

# État des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé

PAR

Nathalie DROIN

*Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté,  
Membre associé au Centre de recherche  
et d'étude en droit et science politique*

---

## *Résumé*

Le présent article a pour objet de dresser un état des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé. Il est volontairement restreint aux États qui connaissent une législation spécifique de lutte contre le négationnisme. La plupart de ceux-ci ont fait le choix de sanctionner un négationnisme qualifié, pour les besoins de cette étude, de «conditionné» parce que la sanction du propos est subordonnée à l'existence d'une condition, et ce quand bien même cette condition n'est pas expressément énoncée. Cette tendance est encouragée par la décision-cadre de l'Union européenne. Du reste, conformément à cette dernière et en dépit de blocages observés dans certains États d'Europe occidentale, on assiste à un élargissement du champ d'application de ce délit, qui ne concerne plus seulement les crimes imputables au national-socialisme, mais l'ensemble des crimes les plus graves.

## *Abstract*

This paper highlights the current conditions under which the French and Comparative Laws repress negationism. It focuses on States that have adopted specific legislations in order to fight against negationism. Most countries punish the “conditioned” negationism, qualified as such for the purposes of this study because the sanction is subject to the existence of a condition, even if this condition isn't clearly stated. This trend is largely encouraged by the Framework Decision of the European Union. In addition, according to this latter, and despite the observed blocking in some Western European countries, the scope of

this crime is no longer limited to the genocide committed by the German National Socialist regime during the Second World War, but it has been extended to cover all related crimes.

En France, la censure de la loi dite Boyer par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 février 2012<sup>1</sup> a réalimenté le débat entourant la sanction du négationnisme, et notamment sa pénalisation au-delà des crimes contre l'humanité imputables au national-socialisme et à ses partisans. Si, depuis, on assiste à une situation de blocage de la lutte contre les propos négationnistes, il convient néanmoins de souligner que le Conseil constitutionnel n'a pas rendu une décision définitive à l'encontre de leur pénalisation, ce qui explique que de nouvelles propositions de loi ont d'ores et déjà été déposées<sup>2</sup>.

La loi censurée par le Conseil, qui visait à introduire un article 24<sup>ter</sup> dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont l'objectif était de sanctionner la négation de génocide reconnu par la loi, a été présentée comme une transposition de la décision-cadre de l'Union européenne du 28 novembre 2008 'sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal', adoptée en application de l'article 29 du Traité sur l'Union européenne<sup>3</sup>.

Dans son article 1<sup>er</sup>, 1, c) et d), la décision-cadre impose aux États membres de prévoir la sanction de «la négation ou la banalisation grossière des crimes

<sup>1</sup> Cons. const. (fr.), n° 2012-647 DC, 28 février 2012; *Nouv. Cah. Cons. Const.*, 2012, pp. 67 et s., et commentaire, pp. 71 et s.; *Constitutions*, 2012, pp. 389 et s., B. MATHIEU *e.a.*; *D.*, 2012, p. 601, édito F. ROME; *ibid.*, Jur., pp. 987 et s., J. ROUX; *J.C.P.*, G, 2012, pp. 525, F. TERRE; *ibid.*, 425, pp. 680 et s., A. LEVADE et B. MATHIEU; *R.S.C.*, 2012, pp. 179 et s., J. FRANCILLON; *ibid.*, 2012, pp. 343 et s., F. BRUNET; *A.J.D.A.*, 2012, pp. 1406, M. VERPEAUX et A. MACAYA; *Rev. fr. dr. adm.*, 2012, pp. 507 et s., W. MASTOR et J.-G. SORBARA; *C.C.E.*, 2012, n° 6, pp. 8 et s., A. LEPAGE; *Légipresse*, 2002, n° 293-II, pp. 219 et s., N. MALLET-POUJOL; *Gaz. Pal.*, 2012, nos 88-89, pp. 9 et s. C. AMSON; *L.P.A.*, mars-avril 2012, n° 2, pp. 7 et s., Fr. HAMON; *ibid.*, 6 avril 2012, n° 70, pp. 17 et s., J.-P. CAMBY; *R.T.D. civ.*, 2012, pp. 78 et s., P. PUIG; *D. pén.*, 2012, n° 6, pp. 26 et s., O. MOUYSET; *R.R.J.*, 2012, n° 3, pp. 1083 et s., A. FARGUES; *R.P.D.P.*, 2012, n° 2, pp. 399 et s., M. DANTI-JUAN; *R.F.D.C.*, 2012, n° 91, pp. 563 et s., L. PECH; *ibid.*, 2013, n° 95, pp. 589 et s., N. DROIN.

<sup>2</sup> Voy. la proposition de loi n° 690 tendant à la transposition en droit interne de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008, enregistrée le 6 février 2013, présentée par Valérie Boyer, Olivier Audibert-Troin, Marcel Bonnot, Charles de la Verpillère, Guy Teissier et Dominique Tian.

<sup>3</sup> Elle fait suite à l'action commune 96/443/JAI du Conseil européen du 15 juillet 1996, dont l'objet est «de répondre à la nécessité de rapprocher davantage les dispositions législatives et réglementaires des États membres et de surmonter les obstacles à une coopération judiciaire efficace qui tiennent essentiellement à la disparité des approches législatives des États membres».

de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale, visant un groupe de personnes ou un membre d'un groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe», ainsi que «la négation ou la banalisation grossière publique des crimes définis à l'article 6 de la Charte du Tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945», visant les mêmes personnes et assortie de la même condition.

Aux termes de cet article, il apparaît tout d'abord que le négationnisme doit être sanctionné en tant qu'il incite au racisme, ainsi qu'en témoigne la définition du groupe visé et la précision selon laquelle le comportement doit «être exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine». Ensuite, ce n'est pas, selon une distinction empruntée à la doctrine allemande<sup>4</sup>, la négation simple, «expression contestant l'existence d'un crime sans viser un groupe d'individus», qui est visée, mais la négation qualifiée, «qui met en cause certaines personnes»<sup>5</sup>. Enfin, cette définition n'impose pas aux États membres de rendre punissable en soi le négationnisme, le crime ou délit de négationnisme paraissant intégrer la catégorie plus large du crime ou délit d'incitation à la haine ou à la violence. Aussi, l'impact juridique de la décision-cadre quant à la sanction explicite du négationnisme peut, à première vue, paraître mineur dans la mesure où la plupart des législations européennes connaissent déjà des dispositions relatives à la lutte contre l'incitation à la haine ou à la violence.

Du reste, la décision-cadre permet aux États de restreindre la portée du crime ou délit de négationnisme. Dans le point 3 de l'article 1<sup>er</sup>, elle énonce que les États peuvent choisir de ne punir que le «comportement qui est en soi exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant». En outre, le point 4 du même article permet aux États membres de limiter la pénalisation du négationnisme aux crimes qui «ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction nationale de cet État membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement». Si on peut douter de l'effectivité de la première limite, à la vue de ce qu'on observe dans les pays qui détiennent déjà une précision similaire (cas de l'Allemagne notamment<sup>6</sup>), la seconde permet en revanche à l'État de définir avec précision le délit de négationnisme,

---

<sup>4</sup> Cons. Th. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression – Étude de droit comparé*, Bruylant, I.I.D.H., n° 19, 2013, p. 24

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>6</sup> Voy. l'article 130, alinéa 3, du Code pénal.

ce qui peut avoir un avantage du point de vue du principe de légalité tout en présentant un inconvénient, dans la mesure où elle exclut certains groupes de victimes, notamment la communauté arménienne, de cette protection, le génocide arménien n'ayant pas été reconnu par une quelconque juridiction<sup>7</sup>.

Plus que le fait pour la décision-cadre de prescrire la sanction d'un négationnisme dit qualifié, c'est la subordination de la sanction au comportement «exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou du membre d'un groupe» qui interpelle le commentateur. Une telle condition, qui restreint la portée du délit, présente plusieurs avantages. En faisant le lien avec la lutte contre la provocation à la haine et à la discrimination à l'égard d'un groupe ou d'un membre d'un groupe, elle permet de faire échapper le délit de négationnisme à la suspicion de délit d'opinion<sup>8</sup>, mais également à la critique selon laquelle incriminer le négationnisme conduit le législateur à faire œuvre d'historien. Ici, ce n'est pas la négation d'un fait historique qui est incriminée, mais un propos provocateur, incitant à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes. Du reste, elle permet de ne pas réprimer toutes les écritures ou réécritures fantaisistes de l'histoire<sup>9</sup>, ce qui serait, sans conteste contraire au principe de libre expression qui n'est pas circonscrit à la parole vraie ou exacte, mais uniquement les plus dangereuses lorsqu'elles risquent de provoquer la violence ou la haine. Enfin, elle laisse ouvert le débat sur l'origine de faits constituant les crimes les plus graves, ce qui semble protecteur de la recherche historique.

Ainsi, parce qu'elle est liée à l'incitation à la violence et à la haine à l'égard d'un groupe, la sanction du négationnisme, telle qu'elle est exigée par la décision-cadre, apparaît comme un instrument de lutte contre une forme plus insi-

---

<sup>7</sup> Cette affirmation mérite d'être relativisée, certains responsables ayant été condamnés en Turquie : voy. S. GARIBIAN, «La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français», *Droit et Cultures*, n° 66, 2013/2, pp. 48 et s. Il reste que ce crime de génocide a néanmoins été reconnu par divers États, une vingtaine, dont la France, par l'Union européenne (résolution du Parlement européen du 18 juin 1987 sur une solution politique de la question arménienne, *J.O.*, C-190, 20 juillet 1987, p. 119; voy. également les résolutions du 15 novembre 2000, du 28 février 2002 et du 28 septembre 2005), par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (déclaration du 24 avril 1998 par 51 parlementaires; du 24 avril 2001 par 63 parlementaires; du 24 avril 2013 par 26 parlementaires), par le Mercosur (Marché commun du Sud) (résolution parlementaire du 19 novembre 2007), par la sous-commission des Nations Unies de lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (rapport du 2 juillet 1985), ainsi que par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre (rapport du 28 mai 1948).

<sup>8</sup> Elle insiste, en effet, de cette façon sur le lien entre la parole poursuivie et l'acte répréhensible.

<sup>9</sup> En ce sens, B. RENAULD, «La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne : du nouveau en matière de lutte contre le racisme ?», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 133.

dieuse de racisme. Il convient néanmoins de préciser qu'il s'agit d'une incrimination *a minima*, qui ne doit donc pas être interprétée comme interdisant des législations qui seraient, sur ce point, moins restrictives du point de vue de leur objet comme de leur portée. Dès lors, le respect de la décision-cadre n'est pas incompatible avec des infractions qui répriment le négationnisme sans être assorties de condition.

Avant la décision-cadre, le droit européen des droits de l'homme s'était lui aussi emparé de la question. Le protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, adopté le 30 janvier 2003 par le Conseil de l'Europe et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006, invite de manière non contraignante les États parties à rendre punissable le négationnisme des crimes contre l'humanité reconnus par un tribunal<sup>10</sup>. Si ce dernier semble avoir fait le choix de poursuivre le négationnisme simple, ainsi que le laisse entendre l'article 6-1 sur le crime de négationnisme<sup>11</sup>, l'article 6-2 autorise néanmoins les États parties à restreindre la possibilité de l'interdiction du négationnisme aux actes « commis avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination, ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de leur race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion », « ou de se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1<sup>er</sup> du présent article ». Du reste, preuve que le négationnisme n'intéresse pas que l'Europe, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté en janvier 2007 une résolution condamnant la négation de l'Holocauste<sup>12</sup>.

Au début des années 1990, les premiers États à avoir pénalisé le négationnisme ont choisi, à l'exception de la Suisse et du Luxembourg, de circonscrire la répression à la négation des crimes du régime national-socialiste, certaines

---

<sup>10</sup> Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, Strasbourg, 28 janvier 2003. À ce jour, trente-quatre États membres du Conseil de l'Europe l'ont signé et vingt l'ont formellement ratifié. Le protocole est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006, une fois qu'il a recueilli la ratification de cinq États.

<sup>11</sup> « Chaque partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants : la diffusion ou les formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par les parties ».

<sup>12</sup> Résolution A/61/L.53 de l'Assemblée générale des Nations Unies portant condamnation de la négation de l'Holocauste.

législations faisant référence à l'ensemble des crimes, visant alors indistinctement les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, d'autres restreignant à un ou plusieurs de ceux-ci. Progressivement, la répression du négationnisme s'est ouverte à d'autres crimes, de façon assez circonstanciée. Ainsi, on observe à la fin des années 1990 et au début des années 2000 un élargissement de la pénalisation du négationnisme aux crimes communistes notamment dans les pays qui ont eu à souffrir de celui-ci, comme c'est le cas de la Pologne<sup>13</sup> et de la République tchèque<sup>14</sup>.

Depuis le début des années 2000, on note un nouvel élargissement, qui a été conforté par la décision-cadre de l'Union européenne : désormais, les textes sanctionnant le négationnisme n'opèrent plus de distinction au sein des crimes concernés les plus graves, et ne sont donc pas restreints aux crimes commis par un régime en particulier, exception faite de certains États qui ont été victimes d'un génocide plus ou moins récent. C'est le cas du Rwanda, qui connaît depuis peu une législation très précise en la matière<sup>15</sup>, du Cambodge, qui vient d'adopter une loi interdisant de contester les atrocités commises par le régime des Khmers rouges<sup>16</sup>, de l'Ukraine, qui interdit de nier le « génocide de famine » commis de 1932 à 1933 par les Soviétiques<sup>17</sup> ou encore du Monténégro, dont l'article 370, § 2, du Code pénal vise, notamment, la négation ou la minimisation des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre commis à l'encontre d'un groupe durant la guerre d'ex-Yougoslavie<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Articles 1<sup>er</sup> et 55 de la loi du 18 décembre 1998, portant création de l'Institut de la mémoire nationale – Commission pour la poursuite des crimes contre la nation polonaise.

<sup>14</sup> Paragraphe 405 du Nouveau Code pénal entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010; ancien article 261, a), du Code pénal adopté le 25 octobre 2000.

<sup>15</sup> Article 4 de la loi n° 33bis/2003 du 6 septembre 2003 réprimant les crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre : « sera puni [...] celui qui aura publiquement manifesté, dans ses paroles, écrits images ou de quelques manières que ce soit, qu'il a nié le génocide survenu, l'a minimisé grossièrement, cherché à le justifier ou approuver son fondement... ». La peine est particulièrement sévère, puisqu'elle s'élève de dix à vingt ans d'emprisonnement. Voy. aussi, la loi n° 18/2008 du 23 juillet 2008 portant répression du crime d'idéologie du génocide, modifiée par la loi n° 84/2013 du 11 septembre 2013 relative au crime d'idéologie du génocide et autres infractions connexes, notamment les articles 3, 5 et 6, concernant la négation et la minimisation du crime de génocide.

<sup>16</sup> « Au Cambodge, une loi contre le négationnisme inquiète la société civile », *R.F.I.*, 8 juin 2013.

<sup>17</sup> Loi adoptée par le Parlement ukrainien le 28 novembre 2006, déclarant que l'*Holodomor* est un génocide et punissant le négationnisme de celui-ci.

<sup>18</sup> Article 370 du Code pénal croate :

«(1) Toute personne qui incite publiquement à la violence ou à la haine envers un groupe ou un membre d'un groupe fondée sur la race, la couleur de peau, la religion, l'origine, l'appartenance nationale ou ethnique, est punie d'une peine d'emprisonnement comprise entre six mois et cinq ans.

→

Notre propos sera restreint aux États qui connaissent une législation spécifique de lutte contre le négationnisme, ce qui ne veut pas pour autant dire que celui-ci est permis dans les autres États. Ainsi, en Australie, s'il n'existe pas de texte incriminant spécifiquement le négationnisme, il apparaît néanmoins possible de le réprimer sur le fondement de l'article 18, C, de la loi sur les discriminations raciales<sup>19</sup>. C'est également le cas des Pays-Bas, qui ne connaissent pas de législation condamnant spécifiquement le négationnisme<sup>20</sup> ; néanmoins la Cour suprême a jugé dans une décision du 27 octobre 1987 que les articles du Code pénal réprimant les comportements racistes ou discriminatoires pourraient être applicables à la négation de l'Holocauste<sup>21</sup>.

Mise à part cette première césure entre les États, c'est-à-dire entre ceux qui prévoient une interdiction explicite du négationnisme et ceux qui ne contiennent que des dispositions d'ordre général contre les discours de haine dans le cadre desquelles le négationnisme peut être puni, il existe une distinction qui mérite notre attention et qui tient à la portée dudit délit. Certains États punissent en effet le négationnisme en tant que tel (France, Autriche), quand d'autres limitent la portée du délit en introduisant une série de conditions destinées à restreindre l'engagement de la responsabilité pénale aux cas des comportements les plus préjudiciables. Nous proposons de qualifier ce négationnisme de «conditionné», ce qui permet d'intégrer les législations spécifiques des États subordonnant la pénalisation du négationnisme à une condition relative aux conséquences de l'expression, communément dénommée conséquentielle, ou à une condition relative à l'intention du locuteur, dénommée intentionnelle.

---

←

(2) La peine prévue au paragraphe 1<sup>er</sup> du présent article s'applique aussi à toute personne qui approuve, dément l'existence ou minimise largement la gravité des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre commis contre un groupe ou un membre d'un groupe sur la base de la race, de la couleur de peau, de la religion, de l'origine, de l'appartenance nationale ou ethnique, d'une manière pouvant déboucher sur des violences ou provoquer la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe lorsque ces crimes ont été reconnus dans une décision définitive et exécutoire d'un tribunal monténégrin ou du Tribunal pénal international).

<sup>19</sup> Voy. *Jones c. Sally* (2002), cité in Th. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, op. cit., p. 403. S'agissant des États-Unis, l'auteur ajoute qu'il lui semble que les propos négationnistes pourraient être sanctionnés à condition qu'ils soient «hostiles à un groupe très restreint d'individus»: op. cit., p. 417. Il est néanmoins revenu sur cette affirmation à la lumière d'une nouvelle jurisprudence qui dément cette possibilité: Th. HOCHMANN, «Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2010-juin 2012)», *Rev. trim. dr. h.*, 2013, n° 94, pp. 308 et s.

<sup>20</sup> En dépit de la ratification du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité.

<sup>21</sup> Hoge Raad, 27 octobre 1987, *N.J.*, 1988, 538 ; 25 novembre 1997, *N.J.*, 1998, 261.

Du reste parmi ceux qui pénalisent spécifiquement le négationnisme, les États ne divergent pas seulement au regard des conditions additionnelles. Il est à noter également une différence quant aux faits historiques qu'il est interdit de nier. Ainsi, certains punissent seulement la négation de l'Holocauste ou plus largement des crimes les plus graves du national-socialisme quand d'autres punissent tous génocides, voire tous crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Cette tendance à l'élargissement du crime ou délit de négationnisme, qui est contestable et contestée, est encouragée par la décision-cadre de l'Union européenne, qui incite les États, sans toutefois l'imposer, à introduire ou à élargir la portée dudit crime ou délit au-delà de la négation de l'Holocauste<sup>22</sup>.

Nous observerons, dans le premier temps de cette étude, que la plupart des États qui disposent d'une telle incrimination ont fait le choix de sanctionner un négationnisme «conditionné» quand bien même cette condition n'est pas expressément énoncée, bien souvent afin de pouvoir justifier «démocratiquement» un délit accusé d'être liberticide (I). Puis, dans le second temps, nous nous attacherons à relever qu'en dépit du blocage de certains États (en France et en Belgique notamment) on assiste à un élargissement du champ d'application de ce délit (II).

### **I. Une tendance à l'incrimination d'un négationnisme «conditionné», considéré comme conforme aux exigences démocratiques**

L'opposition entre la sanction du négationnisme «pur et simple» et celle du négationnisme «conditionné» n'est pas si évidente et tranchée qu'il n'y paraît. Alors qu'un bon nombre d'États semblent *a priori* sanctionner un négationnisme que l'on pourrait qualifier de «simple», dans la mesure où le texte punit une expression contestant l'existence d'un crime sans précision supplémentaire quant à la nécessité de réunir d'autres éléments conditionnant l'incrimination, nous constaterons qu'en réalité, ils envisagent la sanction d'un négationnisme «conditionné» qui ne dit pas son nom. Dès lors, après avoir examiné le cas des États qui sanctionnent un négationnisme «simple», pas si simple (A), nous

---

<sup>22</sup> Les deux divergences ici traitées ne sont pas exclusives d'autres dissemblances : certains États précisent la définition des crimes concernés par référence au droit international et aux décisions des tribunaux internationaux pertinents quand d'autres ne prévoient rien ; certains États ne visent que la négation à proprement parler quand d'autres incluent la justification, minimisation grossièrement et autres comportements. Il reste que les deux divergences qui seront présentées ici nous paraissent être les plus significatives.

nous attarderons sur les législations qui ont fait le choix explicite de pénaliser un négationnisme « conditionné » (B).

*A. Les tenants majoritaires de l'incrimination  
d'un négationnisme dit « simple »... pas si simple*

Ni la loi française, ni la loi autrichienne, ni la loi belge, ni le Code pénal luxembourgeois ou andorran, ni même, pour des textes plus récents, la loi polonaise et la loi tchèque n'émettent la moindre condition subordonnant la sanction du négationnisme.

La France est l'un des premiers États à avoir prévu spécifiquement la sanction du négationnisme, non sans discussions et difficultés, les opposants étant alors (et toujours) légion. Adoptée le 13 juillet 1990, la loi Gayssot introduit dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 un article 24*bis* prévoyant que « Seront punis [...] ceux qui auront contesté [...] l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 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'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».

Cette disposition, nous y reviendrons, restreint le champ d'application du délit à certains crimes commis par le national-socialisme, mais ne contient aucune condition, ni relativement à une quelconque intention malveillante, ni quant aux conséquences de l'expression, autrement dit, elle ne limite pas la sanction des propos négationnistes en cas, par exemple, de trouble à l'ordre public. L'article 24*bis*, bien qu'il succède à la disposition incriminant la provocation non suivie d'effet, ne fait pas le lien entre ces propos, niant un crime particulièrement grave, et la provocation à la discrimination, à la violence et à la haine raciale, pas plus qu'il ne fait le lien avec la diffamation raciale, explicitement définie comme l'imputation d'un fait précis ayant pour conséquence de porter atteinte à l'honneur et à la considération d'autrui. Il se contente de sanctionner la négation d'un crime reconnu par un tribunal.

Cette absence de parallélisme clairement établie avec l'une des infractions introduites par la loi Pleven de juillet 1972 est regrettée par un certain nombre de commentateurs du droit de la presse, qui, à l'instar de Nathalie Mallet-Poujol, voyant à l'œuvre le retour du délit d'opinion, considèrent que c'est « ce risque d'atteinte à l'ordre public, résultant de l'incitation à la violence ou à la haine discriminatoire, qui doit servir de curseur dans le choix de pénaliser

cette forme de provocation qu'est le négationnisme»<sup>23</sup>. L'auteure, qui est par ailleurs opposée à un délit spécifique incriminant le négationnisme, relève que «l'analyse des décisions jugées, depuis 1990, sur le fondement de l'article 24bis, confirme que le discours négationnisme était souvent assorti d'une composante de diffamation ou de provocation».

Ainsi, si la rédaction de l'article implique qu'un négationnisme «simple» est sanctionné, la lecture des arrêts semble indiquer que les propos sont punis en tant qu'il s'agit d'un discours diffamatoire, qui a pour conséquence de porter atteinte à l'honneur des victimes des propos, ou d'un discours incitant à la haine ou à la violence à leur égard. On ne peut pas, pour autant, parler de véritable condition additionnelle, dans la mesure où le délit ne subordonne pas la sanction à la nécessité de vérifier cette condition. Il s'agit donc bien d'une restriction que certains qualifient de «substantielle», qui requiert simplement de constater que les propos nient les crimes contre l'humanité.

Elle contient néanmoins une spécificité qui réside dans le fait que le législateur, en limitant les crimes concernés, a subordonné la pénalisation à une exigence particulière quant à sa signification, dans la mesure où ce n'est pas la simple négation d'un fait historique qui est sanctionnée, mais celle qui, de par les crimes visés, porte atteinte aux droits d'autrui et risque de troubler l'ordre public par son aspect provocateur.

En Autriche, la pénalisation du négationnisme est prévue par la loi d'interdiction (*Verbotsgesetzes*) du 8 mai 1945, norme de rang constitutionnel, qui commande la sanction de toute forme d'activité nationale-socialiste. Introduite en 1992 à l'article 3h, on peut y lire que «sera puni [...] celui qui [...] nie, minimise grossièrement, approuve ou cherche à justifier le génocide national-socialiste ou d'autres crimes contre l'humanité nationaux-socialistes», sans qu'il soit exigé que le comportement réprimé ait une conséquence particulière ou témoigne d'une intention spécifique. De même, le Code pénal luxembourgeois, fortement inspiré des législations française et belge, prévoit, dans son article 457, § 3, depuis la loi du 19 juillet 1997, la sanction de «celui qui [...] a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence» des crimes les plus graves, sans assortir cette incrimination d'une quelconque condition. Le Code pénal andorran, quant à lui, se contente d'énoncer dans son article 458 que «celui qui nie dans un moyen de communication l'existence de faits décrits comme un génocide dans ce présent chapitre et déclarés prouvés par une juridiction sera puni d'une peine de prison inférieure allant jusqu'à deux ans».

---

<sup>23</sup> N. MALLET-POUJOL, «La loi de pénalisation du négationnisme: la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles», *Légipresse*, 2012, n° 293, p. 225.

Également, alors que la loi polonaise et le Code pénal tchèque se distinguent quant à leur objet des premières lois incriminant le négationnisme, ils ne contiennent pas non plus de condition intentionnelle spécifique ou de condition relative aux conséquences de l'expression. La première punit quiconque, publiquement, contredit, notamment, les crimes nazis, communistes et autres crimes contre la paix, crimes contre l'humanité et crimes de guerre<sup>24</sup>. Le second se contente de sanctionner «le fait de nier publiquement, de mettre en cause, approuver ou essayer de justifier le génocide nazi ou communiste ou d'autres crimes contre l'humanité commis par les nazis ou communistes»<sup>25</sup>.

Il en est ainsi également de l'article 422 du Code pénal slovaque sanctionnant celui qui, publiquement, nie, discute, approuve ou tente de justifier l'Holocauste<sup>26</sup>. Encore une fois, les différents textes énoncés ne subordonnent pas la sanction du négationnisme à une quelconque condition, alimentant l'idée que le législateur réprime la négation d'un seul fait historique, au mépris de la liberté de l'Histoire et de la recherche scientifique en général.

Il reste que, si l'ensemble de ces textes ne prévoit aucune condition, l'intention du législateur n'en était pas moins de poursuivre non un négationnisme «simple», mais un négationnisme «conditionné», la condition étant en réalité sous-entendue par les crimes concernés. Elle n'est donc pas à vérifier par le juge, puisque le législateur s'est chargé de restreindre l'incrimination afin qu'elle soit nécessairement remplie.

L'exemple de la loi belge est ici révélateur. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1995 punit quiconque «nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale». À première vue, il sanctionne le négationnisme «simple», puisqu'il ne subordonne pas la sanction à une quelconque exigence particulière, ni quant à la signification, ni quant à l'intention du négationniste, ni quant aux conséquences de l'expression. Cependant, si le lien avec la lutte contre le racisme et le discours incitant à la haine et à la violence n'apparaît pas clairement dans la loi du 23 mars 1995, la Cour d'arbitrage (actuelle

---

<sup>24</sup> Articles 1<sup>er</sup> et 55 de la loi du 18 décembre 1998, *op. cit.*

<sup>25</sup> Paragraphe 405 du Nouveau Code pénal, précité.

<sup>26</sup> Article 422 du Nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006 : «Toute personne qui exprime publiquement, notamment en utilisant des drapeaux, insignes, uniformes ou slogans, sa sympathie pour des mouvements qui, par recours à la violence, à la menace de violence ou à la menace d'autres préjudices graves, visent à supprimer les droits fondamentaux et libertés fondamentales d'autrui, est passible d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement. Toute personne qui nie publiquement, met en doute, approuve ou tente d'excuser l'Holocauste est passible de la même peine».

Cour constitutionnelle), saisie d'un recours, a jugé que « c'est mû par un double souci que le législateur a considéré devoir punir les manifestations d'opinions visées par la loi [du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale]. D'une part, ces manifestations d'opinions doivent être combattues, selon le législateur, parce qu'elles fournissent un terreau à l'antisémitisme et au racisme et constituent une menace pour la société démocratique, étant donné qu'elles tendent à une réhabilitation de l'idéologie nazie. En ce sens, la loi vise à combattre un phénomène spécifique tendant à déstabiliser la démocratie. D'autre part, une intervention législative a été jugée nécessaire parce que les manifestations d'opinions visées sont infamantes et offensantes pour la mémoire des victimes du génocide, pour leurs survivants et en particulier pour le peuple juif lui-même. La loi litigieuse, ainsi comprise, a pu être considérée comme répondant à un besoin social impérieux »<sup>27</sup>.

Il apparaît dès lors évident que c'est parce qu'il incite à la haine et s'inscrit dans la lutte contre le racisme que le négationnisme est sanctionné par la loi pénale belge. Ce n'est donc pas uniquement une vérité qui s'éloigne de la vérité établie par les travaux des historiens ou par des décisions judiciaires qui fait l'objet d'une répression.

Il semble donc que, même lorsque le texte laisse suggérer que le négationnisme « simple » est poursuivi, la réalité laisse apercevoir qu'il existe, en quelque sorte, une condition implicite, inhérente au délit, qui tient au sens particulier du propos incriminé.

Le choix en faveur de la sanction d'un négationnisme « simple », c'est-à-dire, pour notre propos, d'une incrimination n'exigeant de prouver ni une menace particulière, ni une intention spécifique, peut ne paraître compréhensible que pour les premiers États à avoir criminalisé le négationnisme, c'est-à-dire la France, l'Autriche et la Belgique. Ces États restreignent, nous y reviendrons, la sanction à la négation des crimes du national-socialisme, qui se résument bien souvent à l'Holocauste. Or la négation de l'Holocauste est généralement fondée sur l'idée que les juifs auraient inventé de toutes pièces ce génocide, ce qui en fait, indubitablement, un comportement préjudiciable pour autrui et provocateur et ce qui explique la sanction comme un moyen de lutter contre un propos incitant à la haine ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes à raison de son origine ou de sa religion, ou comme un moyen de

---

<sup>27</sup> C. const. (b.), n° 45/96, *S. Verbeke et J. Delbouille*, 12 juillet 1996, obs. F. RINGELHEIM, « Le négationnisme contre la loi », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 111 et s., spéc. p. 117.

sauvegarder la dignité humaine du groupe de personnes. Dès lors, la sanction du négationnisme doit être comprise comme un instrument de lutte contre le racisme et l'antisémitisme, comme finalement le prolongement des infractions de presse prévues à cet effet.

En revanche, ce choix est moins compréhensible pour les États qui ont choisi d'étendre l'objet du délit à d'autres crimes, touchant d'autres groupes de victimes qui ne peuvent faire état d'une discrimination raciale ou religieuse. Ainsi, la loi polonaise et le Code pénal tchèque, qui étendent la sanction aux crimes communistes, ne peuvent s'inscrire dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, lesdits crimes ayant principalement des motifs d'ordre politique plus qu'éthniques ou raciaux.

Ayant sans doute pris acte des reproches qui pouvaient être adressés aux législations énoncées, bien des États répriment aujourd'hui expressément un négationnisme dit «conditionné», qui est jugé davantage conforme aux exigences démocratiques. Il convient sur ce point d'ajouter que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans le cadre de son observation générale n° 34, rendue en 2011, a clairement indiqué que «les lois qui criminalisent l'expression d'opinions concernant des faits historiques sont incompatibles avec les obligations que le Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] impose aux États parties [...], [ce dernier] ne permettant pas les interdictions générales de l'expression d'une opinion ou d'une interprétation incorrecte d'événement du passé»<sup>28</sup>, à moins que lesdites lois s'inscrivent dans le paragraphe 3 qui autorise des restrictions nécessaires au respect des droits ou de la réputation d'autrui, à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique. Ce faisant, le Comité condamne clairement la répression du négationnisme «simple».

### B. *Les partisans de la sanction du négationnisme «conditionné»*

Nombre d'États limitent désormais la portée du délit de négationnisme en introduisant une série de conditions destinées à délimiter le périmètre de la responsabilité pénale aux comportements les plus préjudiciables, adoptant ainsi un modèle d'incrimination conditionnée.

---

<sup>28</sup> Nations Unies, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, 102<sup>e</sup> session (Genève, 11-19 juillet 2011), A 66/40, observation générale n° 34, § 49, p. 272.

À l'origine, seule l'Allemagne subordonnait la sanction du négationnisme à la réalisation d'une condition. L'article 130, alinéa 3, du Code pénal, introduit en 1994, ne réprime le négationnisme des crimes nazis que s'il est effectué « d'une manière apte à troubler la paix publique »<sup>29</sup>. La formule choisie laisse penser qu'il s'agit d'une restriction conséquentielle directe<sup>30</sup>, qui a pour effet de subordonner la sanction à la nécessité de juger que les propos ont comme potentiel de provoquer certains actes, alors que la simple restriction substantielle ne prévoit aucune condition d'application relative aux conséquences des propos. Or il se trouve qu'en réalité, « l'aptitude à troubler la paix publique » est toujours reconnue par les tribunaux allemands. Ainsi que le souligne Thomas Hochmann, la satisfaction de cette condition est considérée comme remplie par les juges « dès lors que les autres éléments de l'infraction sont consommés. Ainsi, l'exigence d'une aptitude à troubler la paix publique est 'transparente' et l'article 130, alinéa 3, est bien une restriction purement substantielle »<sup>31</sup>. Cette condition ne paraît donc pas véritablement capable de restreindre la portée des expressions punissables.

Il reste que, si cette précision peut sembler inutile, elle n'est en réalité pas sans importance. C'est en effet justement parce que l'incrimination spécifique du négationnisme ne précisait pas que les propos devaient créer « une attitude d'hostilité envers le groupe concerné » que le Tribunal constitutionnel espagnol a censuré la disposition figurant dans le Code pénal<sup>32</sup>. C'est en outre ce

<sup>29</sup> Avant cette date, la négation « qualifiée » du génocide juif avait déjà fait l'objet de sanction au titre de l'article 130, alinéa 1<sup>er</sup>, qui punit l'incitation à la violence ou à la haine raciale. En revanche, l'article en question ne permettait pas la sanction de la négation simple, ce qui a justifié l'incrimination introduite en 1994. Il reste que les deux dispositions ne s'excluent pas. Il est donc toujours possible de sanctionner la négation qualifiée sur le fondement de l'article 130, alinéa 1<sup>er</sup>, qui prévoit des peines plus sévères : cons. B. RUDOLF, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 277 et s.

<sup>30</sup> « Cette norme semble en effet indiquer que l'organe de concrétisation doit examiner si les propos litigieux sont susceptibles de produire certains effets, et non, telle une restriction conséquentielle indirecte, s'ils sont susceptibles d'amener leurs récepteurs à provoquer une certaine conséquence » (Th. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, *op. cit.*, p. 454).

<sup>31</sup> *Ibid.* En ce sens, voy. la décision de la Cour constitutionnelle (b.) : BverfGE 124, 300 *Wunsiedel* (4 novembre 2009), dans laquelle elle souligne que, lorsqu'une infraction exige un trouble à la paix publique, la satisfaction de cette condition est présumée dès lors que les autres éléments de l'infraction sont consommés. En général, l'aptitude à troubler la paix publique est déduite de la publicité des propos : BG HSt 47, 278, p. 282. Cons. également L. PECH, « The Law of Holocaust Denial in Europe, toward a (qualified) EU-wide Criminal prohibition », in L. HENNEBEL et Th. HOCHMANN (dir.), *Genocide denial and the Law*, New York, Oxford University press, 2011, pp. 185-234.

<sup>32</sup> Tribunal constitutionnel (esp.), ass. plén., 7 novembre 2007, n° 235-2007, *B.O.E.*, 2007, p. 1210. C'est ainsi qu'il a déclaré contraire à la liberté d'expression la sanction du négationnisme, considérant



qui explique qu'il a jugé conforme à la Constitution le second alinéa de l'article 607, qui incrimine la justification du génocide, considérant qu'elle constitue une provocation indirecte au génocide et qu'elle incite à la violence et à la haine en créant un climat d'hostilité. On peut donc supposer qu'accompagnée d'une précision selon laquelle la négation doit être effectuée d'une manière apte à troubler la paix publique, l'incrimination n'aurait pas fait l'objet d'une telle censure.

Depuis les années 2000, d'autres États ont choisi de pénaliser le négationnisme en ajoutant une condition relative aux conséquences de l'expression, et ce sous l'influence du protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité et de la décision-cadre de l'Union européenne. Il en est ainsi de Malte, qui a introduit dans sa législation, le 17 juillet 2009, une incrimination en tous points conforme à l'exigence européenne. En vertu de l'article 82-B du Code pénal, est puni « quiconque justifie, nie ou banalise grossièrement en public tous génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique lorsque le comportement est exercé d'une manière qui : a) risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ; b) risque de troubler l'ordre public ou qui soit menaçant, injurieux ou insultant ». Il est suivi d'un article 82-C, qui ajoute aux crimes précédents les crimes contre la paix, complétant et explicitant ainsi la référence aux crimes jugés par le Tribunal de Nuremberg contenue dans l'article 1<sup>er</sup>, 1, d), de la décision-cadre.

La législation lituanienne prévoit une disposition similaire, conformément à sa déclaration consignée dans l'instrument de ratification du Protocole additionnel de la Convention sur la cybercriminalité<sup>33</sup>. Ainsi, l'article 170-2 du

---

←

que « la liberté d'expression s'applique non seulement aux informations ou idées accueillies positivement ou jugées inoffensives ou neutres, mais aussi à celles qui contrarient, inquiètent ou choquent l'État ou n'importe quelle partie de la population ». Cons. A. MACAYA, « Un passé qui ne passe pas : les enjeux juridiques de la 'mémoire historique' en France et en Espagne », *Jurisdoctoria*, 2009, n° 33, p. 84.

<sup>33</sup> Ainsi, lors de la ratification du Protocole, le 12 octobre 2006, le gouvernement lituanien a émis la réserve suivante : « Conformément à l'article 6, paragraphe 2, alinéa a), et à l'article 12, paragraphe 3, du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, la République de Lituanie déclare que la responsabilité pénale pour la négation ou minimisation grossière s'applique si elle a été commise avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments » (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations>).

Code pénal amendé le 15 juin 2010 dispose que sera puni d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et d'une amende « toute personne approuvant publiquement le crime de génocide et les autres crimes contre l'humanité ou crimes de guerre définis par les lois de la République de Lituanie, le droit de l'Union européenne, les décisions définitives (exécutives) des tribunaux lituaniens ou les décisions de tribunaux internationaux, niant ou minimisant grossièrement ces crimes, dès lors que ce comportement a revêtu un caractère menaçant, abusif ou insultant ou bien a résulté en un trouble de l'ordre public ».

Le second alinéa prévoit la même peine à l'égard de celui qui a approuvé publiquement, nié ou minimisé grossièrement « l'agression de l'U.R.S.S. ou de l'Allemagne nazie contre la Lituanie, le crime de génocide ou d'autres crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis par l'U.R.S.S. ou l'Allemagne nazie contre la Lituanie, ainsi que le crime de génocide ou les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis par l'U.R.S.S. ou l'Allemagne nazie sur le territoire de la République de Lituanie ou contre les résidents de la République de Lituanie ou bien [...] les crimes graves commis en 1990-1991, [...] dès lors que ce comportement a revêtu un caractère menaçant, abusif ou insultant ou bien a créé des troubles à l'ordre public ».

On perçoit immédiatement l'influence de la décision-cadre, le législateur lituanien ayant choisi de restreindre la portée du crime, ainsi que le prévoit le point 3 de l'article 1<sup>er</sup> de ladite décision. La précision du texte lituanien quant aux conséquences de l'expression s'explique, sans doute, par la volonté de protéger la liberté de la recherche, certains faits historiques pouvant être interprétés de différentes façons, comme en témoigne la qualification de génocide s'agissant des crimes soviétiques commis à l'égard des Lituaniens, qui n'est pas acceptée par tous. On notera cependant qu'à l'inverse de la décision-cadre, il n'est pas fait référence à l'appartenance raciale, religieuse et ethnique, celle-ci n'étant que secondaire en ce qui concerne l'action soviétique, davantage motivée par des raisons politiques.

L'Italie est en train de discuter de l'adoption d'un article criminalisant le négationnisme. La proposition de loi du 18 mars 2013, déposée sur le bureau du Sénat, dont l'objectif est de mettre en œuvre la décision-cadre de l'Union européenne, est ainsi rédigée : « est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement quiconque, par des comportements de nature à troubler l'ordre public ou constituant une menace, une offense ou une injure, fait l'apologie des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, tels que définis par les articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale, ratifié aux termes de la loi du 12 juillet 1999, n° 232, et des crimes définis par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international,

rattaché à l'accord de Londres du 8 août 1945, ou encore quiconque nie la réalité, la dimension ou le caractère génocidaire de ceux-ci».

Le texte n'est pas dénué d'ambiguïté quant à la négation poursuivie<sup>34</sup>. S'agit-il uniquement du génocide? Et, si oui, lequel? Ou, au contraire, de l'ensemble des crimes précités? En revanche, quant à la portée du délit, on peut imaginer que la négation est soumise à la même condition «conséquentielle» que l'apologie. La commission de la justice du Sénat a levé une des ambiguïtés du texte en adoptant, le 15 octobre 2013, un amendement visant à introduire dans l'article 414 du Code pénal portant sur l'incitation à commettre un délit, le délit de négation de l'existence «de crimes de guerre et de génocides ou de crimes contre l'humanité», assorti d'une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans de prison.

À côté de ces quelques législations qui font état d'une condition relative aux conséquences de l'acte, d'autres ont fait le choix d'insérer un élément relatif à l'intention, sur le modèle de celui qui figure déjà dans le protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité. L'article 6, § 2, de ce dernier précise en effet que les États parties peuvent restreindre la sanction aux négations «commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments». Il en est ainsi de l'ex-République de Macédoine, qui prévoit la sanction de la négation que nous avons qualifiée de «simple», mais également de la négation comprenant une condition intentionnelle spécifique, retenant pour la seconde une sanction plus sévère. Ainsi, en vertu de l'article 407, a), du Code pénal, «toute personne qui nie, minimise grossièrement approuve et justifie [...] les crimes visés aux articles 403 à 407 sera punie d'une peine de 1 à 5 ans. Si l'un de ces actes est commis dans l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes pour des motifs liés à leur race, nationalité, origine ethnique ou religion, leur auteur sera condamné à une peine d'au moins 4 ans».

De même, le Portugal a choisi d'assortir l'incrimination du négationnisme d'une condition intentionnelle. Ainsi, l'article 242 du Code pénal, introduit en

---

<sup>34</sup> M. FLORES, «L'État et le négationnisme», tribune publiée par *Il Corriere della Sera* le 16 juin 2013, en ligne et traduite sur le site de l'association Liberté pour l'Histoire, <http://www.lph-asso.fr>. L'Institut national pour l'histoire de la résistance et de la société contemporaine en Italie vient de lancer une pétition contre ce projet de loi (5 novembre 2013), se référant expressément à celle déposée par les historiens de l'association Liberté pour l'Histoire en 2005: voy. la pétition sur le même site.

2007, punit de six mois à cinq ans d'emprisonnement « la diffamation et l'injure contre un individu ou un groupe d'individus à raison de leur race, couleur, origine ethnique, nationale ou religieuse notamment par la négation de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité avec l'intention d'inciter ou d'encourager à la discrimination raciale ou religieuse ». L'élément intentionnel réside ici dans le motif discriminatoire, exprimé à travers la précision que le négationnisme doit intervenir avec « l'intention d'inciter ou d'encourager à la discrimination ».

Enfin, il convient de souligner que la Suisse est l'un des premiers États à avoir fait le choix d'une telle condition. L'article 261*bis* du Code pénal n'exige pas une conséquence particulière, mais un motif discriminatoire, qui fait clairement apparaître le lien avec la lutte contre le racisme. Cette norme, introduite dans le Code pénal par la loi du 18 juin 1993<sup>35</sup>, dispose que sera puni « 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 ».

Aux termes de la loi, la négation, la minimisation grossière ou la justification, pour être punies, doivent avoir lieu pour des motifs discriminatoires. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'expression « en raison de » « leur race, leur appartenance ethnique ou leur religion ». Alors que la formule « à raison de » précise la nature du groupe de personnes ciblées par la signification interdite – et qui, rapportée au négationnisme, constitue ce qu'on appelle le négationnisme qualifié –, la formule « en raison de » renvoie à une exigence relative à l'intention du locuteur, qui doit avoir agi « pour » cette raison. La disposition suisse contient donc un élément intentionnel spécifique qui réside dans l'intention discriminatoire et haineuse à l'égard d'un groupe de personnes<sup>36</sup>.

C'est d'ailleurs le sens retenu par le Tribunal fédéral, qui part de l'hypothèse que le complément « pour la même raison » vise l'action commise pour

---

<sup>35</sup> Acceptée lors d'une votation populaire le 25 septembre 1994, et entrée en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995.

<sup>36</sup> Ainsi que le souligne Th. Hochmann, « la précision porte bien sur l'intention et non la signification. L'interdiction du négationnisme réalisé dans l'intention d'inciter à la haine n'est pas l'interdiction du négationnisme qualifié, même si elle sera plus aisément applicable à l'encontre d'une telle signification » (Th. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, *op. cit.*, p. 618).

des motifs racistes ou antisémites<sup>37</sup>. Ainsi, et même si le Tribunal ne l'a pas expressément formulée de la sorte, il apparaît que la sanction est subordonnée à l'existence de motifs discriminatoires. C'est du reste en ce sens qu'a conclu un tribunal cantonal s'agissant de la négation du génocide arménien en rejetant l'application de l'article susvisé, considérant que les propos concernés ne reposaient pas sur des motifs racistes, mais plutôt sur des motifs patriotiques ou nationalistes<sup>38</sup>. Avec une telle interprétation, les juridictions suisses ne semblaient pas, pour autant, vouloir exclure la négation du génocide arménien de toute sanction, comme en témoigne un arrêt du Tribunal fédéral du 12 décembre 2007 ayant confirmé une condamnation pénale à l'encontre d'un individu poursuivi pour négation et justification du massacre arménien<sup>39</sup>.

Dans cette affaire, l'accusé ne contestait pas l'existence des massacres et des déportations subis par les Arméniens, mais soutenait qu'ils étaient justifiés par la guerre en cours, durant laquelle des atrocités avaient été commises par les deux camps, avant de conclure que considérer ces événements comme un génocide était un « mensonge international ». Sans se prononcer sur la sanction, qui peut paraître contestable – tant c'est davantage une opinion personnelle sur la qualification des crimes qui semble être réprimée plutôt qu'une négation à proprement parler –, il convient de relever que le Tribunal de police a jugé, d'une part, que le génocide arménien entrait dans les prévisions de l'article 261*bis*, alinéa 4, au motif qu'il s'agissait d'un fait historique avéré<sup>40</sup>, d'autre part, qu'une motivation raciste avait présidé à ce comportement. Il a en effet retenu des mobiles racistes et nationalistes, tout en excluant les propos du débat historique.

Quant au Tribunal fédéral, il a estimé que « ces constatations de faits » le liaient tant s'agissant du « consensus général » sur l'existence du génocide arménien que sur la reconnaissance de mobiles racistes, ajoutant que les observations du tribunal de police « démontrent suffisamment l'existence de mobiles qui, en plus du nationalisme, ne peuvent relever que de la discrimination raciale, respectivement ethnique ».

---

<sup>37</sup> Trib. féd., 5 décembre 1997, ATF 123 IV 202, cons. 4c ; 30 avril 1998, ATF 124 IV 121, cons. 2b.

<sup>38</sup> Voy. arrêt 2001-27 (Trib. cant. Berne), banque de données de la Commission fédérale contre le racisme (C.F.R.), en ligne sur le site : <http://www.ekr.admin.ch>.

<sup>39</sup> Trib. pol. Lausanne, 9 mars 2007, confirmée par Trib. cant. Vaud, 19 juin 2007, et par Trib. féd., 12 décembre 2007, ATF 6b\_398/2007.

<sup>40</sup> Il s'est référé aux différents actes parlementaires de reconnaissance nationaux et internationaux, aux publications juridiques ainsi qu'aux différentes déclarations émanant des autorités politiques fédérales et cantonales.

La condamnation prononcée vient néanmoins d'être déclarée inconventionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013<sup>41</sup>. Après avoir jugé que l'ingérence était prévue par la loi et poursuivait un but légitime – à savoir la protection de la réputation et des droits d'autrui –, la Cour européenne a dénié sa nécessité dans une société démocratique.

Sur ce point, elle a tout d'abord précisé « qu'elle est amenée à se prononcer ni sur la matérialité des massacres et déportations subies par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman à partir de 1915, ni sur l'opportunité de qualifier juridiquement ces faits de génocide, au sens de l'article 261bis, alinéa 4, du Code pénal »<sup>42</sup> ; elle a considéré qu'il appartient aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit national tout en ajoutant qu'elle a pour tâche de contrôler les décisions nationales rendues. C'est lors de l'examen de la méthode adoptée par les instances internes pour fonder la condamnation du requérant qu'elle a mis en doute la notion de « consensus général » retenue à l'égard du génocide arménien, au regard des recherches historiques. Elle a en effet considéré que la présente espèce se distinguait clairement des affaires portant sur la négation des crimes de l'Holocauste, et ce, d'une part, car dans ces dernières, ce sont bien souvent des faits historiques concrets – comme l'existence des chambres à gaz – qui sont niés et non une simple qualification juridique, d'autre part, car les condamnations pour ces crimes ont une base juridique claire – l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg –, enfin, car ces faits historiques ont été clairement établis par les tribunaux. Ainsi, elle semble considérer que le génocide arménien n'est pas, en tant que génocide du moins, un fait historique clairement établi.

Puis elle a rejeté l'existence d'un besoin social impérieux seul à même de justifier l'incrimination de la négation du génocide arménien, au motif, notamment, que cette négation n'est pas un moteur d'antisémitisme et plus largement de racisme, que peu d'États sanctionnent la négation de tout génocide, que la décision du Conseil constitutionnel français du 28 février 2012, si elle ne crée pas de précédent, semble montrer qu'on peut reconnaître sans sanctionner, ce que font beaucoup d'autres États, que du reste l'incrimination du négationnisme dit « simple » est rejeté par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et qu'enfin il s'agit de la première condamnation sur ce fondement dans le cadre du contexte des événements arméniens.

---

<sup>41</sup> Cour eur. dr. h., arrêt *Perinçek c. Suisse*, 17 décembre 2013, req. n° 27510/08.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 117.

Mettant en cause également la proportionnalité de la sanction, elle a jugé, insistant sur les éléments de droit comparé et omettant de se référer à la décision-cadre de l'Union européenne, que les motifs avancés étaient pour certains peu pertinents et donc insuffisants à démontrer un besoin social impérieux et sa nécessité dans une société démocratique pour protéger l'honneur et les sentiments de descendants des victimes. Par suite, les instances nationales ayant dépassé la marge d'appréciation réduite dont elles disposaient, la Cour européenne a déclaré qu'il y avait eu une violation de l'article 10 de la Convention.

Si une telle condamnation appelle quelques commentaires, notamment eu égard au raisonnement adopté par la Cour, elle ne remet pas en cause, pour ce qui nous concerne, la condition intentionnelle contenue dans l'article 261*bis*, alinéa 4, qui semble, au contraire, en sortir renforcée. Du reste, il importe de préciser que, si aucune condition relative aux conséquences de l'expression n'est expressément visée dans la législation fédérale, il apparaît, selon le Tribunal fédéral, que le bien juridique protégé par l'article 261*bis*, alinéa 4, du Code pénal est la paix publique<sup>43</sup>. C'est donc parce qu'il trouble la paix publique que le propos est sanctionné. Dès lors, c'est implicitement un négationnisme doublement « conditionné » qui est poursuivi par la loi fédérale.

En sus de cette première divergence observée entre les États sanctionnant expressément le négationnisme, une seconde doit être examinée.

## II. Une tendance renforcée à l'incrimination du négationnisme généralisé dans son contenu

Longtemps restreint aux seuls crimes nazis (A), le crime ou délit de négationnisme recouvre aujourd'hui un domaine plus vaste depuis qu'il a été ouvert à l'ensemble des crimes les plus graves (B). Cette extension, qui connaît certains blocages, notamment chez les premiers États à avoir pénalisé lesdits propos, n'est pas dénuée de critiques.

### A. Aux origines: les crimes nazis

Apparues au début des années 1990, les premières dispositions pénales sanctionnant le négationnisme ont été limitées aux seuls crimes commis par le national-socialisme et ses partisans. Cette restriction s'explique sans doute

---

<sup>43</sup> Voy. arrêt 2002-26(ATF 129 IV 95), banque de données de la C.F.R.

par le fait que les premiers États à avoir introduit une telle incrimination ont été confrontés de manière directe à ces crimes, de par la place qu'ils ont tenue et le rôle qu'ils ont joué dans ce qui s'avère être un des événements les plus inhumains du XX<sup>e</sup> siècle. Se sentant sans doute investis d'une responsabilité morale, ils ont cru devoir pénaliser un discours qui a du mal à cacher ses fondements racistes, antisémites et antidémocratiques. Ainsi que le souligne Emanuela Fronza, l'idée n'était pas seulement d'assurer la sécurité d'un groupe, c'était surtout celle de préserver «le pacte éthique» sur lequel certains États se seraient «refondés» après la Seconde Guerre mondiale<sup>44</sup>.

La sanction du négationnisme est donc à l'origine circonscrite à la négation des seuls crimes nazis avec une acception plus ou moins vaste de ceux-ci.

Ainsi, l'Allemagne, depuis 1994, et la Belgique, un an plus tard, ne se réfèrent qu'au seul génocide commis par le régime national-socialiste.

La première, en dépit de la nouvelle formulation de l'article adoptée le 16 mars 2011, dans le prolongement de la décision-cadre et du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, n'a pas jugé bon d'étendre le champ de l'infraction. C'est ainsi que, selon l'article 130, alinéa 3, du Code pénal, sera puni «celui qui approuve, nie ou minimise un acte commis sous le règne du national-socialisme du type de ceux décrits à l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit pénal international», ledit article visant spécifiquement le crime de génocide. La seconde prévoit à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1995 que sera puni «quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale». L'article précise dans son alinéa 2 que «le terme de génocide s'entend au sens de l'article 2 de la Convention internationale du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide».

La loi française ainsi que la loi autrichienne sont, toutes deux, un peu plus étendues. La seconde vise le génocide, certes, mais également l'ensemble des crimes contre l'humanité nazis. Ainsi l'article 3, h), de la *Verbotsgesetz* autrichienne punit celui qui «nie, minimise grossièrement, approuve ou cherche à justifier le génocide national-socialiste ou d'autres crimes contre l'humanité nationaux socialistes». La première ne vise que les crimes contre l'humanité, mais «tels qu'ils sont définis par l'article 6 c) du statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres et qui ont été commis soit par les

---

<sup>44</sup> E. FRONZA, «The Criminal Protection of Memory – Some Observations about the Offence of Holocaust Denial», in L. Hennebel et Th. Hochmann (dir.), *Genocide Denials and the Law*, op. cit., p. 179.

membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par les juridictions françaises».

Cette double référence appelle quelques remarques : tout d'abord, au sens de l'article 6, la notion de crimes contre l'humanité inclut celle de génocide, mais en lien avec un conflit armé, ce dernier ne pouvant avoir lieu qu'«avant ou pendant la guerre». Ensuite, si cette référence, couplée à celle des jugements du tribunal lui-même, présente quelques avantages, notamment celui de déterminer avec certitude les crimes concernés, celui de sanctionner, d'une certaine manière, le discrédit jeté sur le décision de justice – à l'instar de l'article 434-25 du Code pénal – et celui d'éviter l'établissement d'une vérité officielle sur la base d'une thèse historique – le législateur ne tranchant pas lui-même une question historique, mais faisant référence au tribunal de Nuremberg dont la fonction spécifique était de juger les faits en question –, elle contient également des inconvénients, et même les inconvénients de ses avantages.

Ainsi, on lui a reproché d'établir une présomption irrefragable de vérité sur le fondement de décisions de justice en principe revêtues de l'autorité relative. Cet argument peut être retourné en précisant, d'une part, qu'une telle présomption existait déjà puisque les jugements du tribunal ne pouvaient faire l'objet d'un appel, d'autre part, qu'il est toujours possible d'abroger la loi Gayssot et donc de revenir sur cette présomption ; il faut néanmoins reconnaître que cette référence est maladroite. Elle l'est tout d'abord, en raison de la compétence du tribunal en question, qui explique que les jugements n'ont guère fait écho des crimes commis envers les juifs par les nazis ; elle l'est, ensuite, car il s'agit d'une justice de vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale. Elle est donc à la merci de ceux qui lui reprochent d'établir une vérité officielle sur la base de jugements notamment émis par un tribunal dont on peut douter de la totale impartialité... Il aurait donc été plus judicieux d'inscrire ce délit dans le cadre de la lutte contre la diffamation raciale ou de la provocation à la discrimination et à la haine raciale, ce qui lui aurait permis d'échapper à de nombreuses critiques, même si elles ne sont pas toujours bien fondées.

Outre ces quatre États, «pionniers» du genre, peu d'États ont restreint la sanction du négationnisme aux seuls crimes nazis. On peut néanmoins signaler l'exemple de la Slovaquie, dont l'article 422, d), du Code pénal adopté en 2005 fait uniquement référence à ceux-ci, et précisément à «l'Holocauste». La Roumanie doit aussi être mentionnée. Son gouvernement a adopté, le 13 mars 2002, une ordonnance dont les articles 5 et 6 pénalisent la négation de l'Holocauste et du génocide nazi des Tsiganes. Cette dernière précision n'est pas sans importance : d'une part, il faut reconnaître que l'on ignore si ce crime est visé par les différentes législations déjà énoncées dans la mesure où il n'a pas été

jugé comme tel par un tribunal international ; d'autre part, il convient de souligner la particulière importance de celui-ci en Roumanie, dans la mesure où ce génocide a frappé de plein fouet la population tsigane du pays.

Au-delà de ces quelques États, l'ensemble des législations sanctionnant spécifiquement le négationnisme ont préféré un champ d'application plus étendu, phénomène qui a été encouragé par le Protocole additionnel à la Convention internationale sur la cybercriminalité et la décision-cadre de l'Union européenne.

### B. *L'extension du contenu de la pénalisation*

Parmi les premiers États à avoir étendu le champ d'application du délit de négationnisme à d'autres crimes que ceux du régime national-socialiste, il faut citer la Suisse et le Luxembourg.

La première, par l'article 261*bis*, alinéa 4, de son Code pénal, vise « un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité » sans restriction, si ce n'est que leur négation doit intervenir pour des motifs discriminatoires.

L'article 457-3 du Code pénal du Grand-Duché de Luxembourg incrimine quant à lui « la contestation, la minimisation, la justification ou la négation de l'existence d'un ou de plusieurs crimes contre l'humanité ou crimes de guerre tels qu'ils sont définis par l'article 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'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction luxembourgeoise, étrangère ou internationale ». Proche du délit existant en droit français, il ajoute à la catégorie des crimes contre l'humanité celle des crimes de guerre. L'alinéa second de cet article étend la pénalisation du négationnisme à tous les génocides, et, depuis 2011, dans une rédaction modifiée par la loi du 27 février 2012, à tous les « crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels qu'ils sont définis aux articles 136*ter* à 136*quinquies* du Code pénal et reconnus par une juridiction luxembourgeoise ou internationale ».

On peut y ajouter le Liechtenstein, qui punit à l'article 283 du Code pénal, dans sa version modifiée en 2000, « celui qui nie, minimise grossièrement, en public, les préjudices causés par un génocide ou par d'autres crimes contre l'humanité ».

Cette différence avec les autres États « pionniers » en la matière peut sans doute être expliquée par la « neutralité » dont se revendiquent ces États, neutralité qui semble avoir également joué lors de la pénalisation de la négation,

affichant ainsi leur volonté de ne pas faire de discrimination entre les différents génocides.

À la fin des années 1990, un nouveau « mouvement » d'extension apparaît au sein des États appartenant à l'ancien bloc soviétique. La République tchèque est l'un des premiers États à introduire un article sanctionnant le négationnisme des crimes nazis en l'étendant aux crimes communistes ; cette extension est bien évidemment due au fait que ladite République a souffert de la dictature soviétique<sup>45</sup>. L'article 261 du Code pénal, actuel paragraphe 405 du Nouveau Code pénal, sanctionne la négation, la mise en doute, l'approbation ou la tentative de justification des génocides et crimes contre l'humanité commis par les nazis et les communistes. C'est également le cas de la Pologne, dont la loi du 18 décembre 1998 punit à l'article 55 « quiconque, publiquement et contrairement aux faits, contredit les crimes visés à l'article 1<sup>er</sup>, point 1 », qui vise les crimes nazis, les crimes communistes et l'ensemble des crimes contre la paix, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, annonçant le troisième mouvement d'extension.

Sous l'influence du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité adopté le 30 janvier 2003 par le Conseil de l'Europe, on assiste à un troisième mouvement d'extension. Ainsi l'ex-République de Macédoine sanctionne depuis 2004 à l'article 407 du Code pénal celui qui nie, minimise grossièrement, approuve ou justifie les crimes de génocide, crimes contre l'humanité, mais aussi, ce qui n'est pas le cas du Protocole, les crimes de guerre. Chypre, la même année, qui est l'un des vingt États à l'avoir formellement ratifié, a intégré dans sa législation l'article 6 dudit Protocole, qui vise celui qui nie, minimise grossièrement, approuve ou justifie les génocides et crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision de justice du Tribunal international de Nuremberg ou d'une autre juridiction internationale ou nationale reconnues par les parties<sup>46</sup>.

Le Portugal doit être mis à part, il pénalise depuis 2007, à l'article 240 du Code pénal, sous certaines conditions déjà étudiées, « la négation de crime de guerre, ou crime contre la paix et l'humanité ». Il est avec la Pologne l'un des premiers à faire référence à la catégorie des crimes contre la paix.

La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne a confirmé cette extension en visant expressément les crimes de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale ainsi que tous

---

<sup>45</sup> Ce n'est pas le cas de la Slovaquie, qui, en dépit d'une histoire commune, restreint l'article 422, alinéa 2, du Code pénal punissant le négationnisme à l'Holocauste.

<sup>46</sup> Loi n° 26(III)/2004 incorporant le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe.

les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale.

Sur ce modèle, de nombreux États ont intégré une disposition pénalisant le négationnisme ou modifié celle déjà existante. Il en est ainsi de Malte, qui a transposé fidèlement la décision-cadre en 2009 et prévoit à l'article 82-B du Code pénal que sera puni « quiconque justifie, nie ou banalise grossièrement en public les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre ». Il est suivi d'un article 82-C, qui ajoute aux crimes précédents les crimes contre la paix. Il en est ainsi également de la Lituanie qui, comme nous l'avons souligné plus haut, prévoit depuis 2009 la pénalisation de la négation de tous crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, allant même jusqu'à faire une mention spéciale aux crimes commis par l'Allemagne nazie et par l'U.R.S.S. sur son territoire, qu'il s'agisse des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre. Enfin, c'est aussi le cas de la Slovénie, qui, depuis 2008, sanctionne à l'article 297, § 2, du Code pénal la négation, la minimisation grossière ou l'approbation de tous génocides et crimes contre l'humanité, mais ne semble pas y joindre les crimes de guerre.

Le cas de la Hongrie est assez spécifique. Dans l'optique d'assurer la transposition de la décision-cadre de l'Union européenne, le législateur hongrois a adopté, en janvier 2010, l'article 269, c), du Code pénal qui punit d'une peine de trois ans d'emprisonnement quiconque nie, met en doute ou minimise l'Holocauste, sans référence à d'autres crimes, ce qui a pu paraître surprenant eu égard au mouvement favorable à l'extension que l'on pouvait observer. C'est avec l'arrivée au pouvoir du Parti populaire démocrate-chrétien, formation de droite et centre-droit, après les élections législatives d'avril 2010, que l'article a été modifié dans un sens extensif: la mention explicite de l'Holocauste a été remplacée par celle de «génocides» en général et aux crimes contre l'humanité commis par les nazis ont été ajoutés les crimes commis par les régimes communistes. En revanche, l'article reste silencieux quant à l'identité des autorités autorisées à établir de tels crimes. Sont donc désormais concernés tous les génocides, les crimes contre l'humanité nazis et communistes.

Au vu de ces développements, il est possible d'affirmer que de nombreux États européens, même s'ils font usage de la réserve offerte par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la décision-cadre, ne respectent pas les obligations européennes qui devaient, pourtant, être mises en application à la date du 28 novembre 2010. À ce jour, la plupart des législations d'Europe occidentale n'ont pas

encore adopté de mesures permettant de la rendre exécutoire<sup>47</sup>. C'est notamment le cas de la Belgique, de la France, de l'Allemagne, et de l'Autriche, qui devraient compléter leur législation pour gommer la référence limitative aux crimes nazis. Toutefois, la chose ne paraît pas aisée, comme en témoignent les cas français et belge.

La loi belge du 23 mars 1995 a connu une tentative de modification visant à étendre son champ d'application à l'ensemble des génocides avec le projet de loi du 12 juillet 2004, aujourd'hui dans l'impasse<sup>48</sup>. Ce dernier avait pour objectif d'étendre la loi à « tous génocides et crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international ou reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'Accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par la Belgique ».

Initialement, il ne concernait pas le génocide arménien, mais les débats se sont focalisés sur celui-ci lors de son examen par le Sénat, ce génocide ne faisant l'objet d'aucune reconnaissance par une juridiction internationale, ce qui semblait donc l'exclure, *a priori*, de toute condamnation. Geoffrey Grandjean, analysant les raisons du blocage politique, souligne l'importance de la communauté turque en Belgique, qui semble avoir influencé le processus législatif. Le projet n'est en effet jamais sorti de la commission devant laquelle il avait été envoyé. Pour parer à cette situation, une autre proposition, ne faisant pas référence aux décisions d'un quelconque tribunal international, a été déposée, mais a connu un sort similaire. Selon Geoffrey Grandjean, les raisons du blocage sont multiples : elles résident à la fois dans le rôle des nouveaux acteurs politiques que sont les associations de défense des différentes communautés, dans la divergence d'opinions qu'elles favorisent, mais aussi dans l'attitude des élus envers leur électorat, qui semble exclure la possibilité de trouver un futur consensus autour de ladite extension.

La France a connu les mêmes difficultés lors de l'adoption de la loi Boyer à la fin de l'année 2011-début de l'année 2012. Comme en Belgique, les débats se sont focalisés sur le génocide arménien, qui semblait être le seul à pouvoir bénéficier de l'extension proposée par ledit texte, puisque la sanction de la négation du génocide était subordonnée à la reconnaissance législative de ce

---

<sup>47</sup> Il n'est pas inutile de préciser que le non-respect des obligations découlant des décisions-cadres n'est pas encore sujet à sanction (articles 258 à 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

<sup>48</sup> G. GRANDJEAN, « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *Droit et société*, 2011, pp. 137 et s.

dernier<sup>49</sup>. Malgré la censure de la loi le 28 février 2012<sup>50</sup>, le Conseil constitutionnel n'a pas rendu une décision définitive à l'encontre de la pénalisation du négationnisme. En effet, s'il s'est montré ferme à l'égard des lois purement mémorielles, qu'il a jugées inconstitutionnelles, car non normatives, il ne s'est pas prononcé clairement sur la pénalisation du négationnisme, laissant donc la possibilité d'adopter de telles lois<sup>51</sup>.

À ce titre, une nouvelle proposition de la loi tendant à la transposition en droit interne de la décision-cadre du 28 novembre 2008 a été enregistrée le 6 février 2013. L'article 1<sup>er</sup> propose de remplacer l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 24*bis* de la façon suivante : « seront punis de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amendes ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence dans les conditions visées par le sixième alinéa de l'article 24 en contestant, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence ou la qualification juridique d'un ou de plusieurs génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre notoire dont la liste chronologique suit : l'esclavage et la traite; le génocide arménien; les crimes visés par l'article 6 du Statut [...] ». L'article poursuit : « vaudra contestation, au sens du présent article, la négation, la banalisation grossière ou la minimisation desdits crimes, de même que l'usage de tout terme ou signe dépréciatif ou dubitatif pour désigner, tel que 'soit disant, prétendu, hypothétique ou supposé' ».

On peut tout d'abord s'interroger sur la conformité d'une telle restriction à la décision-cadre de l'Union européenne, dans la mesure où un élément important fait défaut : si la proposition marque bien le lien avec la provocation à la discrimination, à la haine et à la violence, elle n'établit pas réellement de lien avec la lutte contre le racisme, même s'il existe d'une manière très implicite dans le vocable « discrimination ». Or la décision-cadre, quant à elle, l'établit clairement. Pour autant, si cette proposition ne vise pas le négationnisme qualifié, se contentant uniquement d'introduire une condition de provocation, elle

<sup>49</sup> Or seul le génocide arménien répondait à cette qualification, ayant fait l'objet d'une telle reconnaissance avec la loi du 29 janvier 2001.

<sup>50</sup> Ainsi que l'ont souligné certains auteurs, cette censure n'était aucunement nécessaire pour satisfaire le droit de l'Union européenne, la décision-cadre n'ayant « jamais conféré au Parlement français le pouvoir de déterminer librement ce qui constitue un génocide et de punir la 'simple' négation de l'existence d'un génocide reconnu par ce dernier » (L. PECH, « Loi mémorielle et liberté d'expression: de la controverse à l'ambiguïté », in « Chronique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2012, n° 91, p. 570).

<sup>51</sup> Cons., pour une étude récente, S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, pp. 25 et s.

n'est pas incompatible avec la décision-cadre, qui doit être comprise comme imposant une incrimination *a minima*.

On peut également s'interroger sur sa conformité à la Constitution. À l'inverse de la loi censurée en 2012, la nouvelle proposition se garde de toute référence à une quelconque reconnaissance législative, échappant ainsi à une condamnation sur le même fondement que la précédente. Cela ne préjuge pas pour autant de sa constitutionnalité. Il est possible en effet d'émettre quelques réserves sur sa nécessité – son opportunité – dans la mesure où le négationnisme des crimes nazis et le négationnisme arménien, notamment, n'ont pas la même signification. Alors que la loi Gayssot, texte «*post-reconnaissance*», est intrinsèquement liée à la lutte contre l'antisémitisme, la nouvelle proposition, qui peine à cacher qu'elle est une nouvelle fois dirigée en faveur de la pénalisation du négationnisme du génocide arménien, est quant à elle un «*texte ante-reconnaissance*» – le génocide n'ayant pas été reconnu par la Turquie –, qui apparaît comme «*un rempart contre la propagande d'un État étranger sur le territoire national*»<sup>52</sup>. Au vu de cet argument pourtant opposé par un partisan de la pénalisation, il semble qu'il n'appartient pas au législateur français d'agir, notamment parce que la question paraît relever du domaine des relations internationales, compétence réservée au chef de l'État.

Enfin, on peut en dernier lieu s'interroger sur sa conventionnalité. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'elle n'accepte la sanction du négationnisme qu'en raison des visées racistes ou antidémocratiques des négateurs<sup>53</sup>. Or, ainsi que le souligne Laurent Pech, «*il paraît difficile de démontrer que ceux qui nient le génocide arménien, sans qu'importe le caractère ridicule ou extrêmement blessant de leurs affirmations, sont animés de motifs similaires*»<sup>54</sup>. L'auteur poursuit en soulignant qu'il est délicat pour la sanction du négationnisme arménien d'apparaître comme une restriction poursuivant un objectif légitime et proportionné, d'autant que la Cour a clairement indiqué que «*la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression, qu'il ne lui revient pas d'arbitrer des questions historiques de fond qui relèvent d'un débat toujours en cours entre historiens et que le passage du temps doit être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression de toutes ingérences*»<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> S. TOROSSIAN, «*Les Arméniens, la France et le négationnisme*», *Légipresse*, 2012, n° 293, p. 237.

<sup>53</sup> En ce sens, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Garaudy c. France*, req. n° 65831/01, dans lequel elle a conclu que la négation des crimes «*nazis*» allait à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention que sont la justice et la paix.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 565.

<sup>55</sup> Cour eur. dr. h., arrêt *Monnat c. Suisse*, 21 septembre 2006, req. n° 73604/01.

Il reste que l'on peut observer un glissement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos des faits historiquement établis : elle ne vise plus seulement l'Holocauste, mais tous les crimes contre l'humanité et crimes de guerre, se conformant ainsi à la décision-cadre de l'Union européenne<sup>56</sup>. À la lumière de cette jurisprudence, on aurait pu imaginer qu'elle juge conforme à la Convention la pénalisation de la négation de faits qu'elle considère comme historiquement établis. Elle vient néanmoins de contredire, en partie, cette hypothèse dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013<sup>57</sup>. Dans cette espèce, elle a, d'une part, considéré que la qualification de génocide du massacre des Arméniens ne semble pas faire l'objet d'un consensus général, d'autre part, jugé que l'incrimination de la négation du génocide arménien ne répondait pas à un besoin social impérieux, notamment, en raison du fait qu'il n'est pas un moteur du racisme et au regard des éléments de droit comparé<sup>58</sup>.

Si la lecture de cet arrêt témoigne de la faveur de la Cour à la sanction du négationnisme, elle restreint néanmoins cette possibilité aux faits historiquement établis et uniquement lorsque leur négation apparaît être un vecteur de racisme et d'antisémitisme. Elle semble donc condamner, à l'instar du Comité des droits de l'homme, la sanction du négationnisme « simple » sans toutefois exiger qu'une condition soit clairement imposée par le texte même de l'incrimination : en témoigne la conventionalité de l'article 24*bis* de la loi française.

## Conclusion

L'ensemble de ces développements témoigne des nombreuses difficultés auxquelles doivent faire face les États s'agissant de la lutte contre le négationnisme ; difficultés dont certaines n'ont pas pu être évoquées dans la présente étude. C'est notamment le cas des débats entourant le sens même du terme de « négation ». Faut-il entendre derrière son utilisation uniquement le fait de nier un crime particulièrement grave ou faut-il, comme l'indiquent expressément certaines législations, considérer qu'il englobe la « minimisation grossière », termes flous qui mettent à mal la précision dont doit normalement être empreinte une incrimination pénale en vertu du principe de légalité des délits et des peines ?

---

<sup>56</sup> Cour eur. dr. h., arrêt *Janovic et A. c. Russie*, 16 avril 2012, § 165, req. n<sup>os</sup> 55508/07 et 29520/09.

<sup>57</sup> Cour eur. dr. h., arrêt *Perinçek c. Suisse*, 17 décembre 2013, précité.

<sup>58</sup> Cour eur. dr. h., arrêt *Perinçek c. Suisse*, 17 décembre 2013, précité, §§ 117 à 129.

De même, que penser véritablement des poursuites exercées par les organes judiciaires? Est-il opportun de confier la résolution de tels problèmes à ces organes? Ne faudrait-il pas envisager également un travail en amont sur un plan pédagogique, comme nous y invite le devoir de mémoire, fondement implicite de ces incriminations ?

Sur ce point, il ne paraît pas raisonnable de circonscrire la lutte contre le négationnisme sur le seul terrain de l'éducation et de la prévention. Si cela permettait, en quelque sorte, d'amoindrir la réception de ces thèses, notamment auprès du jeune public, cela n'empêcherait pas certains individus de les prononcer et de réitérer leurs propos. Pour autant, il ne semble pas opportun de sanctionner le négationnisme «simple» lorsque l'objet dépasse le cas des crimes contre l'humanité imputables au national-socialisme, dans la mesure où la présomption irréfutable du préjudice subi n'existe plus. Au regard des développements précédents, il semble nécessaire d'exclure l'incrimination non conditionnée des crimes les plus graves au-delà de cette hypothèse.

Il reste que la pénalisation du négationnisme est indispensable lorsqu'elle a pour objectif de protéger les droits d'autrui et d'assurer la préservation de la paix publique. Il conviendrait dès lors de la limiter aux comportements les plus préjudiciables, c'est-à-dire aux comportements qualifiés par une intention raciste ou discriminatoire, comme c'est le cas au Portugal ou en Suisse. Une telle restriction permettrait de restreindre la portée dudit délit sans pour autant exclure *ab initio* certains crimes, comme c'est encore le cas de nombreux États d'Europe occidentale.



---

---

Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède ([www.rtdh.eu](http://www.rtdh.eu), onglet «Sommaires», «n° 98 avril 2014», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

---

---