.

⁴² Cf. *infra*, en particulier note 51.

⁴³ TGI Paris, 18 avril 1991, *op. cit.* ; Cour d'appel de Paris, 21 mai et 9 décembre 1992, *op. cit.* ; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 janvier 1993, *op. cit.* ; Crim. 23 février 1993 : *Bull. crim.* n° 86 et 20 décembre 1994 : *op. cit.* ; Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1998, *op. cit.*

⁴⁴ Voir notamment la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 juin 1996, *op. cit.*. Notons également l'attitude convergente, au plan universel, du Comité des droits de l'homme qui estime que la condamnation de Faurisson en vertu de la loi Gayssot est conforme au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (et en particulier à son article 19 sur la liberté d'expression) : communication n° 550 / 1993 du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*. Pour plus de détails sur le négationnisme et les droits de l'homme au plan européen et international nous renverrons à : G. Cohen-Jonathan, "Négationnisme et droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, pp. 571-597 ; P. Wachsmann, "La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme", in J.-F. Flauss et M. de Salvia éd., *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, Nemesis / Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 101ss et "Liberté d'expression et négationnisme", *op. cit.*, pp. 592ss.

⁴⁵ Certains juristes, comme Denis Salas, regrettent vivement cet état de fait, une décision claire des juges constitutionnels quant à la conformité de la loi Gayssot à la Constitution ayant le cas échéant permis de dissiper toute ambiguïté (propos tenus lors du colloque sur " La lutte contre le négationnisme ", le 5 juillet 2002 à la Cour d'appel de Paris). L'absence de saisine du Conseil constitutionnel en l'espèce s'explique manifestement par des raisons politiques.

Troisièmement, il est difficile de considérer la loi Gayssot comme instaurant un délit d'opinion, contrairement à ce qu'affirment ses adversaires. Comme on l'a vu préalablement, ce n'est pas l'opinion négationniste qui est punie, mais la diffusion de cette opinion en tant qu'acte de mauvaise foi susceptible de produire des effets indésirables dans une démocratie⁴⁶. Que l'expression publique d'une opinion jugée dangereuse, couplée d'une intention de nuire, soit l'objet d'une incrimination en France, est un état de fait d'autant moins surprenant qu'une conception absolutiste de la liberté d'opinion et d'expression est dans ce cas insoutenable, même dans un pays tel que les Etats-Unis - pourtant doté du 1^{er} amendement que l'on connaît. Patrick Wachsmann, dans son analyse des standards américains en la matière, rappelle les propos du juge Holmes :

La plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protégerait pas l'individu qui crierait sciemment à tort 'Au feu' dans un théâtre et provoquerait une panique (...). La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et pressant de nature à engendrer les maux que le Congrès est en droit de prévenir. C'est une question d'urgence et de degré⁴⁷.

Enfin, quant à la supposée mise en péril du principe de la libre recherche scientifique par la loi de 1990 du fait de l'immixtion malheureuse des juges dans le débat des historiens, il s'agit là encore d'un malentendu qu'il convient de dissiper. D'abord, il va de soi qu'il n'est pas question que les juges soient les gardiens d'une vérité historique - ou d'une vérité d'Etat -, situation évidemment inadmissible dans une société qui se veut démocratique. Ceux-ci, en appliquant la loi Gayssot, n'interviennent pas sur la qualification de tel ou tel événement, mais sur le travail, plus précisément la *méthode*, de l'historien. Ce qui importe au juge, ce n'est pas la question de savoir si ce que dit l'historien est vrai, mais celle de savoir si son travail et ses allégations révèlent une intention de nuire, répondent au devoir d'objectivité et aux règles de la bonne foi⁴⁸.

Autrement dit, le rôle du juge dans les affaires ayant trait à une contestation de crimes contre l'humanité, est identique à celui du juge confronté à l'Histoire dans le cadre d'un procès en diffamation⁴⁹ : si l'Histoire est certes une remise en cause permanente des événements, elle ne permet pas pour autant à l'historien de passer *ipso facto* du jugement de valeur au jugement de réalité. La liberté du scientifique ne rime pas avec son irresponsabilité, et ce que condamne le juge, le cas échant, ce n'est pas d'avoir pensé différemment, c'est de prétendre "démontrer l'inexistence de l'holocauste nazi sous le couvert de la recherche historique"⁵⁰; c'est-à-dire de profiter de la

⁴⁶ Cf. *supra*, note 23, ainsi que M. Troper, "La raison d'être de la loi Gayssot", *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ P. Wachsmann, "Liberté d'expression et négationnisme", *op. cit.*, pp. 588ss.

⁴⁸ Si l'intervention d'un juge pour la réglementation et le contrôle du travail des historiens est certes critiquable, elle peut pourtant s'expliquer par l'absence de code "écrit" de déontologie et/ou d'organe veillant au respect des "règles de l'art" minimales du métier d'historien (règles constituant un ensemble de coutumes et principes enseignés en cours d'étude), contrairement à de nombreuses autres professions supposant un travail d'interprétation.

⁴⁹ Le parallèle entre les deux infractions que sont la diffamation et la contestation de crime contre l'humanité est intéressant en ce qu'il permet de mieux comprendre le rôle et les limites du juge face à l'Histoire. Pour des développements sur la manière de juger la méthode observée par l'historien dans le cadre de son travail scientifique, nous renverrons à : N. Mallet-Poujol, "Diffamation et histoire contemporaine", *Légipresse*, n° 134, III, 1996, pp. 97-104. Voir aussi P. Wachsmann, "Liberté d'expression et négationnisme", *op. cit.*, pp. 591-592.

⁵⁰ Pierre Arpaillange, discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, p. 1446.

légitimité conférée par le débat scientifique et le statut d'historien, pour soutenir des propos idéologiques contestataires - d'où l'importance de la preuve de la mauvaise foi dans ce type d'affaires. C'est donc le contrôle de la méthode employée par le chercheur qui permet de distinguer la contestation idéologique et nuisible, du doute ou de la remise en question légitimes et propres à toute recherche scientifique dans une démocratie⁵¹. Comme pour la révision d'une vérité dite judiciaire dans le cadre d'un procès pénal, la discussion d'une vérité historique généralement admise n'est possible qu'à la condition d'apporter, objectivement et de bonne foi, des éléments nouveaux permettant de la remettre en cause.

Ensuite, l'argument selon lequel il n'appartient pas aux tribunaux d'établir la vérité historique n'est, en réalité, pas un argument en défaveur de la loi Gayssot mais bien au contraire une justification supplémentaire à cette loi. Michel Troper explique à juste titre que c'est l'existence même d'une telle loi qui permet de cadrer le rôle des juges et d'éviter que ceux-ci, lors des procès faits aux négationnistes, examinent la véracité des thèses alléguées⁵². Le procès de Bernard Lewis en est une illustration intéressante : les juges du Tribunal correctionnel, tout en concluant à l'irrecevabilité de la plainte contre l'historien fondée sur la loi Gayssot⁵³, qualifient pourtant expressément les massacres des Arméniens de 1915 de "crime contre l'humanité" (sans pour autant examiner en détail la véracité des propos de l'historien). À défaut d'être juridiquement en mesure de juger le travail de Lewis accusé de négationnisme, les juges reconnaissent indirectement la réalité d'un fait de l'Histoire; réalité qui n'était cependant pas censée être l'objet des débats.

⁵¹ Il ne s'agit aucunement d'un jugement de l'Histoire mais bien d'un jugement de la méthode et de la bonne foi de l'historien, et cela n'a en France rien de nouveau. Au XIX^e siècle déjà, dans une affaire concernant Alexandre Dumas, la Cour d'appel de Paris, tout en affirmant que " l'histoire n'est pas tenue, lorsqu'elle rencontre un point obscur ou diversement raconté par les relations du temps, de rapporter les différentes versions auxquelles il a donné lieu " et que " ce n'est pas devant les tribunaux qu'elle peut trouver ses juges ", pose pourtant une condition essentielle à l'exercice de cette liberté d'appréciation : la bonne foi et l'exactitude de l'historien lequel, s'il choisit parmi plusieurs versions de faits historiques celle qui lui paraît la plus sûre, doit le faire avec impartialité (Cour d'appel de Paris, 26 avril 1865, *Recueil Sirey*, 1865.2.289). On se souvient aussi du fameux arrêt Branly du 27 février 1951 dans lequel les juges civils de la Cour de cassation indiquent que les omissions de l'historien sont sources de responsabilités si ce dernier s'écarte du modèle de " l'historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité " (*Dalloz*, 1951.329), ce qui fera dire au doyen Carbonnier - en termes critiques - que " de proche en proche, la Cour (...) ne peut éviter d'instaurer un contrôle judiciaire de la manière d'écrire l'histoire " (" Le silence et la gloire ", *Dalloz*, 1951, chr. 119). Comme le relève à juste titre Jacques Francillon, ce qui vaut pour le silence, vaut à plus forte raison pour la négation ou la contestation (" Aspects juridiques des crimes contre l'humanité ", in *L'actualité du génocide des Arméniens*, op. cit., p. 403). Rappelons également le jugement de l'historien Bernard Lewis par le Tribunal de grande instance de Paris, le 21 juin 1995 (cf. *supra*, note 9) : les juges reconnaissent clairement la responsabilité de Lewis après avoir posé la question des rapports du judiciaire et du scientifique. Le tribunal fixe en l'espèce les limites de l'exercice légitime de la liberté de l'historien et précise que celui-ci engage sa responsabilité lorsqu'en occultant les éléments contraires à sa thèse, il manque " à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance, sur un sujet aussi sensible " (en l'occurrence, le génocide des Arméniens). De même, plus récemment et sur le fondement de la loi Gayssot, les juges de la Cour d'appel de Paris se placent sur le terrain méthodologique et distinguent, dans l'affaire Garaudy, le "travail d'histoire" de la "polémique politique" (Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1998, *Légipresse*, n° 159, III, 1999, pp. 30ss). Voir également : C. Cohen, "Le négationnisme : du ressort de l'Histoire ou des Tribunaux ?", *Gazette du Palais*, 25 au 27 mars 2001, p. 29 ; P. Wachsmann, "Les sciences devant la justice", op. cit., pp. 154ss ; R. Roth, "Le juge et l'historien : démarches croisées ", à paraître ; ainsi que le numéro spécial de la revue *Droit et Société*, n° 38, 1998 (en particulier B. Edelman, " L'office du juge et l'histoire ", pp. 47-58).

⁵² M. Troper, *Op. cit.*

⁵³ Cf. *supra*.

En revanche, il peut paraître surprenant que les adversaires de la loi Gayssot n'avancent pas l'argument selon lequel il n'appartient pas au *législateur* d'établir la vérité historique : on pourrait considérer en effet qu'en prévoyant la punition de celui qui conteste les crimes contre l'humanité commis par les nazis, le législateur français écrit implicitement l'Histoire et établit une vérité qu'il ne lui appartient pas de déterminer. Cette critique, si elle n'apparaît que très exceptionnellement et de manière furtive dans les commentaires des juristes se prononçant sur la loi de juillet 1990⁵⁴, est néanmoins récurrente au moment de l'adoption de la loi reconnaissant le génocide arménien de 1915⁵⁵. Dès les débats parlementaires, en effet, le Sénat oppose à cette reconnaissance législative le fait qu'elle réaliserait une qualification de l'Histoire prohibée par la Constitution.

Dire que la Constitution n'autorise pas le Parlement à qualifier l'Histoire présuppose deux choses : ladite proposition de loi constitue une qualification de l'Histoire et il existe une norme constitutionnelle interdisant au Parlement l'adoption d'un tel acte. Or sur le premier point, on constate que le texte sur le génocide arménien, pas plus que la loi Gayssot, n'opère de qualification juridique à proprement parlé⁵⁶ : dans les deux cas, le législateur ne fait qu'employer un mot - "crime contre l'humanité" ou "génocide" - pour désigner une chose (qualification au sens large), en l'espèce un événement historique. Ce faisant, le Parlement ne tranche aucunement un débat d'historiens; il ne fait que *constater* une vérité préalablement établie et généralement admise par cette communauté scientifique⁵⁷. En outre, le second point ne pose guère de difficulté. La Constitution de 1958, même étendue au Préambule de 1946 et à la DDHC de 1789, est muette à ce sujet. Quant au Conseil constitutionnel, il ne s'est pas prononcé à ce jour sur cette question, et l'existence même de la loi Gayssot et de la loi reconnaissant le génocide des Arméniens - à propos desquelles il n'a pas été saisi - laisse clairement entendre que les parlementaires se sont reconnus une telle compétence⁵⁸. Ceci est d'ailleurs confirmé par l'adoption de la loi reconnaissant l'esclavage comme crime contre l'humanité⁵⁹. L'argument précité est donc également sans fondement⁶⁰.

⁵⁴ Nous pensons par exemple à l'opinion de G. Carcassonne, "La loi dénaturée", *Le Point*, n° 1389, 30 avril 1999.

⁵⁵ Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *JO*, 30 janvier 2001. Le texte de la loi est le suivant : " La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 " (article unique).

⁵⁶ Cette opération consiste à subsumer un fait sous une catégorie juridique, au sein d'une décision, autrement dit c'est ce que fait le juge quand il décide, par exemple, que tel écrit est constitutif du délit puni par la loi Gayssot.

⁵⁷ Néanmoins, la question du " législateur-historien " pourrait éventuellement se poser dans les cas où le législateur crée des textes particuliers afin de permettre le jugement *ad hoc* de personnes accusées de crimes contre l'humanité dans une situation singulière, avant même que celle-ci n'aie encore fait l'objet de débats – et de consensus – au sein de la communauté des historiens. Nous nous référons ici aux Statuts respectifs des Tribunaux internationaux *ad hoc* de Nuremberg (1945), La Haye (1993) et Arusha (1994).

⁵⁸ Comme le rappelle Jean-Claude Gaudin, lors d'une discussion au Sénat dans le cadre de l'adoption de la loi sur le génocide arménien, le Parlement " a eu l'occasion plusieurs fois de qualifier l'Histoire (...) au sujet des Justes d'Israël ou de la guerre d'Algérie " (7 novembre 2000, *JO - Débats*, p. 5800). Dans le même sens, voir notamment les interventions des sénateurs Beaudeau et Chabroux qui se réfèrent à la loi Gayssot.

⁵⁹ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *JO*, 23 mai 2001. L'article 1 de la loi est rédigé comme suit : " La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XVe siècle aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes, constituent un crime contre l'humanité ". A noter l'intervention, à ce sujet, de Jean-Jack Queyranne lors des débats au Sénat (23 mars 2000, *JO - Débats*, p. 1571) : " (...) vous hésitez à qualifier un événement historique de crime contre l'humanité.

Ainsi est-il en définitive possible de considérer le problème de la compatibilité de la loi Gayssot avec les libertés fondamentales garanties dans une société démocratique comme un faux problème : les limitations à la liberté d'expression et ses dérivés sont prévues par une loi posant un interdit interprété restrictivement, et sont présumées nécessaires en démocratie. En réalité, le problème posé aujourd'hui par l'interdit de contestation au sens de la loi Gayssot est ailleurs : son caractère exclusif ne se justifie plus.

II. L'imperfection d'un interdit exclusif

Le caractère exclusif de la loi de 1990 se traduit de deux manières : la loi est "privée de sa généralité"⁶¹ par une réduction des notions de crime contre l'humanité et de négation.

1. Une réduction inadaptée de la notion de crime contre l'humanité

La loi Gayssot, on l'a vu, sanctionne exclusivement la contestation des crimes contre l'humanité commis par les nazis⁶². Ceci peut s'expliquer par le fait qu'elle a été adoptée dans un contexte politique particulier suite aux profanations de Carpentras et, plus généralement, dans un contexte de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Son adoption en juillet 1990 se fait l'écho du développement rapide de thèses négationnistes à l'encontre du génocide des Juifs, notamment dans certains milieux universitaires. Mais la loi est aujourd'hui désuète au regard, tant de l'évolution législative en matière de crime contre l'humanité, que de la réalité actuelle du phénomène négationniste en France.

En effet, à l'époque de son adoption, l'incrimination de crime contre l'humanité n'existait pas en droit positif français, d'où la nécessité de se référer à l'Accord de Londres du 8 août 1945 portant Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg. Le garde des Sceaux le rappelait lors des travaux préparatoires : " Il ne peut s'agir que des crimes contre l'humanité commis par le régime nazi au cours de la seconde guerre mondiale, puisque seuls ces crimes sont aujourd'hui intégrés dans le système répressif français " ⁶³. Sur ce point, nous ferons deux observations : d'une part, le texte de la loi Gayssot a contraint les juges à préciser que les décisions de justice sont opposables en dépit de leur absence de publication au *Journal officiel* (contrairement aux lois et décrets), leur autorité résultant de leur prononcé et de leur caractère définitif⁶⁴ ; d'autre part, ce texte est susceptible d'être perçu comme une " sanction implicite " ⁶⁵ pour la Cour de cassation qui avait

Mais si l'on reconnaît que la traite a bien eu lieu, comme vous le faites, et si l'on admet que la traite est bien un crime contre l'humanité, la qualification de cet événement historique à laquelle on se livre est parfaitement légitime".

⁶⁰ Pour une analyse détaillée : S. Garibian et S. Rapin, " Le génocide arménien hors la loi ? ", à paraître prochainement in C. Coquio dir., *L'intégration républicaine des crimes contre l'humanité*.

⁶¹ P. Wachsmann, " Les sciences devant la justice ", *op. cit.*, p. 159.

⁶² Contrairement aux lois suisse et espagnole qui s'appliquent à tous les crimes contre l'humanité.

⁶³ Pierre Arpaillange, discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 956.

⁶⁴ Crim. 23 février 1993 : *Op. cit.* et Crim. 20 décembre 1994 : *op. cit.*

⁶⁵ A. Grosser, " La mémoire des crimes ", *op. cit.*

défini dans un arrêt du 20 décembre 1985, pour la première fois en France, la notion de crime contre l'humanité en élargissant considérablement la définition de Nuremberg⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, la seule référence à ce traité international ne se justifie plus, le droit interne s'étant enrichi depuis 1994 de nombreux textes ayant pour objet soit la définition, soit la reconnaissance d'autres génocides ou crimes contre l'humanité. On pense bien sûr au nouveau Code pénal⁶⁷ qui définit enfin ces deux notions aux articles 211-1 et suivants. Mais on pense aussi aux lois des 2 janvier 1995 et 22 mai 1996, qui adaptent le droit français aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant, respectivement, les Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie⁶⁸ et le Rwanda⁶⁹. On pense enfin aux lois des 29 janvier et 21 mai 2001 relatives à la reconnaissance du génocide des Arméniens, pour la première⁷⁰, et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, pour la seconde⁷¹.

En outre, la réalité du phénomène négationniste a elle aussi évolué depuis 1990. Ces dernières années voient l'apparition d'un négationnisme à l'encontre d'autres génocides tels que, notamment, le génocide arménien et le génocide rwandais, dans le milieu universitaire ainsi que sur Internet⁷². Ce phénomène s'est récemment accentué sur le territoire français suite à la

⁶⁶ Selon la Cour de cassation, "constituent des crimes contre l'humanité, au sens de l'article 6c du statut du Tribunal militaire international (...) - alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6b de ce texte - les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de cette opposition" (Crim. 20 décembre 1985 : *Bull. crim.* n° 407). Cette définition large du crime contre l'humanité, si elle constitue l'un des apports essentiels de la jurisprudence Barbie, a fait l'objet de vives critiques (voir par exemple les livres forts connus d'A. Frossard, *Le crime contre l'humanité*, Laffont, Paris, 1987 et d'A. Finkelkraut, *La mémoire vaine. Du crime contre l'humanité*, Gallimard, Paris, 1989). Elle est néanmoins prise en considération par le législateur lors de l'élaboration du nouveau Code pénal et donne lieu à l'article 212-2 (sur les crimes de guerre aggravés, en tant que forme particulière de crimes contre l'humanité "commis en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés [ces crimes]").

⁶⁷ Entré en vigueur le 1^{er} mars 1994.

⁶⁸ Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, *JO*, 3 janvier 1995.

⁶⁹ Loi n° 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins, *JO*, 23 mai 1996. S'agissant de l'adaptation du droit français aux dispositions du Statut de la Cour pénale internationale (CPI), voir les propositions de la FIDH dans son rapport de position n° 6 sur la CPI : *Loi française d'adaptation, enjeux et tabous*, septembre 2001).

⁷⁰ *Supra*, note 55.

⁷¹ *Supra*, note 59.

⁷² Sur la négation du génocide arménien en France, voir notamment, mis à part les nombreux articles de presse : G. Karmasyn, "La négation du génocide arménien sur Internet", *Revue d'Histoire de la Shoah*, n° 177-178, janv.-août 2003, pp. 504-550 ; M. Nchanian, "Le droit et le fait : la campagne de 1994", *Lignes*, n° 26, octobre 1995, pp. 74-92 (affaire Lewis) ; Y. TERNON, "Impunité, vengeance et négation. Le génocide arménien devant les tribunaux et les instances internationales", *Le Monde Juif*, n° 156, 1996, pp. 50ss (affaire Lewis), ainsi que *Du*

reconnaissance législative du génocide de 1915 ou encore, à la sortie du dernier film du cinéaste Atom Egoyan, *Ararat*, portant sur ce sujet. Il reste pourtant confronté à un vide juridique, du moins au niveau pénal⁷³. La dimension que prend ce négationnisme est d'autant plus alarmante que l'enseignement de l'histoire du génocide des Arméniens est particulièrement défaillant⁷⁴.

Il paraît difficile de ne pas tenir compte des changements législatifs en matière de crime contre l'humanité et / ou de l'évolution de la réalité du phénomène négationniste. Pour ce faire, il serait nécessaire de protéger la mémoire de tous les crimes contre l'humanité reconnus comme tels et donc, revisiter la signification que l'on attribue à la négation, dont tout le monde s'accorde à dire qu'elle perpétue le crime. L'extension du sens et de l'usage de ce mot s'impose de la même manière qu'elle s'est imposée au fil du XXe siècle pour le "crime contre l'humanité" ; concept initialement conçu pour désigner un événement singulier, et nécessairement élargi afin de rendre compte de réalités plurielles.

2. La nécessité d'un concept de négation élargi

On l'a vu, le concept de négation est généralement entendu dans le sens exclusif de contestation du génocide du peuple juif et le phénomène négationniste, appréhendé comme une variété de racisme ou une forme moderne d'antisémitisme⁷⁵.

Or il ne s'agit pas d'oublier que la lutte contre le négationnisme et la lutte contre le racisme et / ou l'incitation à la haine sont deux choses distinctes ayant donné lieu à deux lois (la loi Pleven

négationnisme. Mémoire et tabou, Desclée de Brouwer, Paris, 1999 (affaire Veinstein) et la contribution de l'auteur dans ce même volume ; P. Tévanian, "Le génocide arménien et l'enjeu de sa qualification (réflexions sur l'affaire Veinstein)", intervention au colloque *L'époque de la disparition*, organisé à l'Université de Paris-St Denis le 10 mai 2001, par MM. Alain Brossat et Jean-Louis Déotte (accessible sur internet : <http://ornitho.org/lmsi/lmsi61.html>). Plus généralement : R. P. Adalian, "The Armenian Genocide : Revisionism and Denial", in M. N. Dobkowski et I. Wallimann éd., *Genocide in our Time : an Annotated Bibliography with Analytical Introductions*, Pierian Press, Ann Arbor, 1992, pp. 85-105, ainsi que "The Ramifications in the United States of the 1995 French Court Decision on the Denial of the Armenian Genocide and Princeton University", *Revue du monde arménien moderne et contemporain*, tome 3, 1997, pp. 99-122 ; I. W. Charny, "L'intolérable perversion des universitaires négateurs du génocide arménien ou de l'holocauste", *Revue du monde arménien moderne et contemporain*, tome 3, 1997, pp. 123-141 ; V. Dadrian, *The Key Elements in the Turkish Denial of the Armenian Genocide : a Case Study of Distortion and Falsification*, The Zoryan Institute, Toronto, 1999 ; R. Hovannisian, *Remembrance and Denial. The Case of the Armenian Genocide*, Wayne State University Press, Detroit, 1999 ; F. Paulin, "Négationnisme et théorie des populations stables : le cas du génocide arménien", in H. Le Bras dir., *L'invention des populations*, Editions Odile Jacob, Paris, 2000, pp. 161-176 ; R. W. Smith, "Denial of the Armenian Genocide", in I. W. Charny éd., *Genocide : A Critical Bibliographic Review*, vol. 2, Mansell Publishing, Facts on File, London, New-York, 1991, pp. 63-85 et R. W. Smith, E. Markusen, R.J. Lifton, "Professional ethics and the denial of Armenian Genocide", *Holocaust and Genocide Studies*, 1995, pp. 1-22 ; Y. TERNON, *Enquête sur la négation d'un génocide*, Editions Parenthèses, Marseille, 1989. Sur la négation du génocide rwandais, voir les travaux de Jean-Pierre Chrétien, et, dans ce volume, le texte de Louis Bagilishya.

⁷³ Même si en matière d'Internet, un changement de loi ne suffirait pas en soi à contrôler les dérapages, Gilles Karmasyn relève cependant à juste titre que "l'absence de législation sanctionnant explicitement la négation du génocide des Arméniens hypothèque lourdement toute tentative d'imposer un filtrage technique aux fournisseurs d'accès" ("La négation du génocide arménien sur Internet", *op. cit.*, p. 540).

⁷⁴ A ce sujet, voir H. Strapelias, "Quelle place pour le génocide des Arméniens dans les livres d'enseignement secondaire", in *L'actualité du génocide des Arméniens*, *op. cit.*, pp. 353-359 et « Enseigner l'histoire du génocide des Arméniens : avancées et reculs de l'édition scolaire », *Revue d'Histoire de la Shoah*, n° 177-178, janv.-août 2003, pp. 471-503.

⁷⁵ Cf. *supra*.

de 1972⁷⁶ et la loi Gayssot de 1990), et donc deux infractions, différentes : la première interdit tout discours raciste, la seconde tout discours négationniste. En ce sens, les deux lois - et leurs objets respectifs - ne se confondent pas, elles se complètent, la loi de 1990 venant combler un “trou” dans l’arsenal juridique⁷⁷. Les propos des parlementaires attestent de cela⁷⁸, en réponse d’ailleurs aux adversaires de la loi Gayssot qui jugeaient superflue l’adoption d’un tel texte.

S’il est vrai que les deux phénomènes sont le plus souvent liés, en particulier dans les cas de contestation du génocide des Juifs, cela ne permet pas pour autant d’affirmer qu’ils sont toujours associés par un lien de connexité nécessaire. Prétendre le contraire reviendrait à ajouter une condition, pourtant inexistante, au texte déjà restrictif de la loi de juillet 1990⁷⁹.

Il serait *a priori* possible de justifier juridiquement la nécessité de ce lien de connexité en arguant que lui seul rend compatible l’interdit de la contestation et les libertés fondamentales susmentionnées. En effet, on pourrait dire que c’est uniquement parce que le négationnisme suppose un mensonge dans le cadre d’une propagande raciste ou antisémite, que son incrimination dans un Etat de droit n’est pas liberticide. Néanmoins, des nuances peuvent être apportées à ce raisonnement :

1. Bien que moins immédiate, la portée raciste d’autres négations est réelle⁸⁰. Le “ père ” de la loi Gayssot fut le premier à le relever (en vain) devant l’Assemblée nationale, lorsqu’il établit le lien entre le racisme et les “ crimes les plus monstrueux de l’Histoire, de la barbarie nazie au système d’apartheid en Afrique du Sud, en passant par le génocide des Arméniens ”⁸¹. En outre, cette portée raciste aboutit dans la plupart des cas à un discours d’incitation à la haine. Comme le constate Gilles Karmasyn dans son travail sur la négation du génocide arménien⁸², une très grande partie de la rhétorique négationniste en l’espèce consiste en un retournement complet de l’accusation : non seulement le statut de victimes est nié aux Arméniens, mais leurs négateurs les présentent de surcroît - et de manière récurrente - comme les assassins de leurs propres bourreaux.
2. Cela dit, il est utile de rappeler que l’élément le plus déterminant, afin de comprendre la raison d’être de la loi Gayssot, reste le caractère potentiellement dangereux, dans une

⁷⁶ Adoptée à l’unanimité, cette loi crée les infractions de discrimination en raison de la race, de la religion, de la nation, de l’ethnie et de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale.

⁷⁷ Rappelons que la loi Gayssot devait permettre de remédier à la difficulté de condamner les écrits négationnistes par le biais de la loi Pleven, en raison du principe d’interprétation stricte de la loi pénale.

⁷⁸ Voir les interventions de Jean-Claude Gayssot (discussion à l’Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 919), Jean le Garrec (*Idem*, p. 924) ou Jean-Claude Lefort (discussion à l’Assemblée nationale, 28 juin 1990, *JO - Débats*, p. 3122) ; ainsi que Jacqueline Fraysse-Cazalis (discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, p. 1457) ; ou encore Pierre Arpaillange (discussion à l’Assemblée nationale, 28 juin 1990, *JO - Débats*, p. 3105).

⁷⁹ La loi suisse quant à elle (*supra*, note 12) fait du mobile raciste une *condition expresse* de la répression du négationnisme, ce qui est par ailleurs vivement critiqué par certains juristes helvétiques (cf. M. A. Niggli, *Discrimination raciale. Un commentaire au sujet de l’art. 261bis CP et de l’art. 171c CPM*, Schulthess, Zürich, 2000, pp. 327ss).

⁸⁰ Il est intéressant de relever que l’argument de l’absence de haine raciale dans le crime est un des lieux communs de la littérature négatrice, par ailleurs.

⁸¹ Séance du 2 mai 1990, *JO - Débats*, pp. 918ss.

⁸² G. Karmasyn, “La négation du génocide arménien...”, *op. cit.*

démocratie, des propos réprimés par la loi. Ce danger peut certes provenir de discours mensongers en tant qu'expression d'une propagande raciste ou antisémite⁸³. Mais il peut aussi découler de l'*atteinte à la dignité humaine*, en tant que valeur universelle⁸⁴, qui est causée par la négation de tout génocide indépendamment du mobile strictement raciste ou antisémite. La dignité humaine est effectivement bafouée par l'exécution de crimes contre l'humanité, quels qu'ils soient, et, *a fortiori*, par la contestation de ces mêmes crimes généralement considérée comme l'étape ultime de tout processus génocidaire⁸⁵. Il serait d'ailleurs possible de voir en l'adoption de la loi Gayssot, une volonté du Parlement de condamner les valeurs des "régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine"⁸⁶. Le fait que la loi de 1990 puisse être une protection contre les atteintes à la dignité humaine, nécessaire en démocratie, est notamment exprimé par le garde des sceaux à l'Assemblée nationale⁸⁷. Le lien de connexité entre négation et racisme ou antisémitisme n'est en définitive pas une condition exclusive pour la répression de propos négationnistes.

Au regard de ces différents éléments, et si l'on tient compte de ce qui justifie l'existence même de la loi Gayssot dans l'arsenal juridique français, il paraît nécessaire d'étendre l'usage du concept de négation au-delà de la seule négation de la Shoah : une extension du sens qui suppose dès lors une extension du texte⁸⁸. L'élargissement de l'interdit posé par la loi est souhaitable si l'on

⁸³ Cf. les interventions relatives à la dangerosité du racisme et de l'antisémitisme pour la démocratie, lors des débats parlementaires : Pierre Arpaillange (discussion au Sénat, 11 juin 1990, *JO - Débats*, pp. 1445 et 1447), Guy Allouche (*Idem*, p. 1454) et Robert Vizet (*Ibidem*, p. 1462).

⁸⁴ A noter que la dignité humaine est le seul droit absolument indérogeable, inscrit "en négatif, par le jeu des interdits de la torture et des traitements inhumains ou dégradants" et placé au sommet de la hiérarchie des droits de l'Homme (cf. M. Delmas-Marty, "Le crime contre l'humanité, les droits de l'Homme, et l'irréductible humain", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 1994, p. 486).

⁸⁵ A ce sujet ainsi que sur le déni d'humanité que constitue la négation, les auteurs sont unanimes toutes disciplines confondues. Lire par exemple : C. Coquio, "Génocide : une vérité sans autorité. La négation, la preuve et le témoignage", *Revue de l'ARAPS (Association Rencontres Anthropologie Psychanalyse)*, n° 11-12, 1999, pp. 163ss ; C. Delacampagne, *De l'indifférence. Essai sur la banalisation du mal*, Odile Jacob, Paris, 1998, pp. 108ss ; R. Hovannisian, "L'hydre à quatre têtes du négationnisme...", *op. cit.*, pp. 144ss ; E. Markusen et I. W. Charny, "Négation du génocide. Un processus psychologique", in I. W. Charny éd., *Le livre noir de l'humanité. Encyclopédie mondiale des génocides*, Editions Privat, Toulouse, 2001, p. 394 ; M. Nishanian, "Le droit et le fait...", *op. cit.*, pp. 85ss ; H. Piralian, *Génocide et transmission*, L'Harmattan, Paris, 1994, pp. 89ss ; Y. Ternon, *Du Négationnisme...*, *op. cit.*, pp. 14ss ; et bien sûr P. Vidal-Naquet, *Les Assassins de la mémoire*, *op. cit.*. Le juriste Denis Salas le rappelait récemment encore lors de sa participation au colloque sur "La lutte contre le négationnisme" à la Cour d'appel de Paris (5 juillet 2002).

⁸⁶ Cf. l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 16 avril 1946, faisant partie du bloc de constitutionnalité depuis la très célèbre décision du Conseil constitutionnel : décision n°71-44.DC, 16 juillet 1971 *Liberté d'association*.

⁸⁷ Pierre Arpaillange, discussion à l'Assemblée nationale, 2 mai 1990, *JO - Débats*, p. 903. Le même raisonnement se tient par ailleurs s'agissant des lois de 2001 reconnaissant le génocide arménien et l'esclavage comme crime contre l'humanité. Là encore, l'exemple suisse est intéressant : il est généralement admis par la doctrine - et confirmé par le Tribunal fédéral - que la loi (*supra*, note 12) vise la protection de la *dignité humaine*, ce qui rend la répression pénale de la négation, tant de la Shoah que des autres génocides reconnus, compatible avec l'article 10 de la CESDH (voir C. Poncet, "La répression du négationnisme sous l'angle de l'art. 10 CEDH", *Médialex, revue de droit de la communication*, Fascicule 2, 2001, pp. 89ss).

⁸⁸ Plusieurs propositions de lois visant l'extension de la loi Gayssot ont été déposées à l'Assemblée nationale depuis 1995, en vain. De même, l'extension de la loi fut proposée par MM. Roland Blum et François Rochebloine dans un amendement, lors de l'élaboration de la loi reconnaissant le génocide arménien en 1998. L'amendement en question prévoyait d'insérer dans le texte de la loi Gayssot l'alinéa suivant : "Seront punis des

veut faire répondre le droit à la réalité mouvante du phénomène négationniste, d'une part, et l'adapter à l'évolution législative en matière de crime contre l'humanité tout en préservant la qualité du travail parlementaire, d'autre part. En effet, la loi de 1990 est aujourd'hui critiquable, non parce qu'elle serait liberticide dans un Etat démocratique, mais parce qu'elle est dépassée par les événements⁸⁹. De plus, son extension aurait le double avantage : 1. de rendre au texte une cohérence perdue depuis l'adoption ces dix dernières années, en France, de nouvelles lois relatives à la définition ou à la reconnaissance de crimes contre l'humanité ; 2. de juguler, par la même occasion, le risque de voir se multiplier des demandes de reconnaissance législative de tels crimes auprès du Parlement, et d'accumuler des lois dites "symboliques" (telles que celles relatives au génocide arménien et à l'esclavage), dont certains pensent qu'elles nuisent à la qualité du travail parlementaire. La possibilité d'obtenir une condamnation pénale pour contestation de crime contre l'humanité vaudrait, de surcroît, reconnaissance du crime.

On pourrait s'interroger, pour finir, sur le sens de ce *silence du droit* s'agissant d'autres négationnismes de grande ampleur. Le maintien d'un tel silence pourrait signifier deux choses : soit que le législateur considère qu'il n'existe pas d'autres crimes contre l'humanité que ceux commis par les nazis, ou qu'il n'existe pas en France d'autres négationnismes que celui touchant le génocide du peuple juif, arguments évidemment non valables; soit alors que le législateur estime une sanction pénale superflue dans le cas des autres négations ou contestations, celles-ci n'étant pas susceptibles d'avoir des effets néfastes dans la société démocratique française. Ce dernier point appelle deux remarques. D'abord, le caractère non néfaste des autres négations constitue un jugement de valeur fortement discutable, pour les raisons précédemment énoncées. Ensuite, la conséquence de ce jugement, c'est-à-dire le refus de faire des autres négationnismes un délit, revient à préserver une distinction implicite entre les crimes contre l'humanité dont la mémoire mérite une protection pénale, et les autres. Or il semble aujourd'hui difficile de maintenir une telle distinction, juridiquement injustifiable, sans risquer de créer une inégalité des victimes devant la loi. Mais aussi, plus insidieusement, de donner lieu à une hiérarchisation des génocides ou des crimes contre l'humanité - et *a fortiori* de leurs négations -, dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle constituerait une dérive inquiétante en démocratie.

mêmes peines ceux qui auront contesté tout autre crime contre l'humanité sanctionné par l'application des articles 211-1, 212-1 et 212-2 du code pénal ou par un tribunal international ou reconnu comme tel par une organisation intergouvernementale, quel que soit le lieu ou la date à laquelle le crime a été commis". Celui ci fut rejeté dès le travail en commission.

⁸⁹ A ce propos, il est à noter que depuis quelques années un certain nombre d'historiens élargissent l'usage du mot "négation" à la contestation des autres génocides. Voir par exemple les définitions du négationnisme et de la négation dans un ouvrage majeur paru récemment : I. W. Charny éd., *Le livre noir de l'humanité...*, op. cit., pp. 394ss. La nécessité de cette extension du sens est l'objet des dernières études de l'historien Y. Ternon : *Du négationnisme...*, op. cit., en particulier pp. 12ss et *L'innocence des victimes*, Desclée de Brouwer, Paris, 2001, notamment pp. 115ss.