

L'INCRIMINATION GÉNÉRIQUE DU NÉGATIONNISME EST-ELLE CONCILIABLE AVEC LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION?

PAR

FRANÇOIS DUBUISSON

PROFESSEUR ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES
CENTRE DE DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION
CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL

L'inscription dans la loi nationale de certains États européens d'une infraction pénale réprimant la négation de la Shoah a soulevé de nombreux débats, portant notamment sur l'impact d'une telle incrimination sur la liberté de la recherche en Histoire, sur le rôle de l'État dans la définition de la vérité historique, et plus généralement sur la préservation de la liberté d'expression (1). Ces débats, de nature juridique mais aussi scientifique, philosophique, politique, ont été réactivés récemment (2) avec l'adoption de textes, internationaux et nationaux, qui envisagent l'extension du champ du délit de négationnisme (3) à d'autres événements que la

(1) Voy. not. M. IMBLEAU, *La négation du génocide nazi, liberté d'expression ou crime raciste? Le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, Paris, L'Harmattan, 2003; P. WACHSMANN, «Liberté d'expression et négationnisme», *R.T.D.H.*, 2001, pp. 585 et s.; L. PECH, *La liberté d'expression et ses limitations*, Presse universitaire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2003, pp. 432 et s.; K. RAES, «Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing», in G.A.I. SCHUIT en D. VOORHOOF, *Vrijheid van meningsuiting. Racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, pp. 31 et s.; J.-P. NANDRIN, «Politique, mémoire et histoire: trio infernal», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 12-14; M. REBERIOUX, «Le Génocide, le juge et l'historien», *L'Histoire*, n° 138, novembre 1990, pp. 92-94, disponible sur http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/Law-France/mr_h138.htm; P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, Paris, La Découverte, 2005, p. 206.

(2) Voy. W. ESTERSON, «France, l'empoignade des historiens», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 18-19; «L'Appel de juristes contre les lois mémorielles», novembre 2006, <http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article1683>.

(3) Dans la suite de cette étude, nous utiliserons le terme «négationnisme» par préférence à celui de «révisionnisme», employé surtout dans les années 1980 et 1990. Ce dernier terme est aujourd'hui généralement considéré comme peu approprié pour viser la contes-

Shoah — le génocide des Tutsis au Rwanda ou le massacre des Arméniens en Turquie, notamment —, voire à un ensemble de crimes internationaux définis de manière générique (génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre). C'est principalement à l'analyse de cette dernière hypothèse, qui est généralement privilégiée dans les textes proposés récemment, que nous nous attacherons. Il s'agira d'examiner les difficultés juridiques que pose, au regard du respect du droit à la liberté d'expression, une incrimination générique des négationnismes, qui ne viserait plus un événement historique déterminé, mais des catégories d'événements définissables à l'aune de critères abstraits. Pour ce faire, il est nécessaire de revenir, dans un premier temps, sur la législation existante portant sur la négation de la Shoah, afin d'en déterminer les paramètres et la portée précise, notamment au regard de la préservation de la liberté d'expression (A). A cet égard, nous mettrons en évidence le fait que ce type de législation se conçoit essentiellement comme un instrument de lutte contre le racisme et que c'est dans cette mesure qu'elle est considérée comme compatible avec le principe de la liberté d'expression. Cette première analyse nous permettra d'évaluer le changement de perspectives qu'opèrent les différents textes proposant d'élargir le champ de l'infraction de négationnisme, en visant des catégories d'événements définis de manière générique. Nous montrerons qu'un tel élargissement soulève des problèmes majeurs de compatibilité avec la préservation de la liberté d'expression, en rendant le contenu matériel de l'infraction extrêmement flou. D'un délit raciste on risque de passer à un délit d'opinion (B). Nous centrerons notre analyse sur le droit belge, européen et international, tout en faisant appel à des éléments de droit comparé lorsque cela s'avère nécessaire, notamment en évoquant la législation française en la matière.

tation par des moyens pseudo-scientifiques de faits historiques clairement établis. Voy. not. E. TRAVERSO, *Le Passé, mode d'emploi. Histoire, mémoire, politique*, Paris, La Fabrique, 2005, pp. 108 et s.; G. SAPIRO, «Le négationnisme en France», in P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, op. cit., p. 209.

A. — L'INCRIMINATION DE LA NÉGATION
DE LA SHOAH COMME INSTRUMENT DE LUTTE
CONTRE LE RACISME ET L'ANTISÉMITISME

En 1995, la Belgique a introduit dans son droit pénal un délit visant la négation de la Shoah. 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» (4). En cela, le législateur belge a suivi l'exemple d'autres États européens, qui avaient déjà adopté des législations analogues. Afin de déterminer l'objet et la portée spécifiques de l'incrimination pénale établie par la loi de 1995, il convient tout d'abord d'examiner les fondements apportés à celle-ci (1), pour ensuite en définir le contenu précis (2) et, enfin, en évaluer la compatibilité avec le principe de la liberté d'expression (3). Pour ce faire, il est possible de se fonder sur les travaux parlementaires, mais également sur la jurisprudence, notamment la décision rendue par la Cour d'arbitrage, qui s'est prononcée sur une demande en annulation de la loi du 23 mars 1995. A travers notre analyse, nous montrerons que cette législation a été conçue comme un instrument de lutte contre certaines formes de racisme et d'antisémitisme, et non comme un délit visant à sanctionner comme tel le mensonge historique. Nous soulignerons également le fait que la compatibilité d'une telle infraction avec le droit à la liberté d'expression suppose une définition précise et stricte de son champ d'application, ce qui n'est pas forcément toujours le cas de la loi du 23 mars 1995.

1. — *Les justifications de l'incrimination :
la lutte contre le racisme et l'antisémitisme*

La proposition d'introduire un délit de négationnisme en Belgique a donné lieu à un certain nombre de discussions, portant sur l'opportunité de l'établissement d'une telle incrimination. Les débats ont notamment porté sur le danger d'introduire une vérité officielle, sur les entraves potentielles à la recherche his-

(4) 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, *M.B.*, 30 mars 1995.

torique, sur la limitation du champ du délit au seul génocide commis pas les nazis durant la seconde guerre mondiale, à l'exclusion des génocides ou des crimes contre l'humanité commis à l'égard des Arméniens en 1915, des Cambodgiens, ou encore des Tutsis en 1994 (5). Plusieurs parlementaires ont ainsi estimé que si la négation de la Shoah était évidemment moralement condamnable, son incrimination spécifique serait inutile, parce que déjà visée par la législation contre le racisme, voire contre-productive, les poursuites pénales étant de nature à accorder de la publicité aux écrits négationnistes (6).

En définitive, l'exposé des motifs justifie l'introduction d'un délit de négationnisme visant la Shoah pour permettre «d'ériger en délit certaines affirmations qui sont contraires à l'évidence et qui sont exprimées uniquement afin de magnifier des idées racistes et de porter atteinte à la mémoire de toutes les victimes de l'holocauste de 1940-1945» (7). De cette manière, les auteurs de la proposition entendent agir à l'encontre du développement des discours contestant la réalité du génocide perpétré par les nazis à l'encontre des Juifs pendant la seconde guerre mondiale, discours dont la Belgique serait devenue à l'époque une plaque tournante (8). A cet égard, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (9) (dite «loi Moureaux») n'a pas été jugée suffisante, «du fait de sa portée trop générale» (10) et une dimension «symbolique» a été conférée à la nouvelle loi, afin de marquer clairement la réprobation de la société à l'égard des discours révisionnistes consistant à nier la réalité du génocide des Juifs (11). Il s'agit, enfin, d'emboîter le pas à d'autres pays européens, qui ont adopté des législations contre le négationnisme. L'exposé des motifs de la pro-

(5) Voy. les débats reproduits in «Proposition de loi tendant à réprimer contestation, la remise en cause et la négation ou l'apologie des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, Rapport de M. Landuyt, 27 janvier 1995», *Doc. Ch.*, S.O, 1991-1992, 557/5, pp. 3 et s.

(6) Voy. not. les interventions de Mme STENGERS, de M. DE CLERCK et de Mme DILLEN («Rapport de M. Landuyt», pp. 3-4, 7 et 13).

(7) «Proposition de loi tendant à réprimer contestation, la remise en cause et la négation ou l'apologie des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, Rapport de M. Landuyt, 27 janvier 1995», *Doc. Ch.*, S.O, 1991-1992, 557/5, p. 3.

(8) Intervention de M. MAYEUR, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 11.

(9) *Moniteur belge*, 8 août 1981.

(10) Intervention de M. VERWILGHEN, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 17.

(11) Voy. l'intervention de Mme STENGERS, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 10.

position de loi d'origine indique à cet égard que si des Etats comme l'Allemagne, l'Autriche ou la France ont incriminé le fait de contester le génocide des Juifs, «il ne serait pas compréhensible que [la Belgique] ne prenne semblable disposition» (12). En l'absence d'une telle législation, on a en effet pu craindre que la Belgique ne devienne le refuge des négationnistes européens (13).

De nombreux parlementaires ont souligné le fait que, pour être pleinement compatible avec le principe de la liberté d'expression, l'incrimination devait être définie de manière précise et ciblée (14). Dans le point suivant, nous examinerons les contours spécifiques qui ont été assignés au délit de négationnisme dans la loi du 23 mars 1995.

2. — *Les contours (im)précis de l'incrimination*

La définition de l'infraction prévue par la loi du 23 mars 1995 a été radicalement modifiée au fil des travaux parlementaires. La proposition de loi initiale énonçait :

«Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt six à cinq mille francs quiconque conteste, remet en cause, nie par tout moyen de diffusion, 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 belge ou internationale» (15).

Cette définition s'inspirait largement du libellé de la loi française du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (dite «loi Gayssot») (16), dont

(12) «Proposition de loi tendant à réprimer contestation, la remise en cause et la négation ou l'apologie des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre», déposée par MM. EERDEKENS et MAYEUR, 30 juin 1992, *Doc. Ch.*, S.E., 1991-1992, 557/1, p. 2.

(13) Intervention de M. MAYEUR, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, pp. 11-12.

(14) Voy. not. les interventions de M. LANDUYT, de M. GRINGBERGHS, de M. DUQUESNE et de M. MAYEUR, pp. 18, 19, 20 et 22.

(15) Proposition de loi déposée par MM. EERDEKENS et MAYEUR, 30 juin 1992, *Doc. Ch.*, S.O., 1991-1992, 557/1.

(16) Sur cette loi, voy. not. F. ASENSI, «Contexte d'élaboration de la loi du 13 juillet 1990», in *La lutte contre le négationnisme*, Paris, La Documentation française, 2003, pp. 45 et s.; R.A. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, Palgrave Mc Millan, 2004, pp. 101 et s.; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 49-50.

elle reproduisait les éléments principaux. En France, cette formulation a été fort critiquée, en ce qu'elle n'établit le comportement infractionnel que par une référence peu explicite aux jugements du Tribunal de Nuremberg (17). Les parlementaires belges ont finalement opté pour une approche différente (18), qui consiste à décrire expressément et concrètement les faits dont la négation est incriminée :

«Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six à cinq mille francs 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.

Pour l'application de l'alinéa précédent, le terme 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».

Les raisons de cette modification substantielle de la proposition initiale n'ont pas été explicitement exprimées par leurs auteurs. Les parlementaires qui l'ont appuyée ont souligné qu'elle permettait de prendre en considération les éléments de connaissance historique apparus depuis la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg (19), ou qu'elle faisait référence à des définitions et des faits connus (20).

Quels sont les contours précis de l'infraction tels qu'ils découlent de la disposition de l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1995? Nous établirons quel est le comportement matériel visé (a) ainsi que l'élément intentionnel requis (b), en identifiant les imprécisions qui demeurent à cet égard.

(17) Voy. M. REBERIOUX, *op. cit.*, p. 93 : «La référence au procès de Nuremberg, tout d'abord, ne clarifie pas tout. Crime contre l'humanité : cette nouvelle catégorie juridique internationale marque un moment essentiel de la conscience universelle, mais elle ne répond pas à toutes les questions : silence sur les Tsiganes, statut contestable des massacres de masse — les quinze mille officiers polonais assassinés à Katyn relèvent des 'crimes de guerre' et non des 'crimes contre l'humanité' —, refus de définir un 'crime d'extermination' qui aurait permis de qualifier de façon spécifique les génocides. En outre, Nuremberg ignore la focalisation sur les chambres à gaz que les négationnistes d'une part, la mémoire juive de l'autre, les souvenirs des survivants enfin ont petit à petit imposée».

(18) Voy. l'amendement n° 4, déposé par M. EERDEKENS et consorts, 18 janvier 1995, *Doc. Ch.*, S.O. 1991-1992, 557/4.

(19) Intervention de Mme STENGERS, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, pp. 10-11.

(20) Intervention de M. DUQUESNE, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 12.

a) *Le comportement matériel*

Selon les termes de la loi du 23 mars 1995, le comportement incriminé consiste à nier, minimiser grossièrement, chercher à justifier ou approuver le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale. Ces faits doivent en outre intervenir dans un contexte de publicité, correspondant à l'une des circonstances décrites à l'article 444 du Code pénal (21).

Les contours de l'infraction sont ainsi définis par différents éléments. Tout d'abord, il s'agit d'établir avec précision le ou les événements dont la négation ou la justification sont répréhensibles. La loi vise «le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale». L'événement concerné est donc défini à la fois matériellement et chronologiquement. Seuls les actes de génocide perpétrés durant la deuxième guerre mondiale par le régime nazi sont concernés, à l'exclusion des actes ne répondant pas au qualificatif de «génocide» ou commis à un moment ne se situant pas pendant la guerre de 1939-1945. La définition des faits historiques couverts qui a finalement été retenue diffère largement de celle prévue par la proposition initiale, inspirée de la loi Gayssot. La première formulation visait tant les crimes contre l'humanité que les crimes de guerre commis par les organisations criminelles nazies et visés par le Statut du Tribunal de Nuremberg. Cela avait pour effet d'englober pratiquement l'ensemble des crimes commis contre les populations civiles par les nazis, et ce «avant ou pendant la guerre» (22). La res-

(21) L'article 444 du Code pénal vise les situations suivantes : «Soit dans des réunions ou lieux publics; soit en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter; soit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et devant témoins; soit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public; soit enfin par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes».

(22) Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ressortissant à la compétence du Tribunal de Nuremberg sont définis par l'article 6 du Statut de la manière suivante :

«(b) 'Les Crimes de Guerre' : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

triction substantielle du champ des faits historiques couverts, opérée par un amendement déposé en fin de discussion législative (23), n'a été expliquée ni motivée d'aucune manière, et certaines zones d'ombre demeurent quant à l'identification des faits historiques concernés. Il est certain qu'est désigné par les termes de la loi le génocide subi par les Juifs (souvent désigné par le terme «Shoah») à partir de l'automne 1941 (24). C'est par référence à cet événement que se sont déroulées les discussions parlementaires sur la proposition de loi. Il est également certain que ne sont pas concernés les crimes nazis visant les populations civiles mais ne répondant pas à la définition du crime de génocide, de même que les actes de persécution perpétrés à l'encontre des Juifs de 1933 à la date du début de la guerre (25), ou encore les actes de génocide imputables à d'autres autorités que celles du régime national-socialiste (le gouvernement de Vichy, par exemple) (26). Il est par contre délicat de savoir si la loi a entendu viser les persécutions dont ont été victimes les Tziganes durant la seconde guerre mondiale (27), dans la mesure où leur qualification comme génocide demeure discutée au sein de la communauté des historiens (28).

(c) 'Les Crimes contre l'Humanité' : c'est-à-dire 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 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» (nous soulignons).

(23) Amendement n° 4, déposé par M. EERDEKENS et consorts, 18 janvier 1995, *Doc. Ch.*, S.O., 1991-1992, 557/4.

(24) Voy. G. BENSOUSSAN, «La destruction des Juifs d'Europe : sur la singularité d'un crime de masse», in B. LEFEBVRE et S. FERHADJIAN, *Comprendre les génocides du XX^e siècle*, Rosny-sous-bois, Editions Bréal, 2007, pp. 67 et s.

(25) Ont été écartées les suggestions tendant à étendre le champ de la loi à l'ensemble des faits de persécution commis par le régime nazi à l'encontre des Juifs depuis 1933 (Proposition de M. MAYEUR, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, pp. 22-23), et ce afin de rester «précis» («Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 22).

(26) Voy. B. BLERO, «La répression légale du révisionnisme», *J.T.*, 1996, p. 334.

(27) Dans son analyse de la loi du 23 mars 1995, Bernard Blero affirme que la loi s'applique «tant au génocide des personnes d'ascendance juive qu'à celui commis à l'encontre de la communauté tzigane» (*op. cit.*, p. 334). Toutefois, aucune source n'est citée à l'appui de son interprétation, et il faut plutôt considérer que la question reste ouverte, ce qui devrait, au nom du principe d'interprétation restrictive du droit pénal, conduire à l'exclusion des persécutions des Tziganes du champ de l'infraction.

(28) Voy. M. STEINBERG, «Le génocide, l'Histoire ou un imbroglio juridique», in K. BOUSTANY et D. DORMOY (sous la direction de), *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999, pp. 165-166.

Les comportements prohibés par la loi du 23 mars 1995 sont ceux qui consistent à nier, minimiser grossièrement, chercher à justifier ou approuver le génocide commis par les nazis. Ces deux derniers comportements ne relèvent pas véritablement du négationnisme, mais plutôt de l'apologie de crimes racistes. Le négationnisme proprement dit (29) est visé, selon les termes de la loi, tant par le fait de «nier» que par celui de «minimiser grossièrement» le génocide. L'ajout de l'adverbe «grossièrement» pour qualifier l'acte de minimisation incriminé a pour objectif d'éviter de viser par la loi la minimisation de certains faits qui touchent au génocide, à la suite d'un travail d'historien mené de bonne foi, par des méthodes scientifiques (30). Seules sont concernées les minimisations relevant du discours négationnistes consistant à supprimer les faits objectifs qui démontrent le génocide (31).

Dans son arrêt du 12 juillet 1996 (32), la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur la portée des termes définissant l'infraction établie par la loi du 23 mars 1995. Elle a jugé que ces termes étaient suffisamment précis pour fonder une restriction à l'exercice de la liberté d'expression, en exposant l'interprétation suivante :

«La signification des termes 'nier' ou 'approuver' ne prête pas à malentendu. Dans le premier cas, l'existence du génocide dont il s'agit est contestée dans sa totalité. Dans le second cas, on lui donne son approbation et l'on souscrit dès lors sur ce point à l'idéologie nazie. Etant donné que le génocide est souvent, selon le législateur, non pas nié ou approuvé radicalement mais mis en doute ou justifié d'une manière plus subtile — au moyen d'études pseudo-scientifiques —, la loi réprime également le fait de 'minimiser grossièrement' et de 'chercher à justifier'. Le fait de 'chercher à justifier' va moins loin que l'approbation mais tend, par une réécriture des données historiques, à présenter le génocide considéré sous un jour acceptable et à légitimer ainsi l'idéologie nazie. Enfin, concernant la répression du fait de 'minimiser grossièrement', l'adjonction du terme 'grossièrement' est d'une grande importance. Il apparaît très clairement, dans les travaux préparatoires, que le législateur ne vise pas le fait de minimiser sans plus, mais uniquement le fait de minimiser à l'extrême et, par là même, de manière grave, outrancière ou offensante» (33).

(29) Dans la suite de notre exposé, nous n'examinerons dans les textes que les aspects concernant le négationnisme proprement dit (négation, minimisation), et non ceux relatifs à l'approbation ou à la justification de crimes de génocide ou d'autres crimes.

(30) Voy. B. BLERO, *op. cit.*, p. 335.

(31) Intervention de M. CHERON, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 22.

(32) C.A., 12 juillet 1996, *Moniteur belge*, 27 juillet 1996.

(33) *Ibidem*, §§ B.7.9. et s.

Il faut encore préciser que la négation visée par la loi porte sur les faits historiques qui constituent la Shoah, mais également sur la *qualification juridique* de ces faits, en tant que crime de génocide. A cet égard, la loi du 23 mars 1995 précise que «le terme 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» (34). Cette disposition énonce que constitue un crime de génocide

«l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe».

Avec l'adoption de cette Convention, le terme de génocide a pris une signification juridique propre, qui s'est distinguée de celle de la notion de «crime contre l'humanité», la seule à avoir été utilisée dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg pour viser l'extermination des Juifs (35). La distinction est encore réaffirmée dans le Statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome en 1998, où le crime de génocide (article 6) et les crimes contre l'humanité (article 7) font l'objet de définitions distinctes. Le génocide se différencie des crimes contre l'humanité par l'existence d'une intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe visé comme tel, critère absent de la notion de crimes contre l'humanité. Les termes de la loi du 23 mars 1995 impliquent donc que la contestation de la qualification de génocide de ces faits, pour les requalifier par exemple de «simples» crimes contre l'humanité, est bien constitutive de «négarion du génocide commis par le régime national-socialiste». La qualification juridique de la Shoah comme génocide devient dès lors un élément consubstantiel de la spé-

(34) *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 78, p. 277.

(35) M. STEINBERG, «Le génocide, l'Histoire ou un imbroglio juridique», *op. cit.*, p. 170.

cificité historique de celle-ci, et sa remise en cause tombe dans le champ de l'incrimination prévue par la loi du 23 mars 1995.

Comme la Cour d'arbitrage l'a souligné, la définition précise et restrictive du champ matériel de l'infraction conditionne la compatibilité de celle-ci avec le principe de la liberté d'expression. On peut dès lors s'interroger sur l'apparition d'une tendance judiciaire qui consiste à viser par l'infraction de négationnisme des comportements qui, pour condamnables qu'ils soient, n'entrent pas dans les prévisions envisagées par les concepteurs de la loi, qui ont entendu réprimer le discours pseudo-scientifique remettant en cause les événements historiques caractérisant la Shoah. Dans une première affaire, le juge était saisi de poursuites pour infraction à la loi du 23 mars 1995 engagées à l'encontre de deux élèves ayant « à plusieurs reprises exécuté le salut nazi en criant 'Heil Hitler' et avoir tenu des propos antisémites, notamment 'Nous, on fait une croix sur les Juifs', 'A mort les Juifs' », à l'égard de l'un de leurs professeurs. Si le caractère raciste de ces comportements ne fait évidemment aucun doute, on aperçoit mal en quoi on pourrait les qualifier de négationnistes, sauf à assimiler à la négation de la Shoah toute manifestation d'antisémitisme ou banalisation de l'idéologie nazie. C'est donc à bon droit que le juge a rejeté la qualification retenue par le ministère public et a condamné les faits sur le fondement de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (36). Dans une seconde affaire, les deux responsables d'un site web diffusant de la propagande antisémite étaient poursuivis pour infractions à la loi Moureaux et à la loi du 23 mars 1995. Concernant cette seconde infraction, l'action pénale visait la publication d'une vidéo traçant un parallèle entre la politique du gouvernement israélien et les crimes commis par les nazis. Le tribunal correctionnel de Bruxelles a interprété le contenu de cette vidéo comme entrant dans le champ de l'infraction de négationnisme prévue par l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1995 :

(36) Corr. Bruxelles, 20 octobre 2004, *Ministère Public, David B. et CECLR c/ Youssef S. et Mourad J.*, disponible sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, <http://www.diversite.be>.

«Attendu que la vidéo en question met en parallèle des images d'un discours de l'ancien ministre israélien des affaires étrangères David Lévy, avec celles d'un discours d'Adolf Hitler; que le slogan de ce film est 'même racisme, même criminalité, même histoire'; que ces images sont entrecoupées d'images de la seconde guerre mondiale montrant des attaqués ainsi que des enfants mutilés; qu'apparaît également sans aucune équivoque la Croix de David avant de se terminer par un tourbillon de quatre images insérées dans la croix gammée;

Attendu qu'à juste titre le Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme considère que cette vidéo induit indiscutablement un sentiment de haine et de violence à l'égard des ressortissants israéliens et des citoyens juifs en raison de leur origine nationale ou ethnique à la lumière de la stigmatisation qui est faite du gouvernement israélien (cfr. en ce sens l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 24 mars 2005, cité et produit par le Centre pour l'Égalité de Chances et la Lutte contre le Racisme);

Que de plus, cette vidéo tombe sous le coup de la loi du 23 mars 1995 puisqu'elle suggère, sans conteste, une minimisation grossière des actes commis par le régime national socialiste allemand mis en parallèle avec le gouvernement israélien actuel, ce qui, aux yeux du public pourrait permettre de justifier ses agissements envers son peuple».

Si critiquable que puisse être la comparaison induite entre les crimes perpétrés par le régime nazi et les violations du droit international commises par le gouvernement israélien à l'égard de la population palestinienne, il est difficile de voir dans cette comparaison une mise en doute de la Shoah. Les auteurs de la vidéo litigieuse ont certainement entendu *exagérer grossièrement* la gravité de la politique menée par Israël à l'égard des Palestiniens en les comparant aux massacres commis par les nazis, mais ils n'ont produit aucun discours portant sur l'historicité des éléments caractéristiques de la Shoah, qu'il se serait agi de nier ou minimiser grossièrement. Viser par la loi du 23 mars 1995 les comparaisons injustifiées avec le génocide perpétré par le régime national-socialiste, au motif qu'elles produisent une «banalisation» de ce crime, nous semble opérer une extension abusive du champ de l'infraction de négationnisme.

On constate ainsi qu'en dépit de la volonté exprimée par les parlementaires de produire un texte définissant de manière précise le champ de l'infraction prévue par la loi du 23 mars 1995 et de l'arrêt de la Cour d'arbitrage précisant que cette loi exige «une interprétation restrictive»(37), des incertitudes

(37) C.A., 12 juillet 1996, précité, B.7.8.

demeurent concernant le contenu exact du délit de négationnisme, ce qui ouvre la porte à des applications extensives par les tribunaux ou les parquets. Cette difficulté est encore accentuée par l'absence de définition d'un élément intentionnel spécifique.

b) *L'absence d'élément intentionnel*

Comme on l'a constaté s'agissant de la définition des éléments matériels de l'infraction, les concepteurs de la loi ont été animés par le souci d'éviter que n'entrent dans le champ de l'incrimination les productions scientifiques réalisées de bonne foi. La question s'est ainsi posée de savoir s'il fallait, pour caractériser l'infraction de négationnisme, exiger la preuve d'un élément intentionnel spécifique (dol spécial). Cette intention spécifique, qui selon une proposition d'amendement aurait pu viser «l'hostilité contre la race, l'appartenance ethnique ou la religion» (38), n'a en définitive pas été retenue, et ce afin d'éviter que «les révisionnistes qui se retranchent derrière une pseudoscience, tout en évitant de parler des Juifs en des termes antisémites», n'échappent à toute condamnation (39). L'objectif déclaré consistait à permettre de viser le négationnisme «insidieux, 'soft' et apparemment inoffensif, qui dissimule sa finalité agressive» (40). Répondant à l'argument selon lequel, en l'absence d'élément intentionnel précis, la loi avait un champ d'application trop flou, la Cour d'arbitrage a explicité le cadre de l'infraction et justifié l'absence de dol spécial :

«Qu'il s'agisse de nier le génocide, de l'approuver, de chercher à le justifier ou de le minimiser grossièrement, les agissements érigés en infraction par la loi présentent ce trait commun qu'il n'est guère concevable de les adopter sans vouloir, ne fût-ce qu'indirectement, réhabiliter une idéologie criminelle et hostile à la démocratie et sans vouloir, par la même occasion, offenser gravement une ou plusieurs catégories d'êtres humains. La loi ne mentionne pas de telles volontés comme un élément constitutif du délit qu'elle institue, mais il apparaît des travaux préparatoires que si le législateur y a renoncé, c'est en considération de l'extrême difficulté de preuve — révélée par diverses expériences en Belgique et à

(38) Amendement n° 3, déposé par MM. STENGERS et M. DUQUESNE, *Doc. Ch.*, S.O., 1991-1992, 557/3.

(39) Intervention de Mme STENGERS, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 11.

(40) Intervention de M. CHERON, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 14.

l'étranger — résultant notamment du recours fréquent à des modes d'expression d'apparence scientifique. Le juge conserve toutefois un pouvoir d'appréciation. Le juge peut déduire de circonstances particulières l'absence, *in concreto*, de la volonté indiquée plus haut.

Outre des manifestations publiques d'opinions témoignant ouvertement et sans équivoque d'antisémitisme ou souscrivant à l'idéologie nazie, la loi entend réprimer aussi ces manifestations d'opinions qui abusent de la liberté d'expression, sur un mode plus subtil et souvent pseudo-scientifique, pour propager des théories qui ne visent nullement à contribuer à un débat historique objectif et scientifiquement fondé mais cherchent à nier ou à justifier les crimes racistes commis par le régime national-socialiste allemand, afin de pouvoir justifier ainsi la diffusion d'un message politique, à savoir la réhabilitation ou la légitimation de ce régime. Au cours des travaux préparatoires, il a été confirmé à maintes reprises que la recherche scientifique en général et la recherche historique objective et scientifique relative au génocide commis par le régime nationale-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale en particulier ne tombent nullement sous l'application de la loi.

[...]

La définition que le législateur donne des faits punissables implique qu'un pouvoir d'appréciation soit exercé par le juge pénal qui devra déterminer, dans chaque cas, où cessent le caractère scientifique de la recherche et le souci d'objectivité dans l'information. Un tel pouvoir est nécessaire en raison de la multiplicité et de la subtilité des formes que peut emprunter l'expression des thèses négationnistes» (41).

La Cour d'arbitrage précise ainsi que la loi n'entend en rien porter atteinte à la recherche scientifique et qu'elle n'est susceptible de viser que les propos aboutissant à légitimer le régime nazi et offenser leurs victimes. L'absence de dol spécial se justifie par les difficultés de preuve rencontrées lorsque l'on est confronté à un discours négationniste se présentant comme scientifique. Sur ce point, le raisonnement de la Cour apparaît cependant quelque peu paradoxal. D'une part, elle estime fondée l'absence d'exigence d'élément intentionnel dans la loi du 23 mars 1995, mais, d'autre part, elle réintroduit une exigence de vérification de l'existence d'une intention particulière, en reconnaissant au juge le pouvoir de considérer qu'au regard des circonstances le discours faisant l'objet de poursuites ne procède pas d'une volonté de «réhabiliter une idéologie criminelle et hostile à la démocratie».

(41) C.A., 12 juillet 1996, précité, §§ B.7.10 et B.7.11.

Il est toutefois important de souligner le fait que le négationnisme de la Shoah a clairement été conçu dans l'ensemble de la discussion parlementaire comme un discours relevant du racisme et de l'antisémitisme, et que c'est comme tel qu'il a été considéré comme devant être réprimé pénalement. Le négationnisme est ainsi désigné comme «une forme masquée, technique et intelligente d'antisémitisme de la part de personne et de partis qui ont des liens avec des partisans de l'ancien régime nazi» (42). Il est condamné comme discours visant à rendre «acceptable le régime nazi» (43). Si l'on a pu considérer que l'exigence d'un élément intentionnel n'était pas indispensable, c'est parce que le discours relevant du négationnisme de la Shoah est considéré comme étant *en soi* porteur d'antisémitisme et/ou de volonté de réhabilitation du régime nazi. L'intention «méchante» est donc intégrée dans la matérialité des faits, et le travail du juge consiste à identifier le caractère négationniste ou non du discours dont il est saisi. Dans les quelques décisions de jurisprudence auxquelles la loi du 23 mars 1995 a donné lieu, on trouve souligné le fait que le discours sanctionné doit s'inscrire dans une perspective raciste. Ainsi, le Tribunal correctionnel de Bruxelles a justifié le caractère nécessaire de la loi par la lutte contre le racisme et l'antisémitisme :

«Attendu qu'il ressort des travaux préparatoires relatifs à la loi du 23 mars 1995 précitée que le législateur s'est soucié de combattre les manifestations d'opinions réprimées par la loi précitée aux motifs qu'elles nourrissent des thèses qui *banalisent* et favorisent l'antisémitisme, le racisme, l'exclusion et constituent une menace pour une société démocratique d'une part, et, en outre, au motif que lesdites manifestations d'opinions sont infamantes et offensantes tant pour la mémoire des victimes du génocide pour leurs survivants» (44).

C'est ainsi que certaines poursuites pour négationnisme de la Shoah ont donné lieu à une condamnation concurrente pour incitation à la haine raciale (45), ou ont été requalifiées comme

(42) Intervention de M. MAYEUR, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 16.

(43) Intervention de Mme STENGERS, «Rapport de M. Landuyt», *op. cit.*, p. 10.

(44) Corr. Bruxelles, 7 novembre 2000, *Ministère Public et CECLR c/ David V., Marc B., Donat M.*, disponible sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, <http://www.diversite.be>.

(45) Corr. Bruxelles, 15 janvier 2002, *Ministère public et S.A. Infonie-Benelux c/ Thiebault VB*, disponible sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, <http://www.diversite.be>.

infraction à la loi du 30 juillet 1981 (46). Dès avant l'adoption de la loi du 23 mars 1995, des faits de négationnisme caractérisés ont pu être réprimés sans difficultés sur le fondement de la loi Moureaux. La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi condamné pour incitation à la haine raciale Olivier Mathieu, qui avait publiquement contesté l'historicité du génocide commis par les nazis :

«Que les passages du discours cités à bon droit par [le premier juge] révèlent notamment, comme celui-ci le dit judicieusement, l'intention du prévenu de réhabiliter les auteurs des théories racistes qui sont à l'origine de la déportation et de l'anéantissement de millions de Juifs; que le premier juge observe à bon escient que le prévenu en vient assez naturellement à exposer ses thèses révisionnistes qui consistent à mettre en doute l'existence des chambres à gaz et la réalité du génocide du peuple juif par les Allemands et que cette manière d'agir est bien dans le chef du prévenu, celle qu'entend réprimer la loi du 30 juillet 1981, dès lors que ses propos, procédant par un amalgame d'idées qui relèvent plus du discours politique que de la recherche scientifique, n'ont pour seul but que de présenter la Communauté juive comme participant à une gigantesque escroquerie dont elle tire le bénéfice; que cette insinuation de travestissement de la vérité à son seul profit, outre qu'elle est blessante pour les survivants et outrageante pour la mémoire des victimes du nazisme, est de nature à provoquer des réactions passionnelles d'agressivité contre ceux qui se trouvent accusés d'imposture; qu'il s'agit bien d'une incitation à la haine» (47).

De ces éléments, on peut conclure que, bien que la loi ne le prévoit pas explicitement, l'infraction de négationnisme établie par la loi du 23 mars 1995 se conçoit comme une forme particulière de délit d'incitation à la haine raciale, et non comme une catégorie originale d'infraction, qui sanctionnerait le «mensonge historique» ou la contestation d'une «vérité établie» (48). Mais l'absence d'exigence d'une intention spéci-

(46) Corr. Bruxelles, 20 octobre 2004, *Ministère Public, David B. et CECLR c/ Youssef S. et Mourad J.*, précité.

(47) Bruxelles, 8 novembre 1991, *Maurice S., Comité de coordination des organisations juives de Belgique et MRAX c/ Olivier Mathieu*, disponible sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, <http://www.diversite.be>. En première instance, voy. Corr. Bruxelles, 11 avril 1991, *Maurice S., Comité de coordination des organisations juives de Belgique et MRAX c/ Olivier Mathieu, R.T.D.H.*, 1992, p. 415.

(48) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et F. TULKENS, «La Constitution de la Belgique et l'incitation à la haine», in *XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Brisbane, 14th - 20th July 2002*, <http://www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/menu.htm>, p. 21. Pour une conclusion analogue concernant la loi Gayssot, voy. D. SALAS, «Le droit peut-il contribuer au travail de mémoire?», in *La lutte contre le négationnisme*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 40; Christian CHARRIERE-BOURNAZEL, «L'expérience des acteurs judiciaires», in *La lutte contre le négationnisme, op. cit.*, p. 65.

que dans le texte de la loi implique un certain degré d'incertitude dans son application, puisqu'il revient au juge d'apprécier, sans critère légal précis, si le discours litigieux se caractérise par «le caractère scientifique de la recherche et le souci d'objectivité dans l'information» ou non, pour reprendre les critères énoncés par la Cour d'arbitrage, critères qui risquent d'être d'un maniement délicat dans certains cas (49).

3. — *La compatibilité du délit de négationnisme avec le principe de la liberté d'expression*

L'adoption de législations établissant un délit visant la négation du génocide commis par les nazis a donné lieu à des débats portant sur le risque d'atteinte à la liberté d'expression et le danger de voir imposer une «vérité officielle» ou restreindre la liberté de recherche scientifique. La Belgique est liée par de nombreux instruments internationaux reconnaissant le principe de la liberté d'expression et en droit interne la liberté d'opinion est consacrée par la Constitution.

Si ces législations ont été en définitive jugées compatibles avec les normes nationales et internationales relatives à la liberté d'expression, il convient de préciser à quelles conditions et selon quelles modalités cette compatibilité a été admise. Après avoir rappelé les normes applicables en la matière (a), nous examinerons la jurisprudence belge qui s'est prononcée sur la validité de la loi du 23 mars 1995 (b) ainsi que la jurisprudence internationale relative à d'autres lois prévoyant une infraction de négationnisme (c). Si la conformité de l'application des lois réprimant le négationnisme a été généralement admise, c'est en conditionnant cette conformité au respect de certains critères et garanties.

a) *Les normes nationales et internationales reconnaissant la liberté d'expression*

Le principe de la liberté d'expression est tout d'abord reconnu par la Constitution belge, dont l'article 19 dispose que «la liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la

(49) Voy. en ce sens B. BLERO, *op. cit.*, p. 336, et l'exemple de l'ouvrage d'Arno MAYER, *La «solution finale» dans l'histoire*, qui est mentionné.

liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés» (50).

Il est également établi par de nombreux instruments européens et internationaux liant la Belgique, notamment l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (51) (ci-après «CEDH») et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (52), dont la portée est similaire.

L'article 10 de la CEDH énonce :

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques [...].

2. 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, [...].»

Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a très souvent souligné, «la liberté d'expression consacrée par l'article 10 constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique'» (53).

(50) Voy. F. ROGGEN, «Les limites juridiques à la liberté d'expression», in *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 103 et s.; S. VAN DROOGHENBROECK et F. TULKENS, *op. cit.*, pp. 4 et s.

(51) Ratifiée par la Belgique le 14 juin 1955, date à laquelle elle est entrée en vigueur à son égard.

(52) Ratifié par la Belgique à l'égard de laquelle le Pacte est entré en vigueur le 21 avril 1983.

(53) Voy. not. arrêts *Incal c. Turquie*, du 9 juin 1998, §46; *Castells c. Espagne*, du 23 avril 1992, §42, et *Vogt c. Allemagne*, du 26 septembre 1995, §52.

Toute limitation apportée par l'Etat à l'exercice de la liberté d'expression doit pouvoir être justifiée au regard des critères énumérés au paragraphe 2 de l'article 10. La restriction doit être prévue par la loi et constituer une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de l'un des buts légitimes énoncés, notamment la protection des droits d'autrui (54). Dans le contexte de l'article 10 de la Convention européenne, le caractère «nécessaire» des mesures suppose l'existence d'un «besoin social impérieux» (55).

Le libellé de l'article 19 du Pacte de New-York diffère légèrement de la formulation de l'article 10 de la CEDH, mais les dispositions sont en pratique assez équivalentes.

C'est donc à l'aune de ces normes et de ces critères que la jurisprudence, tant belge qu'européenne et internationale, a eu à apprécier la compatibilité des législations établissant un délit de négationnisme avec le principe de la liberté d'expression.

b) *La jurisprudence belge*

La Cour d'arbitrage a été saisie d'une demande d'annulation de la loi du 23 mars 1995, mettant en cause la compatibilité de cette loi avec les exigences de la liberté d'expression. Après avoir établi les contours précis et les objectifs poursuivis par la loi de la manière décrite plus haut, la Cour a jugé que la loi attaquée était pleinement conforme au principe de la liberté d'expression, tel qu'il est établi en droit belge et international :

«La loi litigieuse, ainsi comprise, a pu être considérée comme répondant à un besoin social impérieux. Il reste toutefois à examiner si cette mesure peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, c'est-à-dire comme proportionnée, dans une telle société, à l'objectif pour-

(54) Voy. Roger PINTO, «La liberté d'information et d'opinion et le droit international», *J.D.I.*, 1981, pp. 102-104; Gérard COHEN-JONATHAN, «Article 10», in Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 385 et s.; Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, «Article 10, §2», in Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 409-418.

(55) Voy. not., affaire *Neus Verlags GmbH & Cokg C. Autriche*, 11 janvier 2000, n° 31457/96, *Rec.*, 2000-I, §52.

suiwi par le législateur. La loi litigieuse est répressive et ne contient aucune mesure préventive en vue d'empêcher la diffusion des opinions dont il s'agit. La référence à l'article 444 du Code pénal indique que sont seules visées les opinions exprimées dans les lieux publics ou dans les autres circonstances limitativement énoncées par cet article. Le législateur a réprimé les manifestations d'opinions susvisées non pas à cause de leur contenu mais à cause de leurs conséquences nuisibles pour autrui et pour la société démocratique en tant que telle. La loi litigieuse n'entend nullement gêner la recherche scientifique et critique de la réalité historique du génocide concerné ou empêcher toute forme d'information factuelle à ce sujet. Il peut être admis que le législateur intervienne de manière répressive lorsqu'un droit fondamental est exercé de manière telle que les principes de base de la société démocratique s'en trouvent menacés et qu'il en résulte un dommage inacceptable pour autrui. La Cour constate par ailleurs que l'initiative législative rejoint d'autres initiatives semblables récemment prises et jugées nécessaires par plusieurs pays européens. Le législateur belge peut légitimement redouter que, en l'absence d'une législation similaire, la Belgique ne devienne le refuge du négationnisme» (56).

Les juges pénaux qui ont été saisis de poursuites entamées pour négationnisme ont adopté une position similaire à celle de la Cour d'arbitrage, à la décision de laquelle ils se sont référés (57).

Si la conformité de la loi avec le principe de la liberté d'expression a été clairement établie, c'est en soulignant l'interprétation stricte qui doit être donnée à la loi et en fixant un cadre précis à son application. La Cour d'arbitrage a insisté sur le fait que la loi n'incriminait pas certaines expressions d'opinion en raison de leur contenu, mais bien à cause de leur dimension raciste et antisémite, portant préjudice à toute une communauté. Elle a encore précisé que la loi ne pouvait avoir pour effet d'entraver la recherche scientifique dans le domaine de l'histoire. On trouve une approche assez semblable dans les décisions européennes et internationales rendues sur cette question.

(56) C.A., 12 juillet 1996, précité, §§ B.7.13 et s.

(57) Voy. Corr. Bruxelles, 7 novembre 2000, *Ministère Public et CECLR c/ David V., Marc B., Donat M.*, précité; Corr. Bruxelles, 21 juin 2006, *Ministère Public, CECLR et autres c/ Abdel A. et Raphaël G.*, disponible sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, <http://www.diversite.be>.

c) *La jurisprudence internationale*

Les instances internationales (1) et européennes (2) de contrôle des instruments protecteurs des droits de l'homme ont eu à se prononcer à plusieurs reprises sur la conformité avec le principe de la liberté d'expression de poursuites entamées à raison de prises de position relevant du négationnisme de la Shoah ou de faits historiques apparentés. Leur jurisprudence permet de définir de manière précise les conditions auxquelles doivent répondre l'application des lois réprimant le négationnisme.

1. *Les instances de contrôle du Pacte relatif aux droits civils et politiques*

Au plan international, le Comité des droits de l'homme, organe des Nations Unies chargé de surveiller l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a été saisi d'une communication de M. Robert Faurisson, figure bien connue de la négation de la Shoah, contestant la condamnation pénale dont il a fait l'objet en France en application de la loi «Gayssot», pour avoir contesté l'existence de chambres à gaz homicides à Auschwitz et dans d'autres camps de concentration nazis (58). A l'appui de sa plainte, il faisait valoir que la loi Gayssot «restreint son droit à la liberté d'expression et à la liberté d'enseignement» et «constitue une mesure de censure inacceptable, qui entrave et pénalise la recherche en histoire». Le Comité du Pacte a rejeté les arguments de M. Faurisson, en exposant les motifs suivants :

«La restriction de la liberté d'expression imposée à l'auteur était bien fixée par la loi : la loi du 13 juillet 1990. D'après sa jurisprudence constante, le Comité considère qu'une loi restrictive doit être elle-même compatible avec les dispositions du Pacte. A ce sujet, il conclut de la lecture du jugement de la 17^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris que la culpabilité de l'auteur a été établie à cause des deux déclarations suivantes : '... J'ai d'excellentes raisons de ne pas croire à cette politique d'extermination des Juifs ou à la magique chambre à gaz... Je souhaite que 100 % des Français se rendent compte que le mythe des chambres à gaz est une gredinerie'. Sa condamnation n'a donc pas

(58) Sur cette affaire, voy. G. COHEN-JONATHAN, «Négationnisme et droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 1997, pp. 571 et s.; M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 110 et s.

porté atteinte à son droit d'avoir une opinion et de l'exprimer, en général : le tribunal a condamné M. Faurisson pour avoir attenté aux droits et à la réputation d'autrui. Pour ces raisons, le Comité a acquis la conviction que la loi Gayssot, telle qu'elle a été lue, interprétée et appliquée dans le cas de l'auteur par les tribunaux français, est compatible avec les dispositions du Pacte.

Afin d'apprécier si les restrictions imposées à sa liberté d'expression par la condamnation pénale de l'auteur ont été appliquées pour répondre aux buts prévus par le Pacte, le Comité note tout d'abord, comme il l'a fait dans son Observation générale 10, que certaines restrictions au droit à la liberté d'expression sont permises par le paragraphe 3 de l'article 19, eu égard aux intérêts d'autrui ou de *la communauté dans son ensemble*. Etant donné que les propos tenus par l'auteur, replacés dans leur contexte intégral, étaient de nature à faire naître ou à attiser des sentiments antisémites, la restriction visait à faire respecter le droit de la communauté juive de ne pas craindre de vivre dans un climat d'antisémitisme. Le Comité conclut par conséquent que la restriction imposée à la liberté d'expression de l'auteur était permise en vertu du paragraphe 3 a) de l'article 19 du Pacte.

Enfin, le Comité doit se demander si la restriction imposée à la liberté d'expression était nécessaire. Il a noté l'argument de l'Etat partie qui a fait valoir que la promulgation de la loi Gayssot s'inscrivait dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme. Il a également noté la déclaration d'un membre du Gouvernement français, le Ministre de la justice de l'époque, pour qui la négation de l'holocauste était le principal vecteur de l'antisémitisme. En l'absence du moindre argument tendant à infirmer la position de l'Etat partie en ce qui concerne la nécessité de la restriction, le Comité a acquis la conviction que la restriction de la liberté d'expression imposée à M. Faurisson était nécessaire au sens du paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte» (59).

Le Comité a toutefois constaté que «l'application des dispositions de la loi Gayssot qui, dans leurs effets, érigent en infraction pénale le fait de mettre en cause les conclusions et le verdict du Tribunal militaire international de Nuremberg, peut conduire, dans des circonstances différentes de celles de la présente affaire, à des décisions ou à des mesures incompatibles avec le Pacte» (60). Le Comité souligne de cette manière que si, en l'espèce, la condamnation se trouve justifiée au regard des principes gouvernant la liberté d'expression, c'est parce qu'elle s'inscrit dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme. Mais dès lors que ce critère n'est pas inscrit expli-

(59) Comité des droits de l'homme, 16 décembre 1996, *Robert Faurisson c. France*, Communication No 550/1993, CCPR/C/58/D/550/1993, §§ 9.5-9.7.

(60) *Ibidem*, §9.3.

citement dans la loi Gayssot, celle-ci serait susceptible de s'appliquer dans des conditions incompatibles avec le respect de la liberté d'expression.

2. Les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme

Les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme se sont prononcées à plusieurs reprises sur la question de la compatibilité de la répression de la négation ou de la minimisation de crimes contre l'humanité ou de génocides avec le principe de la liberté d'expression, énoncé à l'article 10 de la Convention.

Tout d'abord, la Commission européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs décisions en la matière (61), en jugeant à chaque fois non fondée la requête se plaignant d'une violation de l'article 10. Sans entrer dans le détail de chaque décision, on peut synthétiser la jurisprudence de la commission en indiquant qu'elle a, dans toutes les affaires traitées, rejeté les allégations de violation de la liberté d'expression en jugeant que les condamnations pour contestation de la Shoah se justifiaient par le fait que le discours incriminé participait à la diffusion d'idées contraires aux valeurs consacrées par la Convention, en particulier l'incitation à la haine raciale et la promotion du régime national-socialiste (62).

Nous nous pencherons de manière plus approfondie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a eu à se prononcer à deux reprises sur la question de la répression de la négation ou de la justification de crimes contre l'humanité ou de génocides. De ces décisions, il est possible d'induire certains critères permettant d'établir les conditions de compatibilité des incriminations de négationnisme avec le principe de la liberté d'expression.

(61) Voy. not. décision du 16 juillet 1982, *X c/ RFA*, D.R. 29, p. 194; décision du 6 septembre 1995, *Otto E.F.A. Remer c/ Allemagne*, D.R. 82, p. 117; décision du 24 juin 1996, *P. Marais c/ France*, D.R. 86, p. 184.

(62) Pour un analyse des décisions de la commission, voy. M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 84 et s.; P. WACHSMANN, *op. cit.*, pp. 592-593.

Dans l'affaire *Lehideux c/ France* (63), la Cour a jugé que la condamnation pénale des auteurs d'un encart publicitaire faisant l'éloge de la politique menée par le maréchal Pétain durant la seconde guerre mondiale constituait une violation de l'article 10 de la CEDH (64). Selon le gouvernement français, «l'éloge dont se seraient rendus coupables les requérants résulterait de l'utilisation de deux procédés différents : les auteurs de la publication en cause auraient, tantôt, essayé de justifier les décisions de Philippe Pétain en s'efforçant de leur donner une autre signification, tantôt, purement et simplement omis de mentionner des faits historiques notoires, incontournables et essentiels pour rendre compte de cette politique», et en particulier «l'adhésion de Pétain à l'ordre hitlérien fondé sur le racisme, par la signature, dès le 3 octobre 1940, de l'acte dit 'loi sur les ressortissants étrangers de race juive'». Sur le premier procédé, la Cour européenne a rejeté l'argument de la France au motif suivant :

«La Cour estime qu'il ne lui revient pas d'arbitrer cette question, qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens sur le déroulement et l'interprétation des événements dont il s'agit. A ce titre, elle échappe à la catégorie des faits historiques clairement établis — tel l'Holocauste — dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 [qui interdit de se prévaloir des droits de la Convention pour mener des activités visant à la destruction des droits qu'elle consacre] à la protection de l'article 10. En l'espèce, il n'apparaît pas que les requérants aient voulu nier ou réviser ce qu'ils ont eux-mêmes appelé, dans leur publication, les 'atrocités' et les 'persécutions nazies', ou encore la 'toute-puissance allemande et sa barbarie'. En qualifiant de 'suprêmement habile' la politique de Philippe Pétain, les auteurs du texte ont plutôt soutenu l'une des thèses en présence dans le débat sur le rôle du chef du gouvernement de Vichy, la thèse dite du 'double jeu'».

Sur le second procédé, consistant à passer sous silence la collaboration offerte à des crimes contre l'humanité et de génocide, la Cour a vérifié si la condamnation pénale rencontrait en l'occurrence les exigences auxquelles sont soumises les limitations à la liberté d'expression, au terme du paragraphe 2 de l'article 10, à savoir le caractère nécessaire dans une société démocratique afin de poursuivre un but légitime, qui suppose

(63) C.E.D.H., arrêt du 23 septembre 1998, affaire *Lehideux c/ France*.

(64) Sur cette affaire, voy. G. COHEN-JONATHAN, «L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 1999, pp. 366 et s.

que la limitation réponde de manière proportionnée à un besoin social impérieux. A cet égard, la Cour a jugé que ces exigences n'étaient pas rencontrées en l'espèce. La Cour a tout d'abord noté que «pour condamner les requérants», la cour d'appel de Paris a principalement retenu l'absence de distance et de critique du texte par rapport à certains agissements de Philippe Pétain et, surtout, le silence du texte sur d'autres faits, en particulier la signature, «dès le 3 octobre 1940, [de] l'acte dit loi sur les ressortissants étrangers de race juive qui devaient être internés dans les camps aménagés en France à cet effet, en vue de faciliter leur acheminement vers les camps de concentration nazis auxquels ils étaient destinés». La Cour a ensuite, de manière fort nuancée, précisé la manière dont devaient être tracées les limites de ce qui est admissible dans le contexte de l'exercice de la liberté d'expression :

«Il ne fait aucun doute qu'à l'égal de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A, n° 298, p. 25, §35), la justification d'une politique pronazie ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10. En l'espèce toutefois, les requérants se sont explicitement démarqués des 'atrocités' et des 'persécutions nazies' ainsi que de la 'toute-puissance allemande et [de] sa barbarie'. Ils ont ainsi moins fait l'éloge d'une politique que celle d'un homme, et cela dans un but dont la cour d'appel a reconnu, sinon le moyen, du moins la pertinence et la légitimité : la révision de la condamnation de Philippe Pétain.

Quant au silence reproché aux auteurs du texte, la Cour n'entend pas en juger dans l'abstrait. Il ne s'agit pas, en effet, d'un silence sur des faits quelconques, mais du silence sur des événements qui participent directement de l'Holocauste. Les auteurs du texte ont certes fait référence à la 'barbarie nazie', mais sans indiquer que Philippe Pétain y avait consciemment contribué, notamment par sa responsabilité dans la persécution et la déportation vers les camps de la mort de dizaines de milliers de juifs de France. La gravité de ces faits, crimes contre l'humanité, augmente la gravité de toute tentative de les occulter. Pour moralement condamnable qu'il soit, le silence gardé sur eux par le texte en cause demande toutefois à être évalué à la lumière d'un certain nombre d'autres circonstances du cas d'espèce».

La Cour a à cet égard relevé plusieurs circonstances de nature à rendre la condamnation pénale disproportionnée. Elle a tout d'abord relevé que

«les événements évoqués dans la publication litigieuse se sont produits plus de quarante ans avant celle-ci. Même si des propos tels que ceux des

requérants sont toujours de nature à ranimer la controverse et à raviver des souffrances dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire».

Elle a ensuite souligné le fait que la prise de position des auteurs poursuivis s'était faite au nom d'associations dont l'objet social était la défense de la mémoire du maréchal Pétain, associations dont la légalité n'avait pas été juridiquement mise en cause jusque là. Enfin, la Cour a noté que d'autres voies de réfutation moins attentatoires à la liberté d'expression que la voie pénale existaient, en particulier des actions civiles. En conclusion, la Cour a estimé disproportionnée et, dès lors, non nécessaire dans une société démocratique, la condamnation pénale subie par les requérants, et a conclu à la violation de l'article 10.

Dans une affaire subséquente, l'affaire *Garaudy c. France* (65), concernant la négation et la minimisation du génocide des Juifs commis par les nazis pendant la seconde guerre mondiale, la Cour a abouti à une conclusion inverse et a jugé que la condamnation pénale de M. Garaudy pour divers écrits négationnistes n'était pas de nature à violer l'article 10 de la CEDH (décision du 24 juin 2003) (66). En cette affaire, la Cour a estimé qu'au regard du contenu et de la portée de la littérature de M. Garaudy, ce dernier n'était pas habilité à se prévaloir de l'article 10 de la CEDH, ses propos s'analysant comme prônant la destruction des droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. La requête a dès lors été déclarée irrecevable, sur la base de l'article 17 de la Convention, relatif à l'interdiction de l'abus de droit.

Il est important d'analyser les circonstances spécifiques de ces deux affaires, afin de mettre en lumière les critères qui permettent de distinguer les cas où l'opinion sur des faits sensibles, concernant des crimes contre l'humanité ou un génocide, demeure protégée par la liberté d'expression et ne doit pas

(65) C.E.D.H., décision du 24 juin 2003, affaire *Garaudy c/ France*.

(66) Sur cette affaire, voy. M. LEVINET, «La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme», *R.T.D.H.*, 2004, p. 653.

donner lieu à une incrimination pénale, même si elle peut apparaître comme choquante, des cas où une incrimination pénale peut se justifier.

Dans l'affaire *Garaudy*, la Cour a insisté sur le fait que les écrits en cause s'inscrivaient dans une perspective de haine raciale et de justification du régime national-socialiste :

«L'ouvrage qui est à l'origine des condamnations du requérant analyse de façon détaillée plusieurs événements historiques relatifs à la deuxième guerre mondiale, tels que les persécutions des Juifs par le régime nazi, l'Holocauste, le procès de Nuremberg. S'appuyant sur de nombreuses citations et références, le requérant remet en cause la réalité, l'ampleur, et la gravité de ces faits historiques qui ne font pourtant pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis. Il apparaît, comme l'ont montré les juridictions nationales à l'issue d'une étude méthodique et de constats approfondis, que loin de se limiter à une critique politique ou idéologique du sionisme et des agissements de l'Etat d'Israël, ou même de procéder à un exposé objectif des thèses négationnistes et de réclamer seulement, comme il le prétend, 'un débat public et scientifique' sur l'événement historique des chambres à gaz, le requérant a fait siennes ces thèses et procède en fait à une remise en cause systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive.

Or, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.

La Cour considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix. Elle considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Con-

vention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention».

Les circonstances soulignées par la Cour, qui n'étaient pas présentes dans l'affaire *Lehideux*, tenaient en particulier au fait qu'il y avait adhésion aux thèses négationnistes, avec une mise en cause systématique de crimes de génocide, dans l'objectif de réhabiliter le régime nazi. De ce fait, les écrits de Garaudy devaient s'analyser comme une forme «aiguë» de «diffamation raciale» et «d'incitation à la haine», à l'égard de la communauté juive.

On constate qu'en l'espèce, les faits reprochés à M. Garaudy étaient particulièrement caractérisés. La Cour a à cet égard noté le fait que les écrits du requérant ne se limitaient pas à «procéder à un exposé objectif des thèses négationnistes et de réclamer un débat public et scientifique sur l'événement historique [concerné]». Dans l'affaire *Lehideux*, si les affirmations faites à propos du rôle du régime de Vichy étaient contestables et choquantes, et visaient à réhabiliter le maréchal Pétain en dépit de son rôle dans la persécution des Juifs, il n'était pas établi que les auteurs du texte incriminé auraient voulu justifier ou nier cette persécution.

Dans d'autres décisions postérieures, la Cour a encore eu l'occasion de souligner la protection dont bénéficie le débat historique «dans des domaines où la certitude est improbable et qui continuent à faire l'objet de débats parmi les historiens» (67), tout en rappelant que ce débat devait se dérouler dans le respect des droits d'autrui (68).

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et en particulier de celle exprimée dans les affaires *Lehideux* et *Garaudy*, que l'incrimination de discours concernant l'appréciation de faits historiques relatifs à des crimes contre l'humanité ou des génocides doit se faire avec prudence et discernement, afin de trouver un juste équilibre entre, d'une part, la liberté d'expression et le débat d'idées, qui visent également l'expression d'opinions de nature à choquer ou heurter et, d'autre part, la condamnation de pro-

(67) C.E.D.H., arrêt du 21 septembre 2006, affaire *Monnat c/ Suisse*.

(68) C.E.D.H., arrêt du 29 juin 2004, affaire *Chauvy et autres c/ France*.

pos visant à remettre en cause les droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. A cet égard, plusieurs critères se dégagent : le discours doit consister à nier la réalité de faits historiques clairement établis, en visant à réhabiliter les auteurs des crimes concernés ou à inciter à la discrimination ou la haine raciale envers les victimes de ces crimes (69). Il apparaît ainsi que le critère de la volonté de dénigrer les victimes, en les accusant de falsification de l'histoire ou en justifiant les crimes commis est particulièrement relevant.

Conclusions

L'instauration, dans plusieurs pays européens, d'un délit de négation du génocide commis par le régime nazi durant la seconde guerre mondiale, a fait l'objet d'une validation par les instances judiciaires nationales, européennes et internationales qui l'ont jugé compatible avec le principe de la liberté d'expression. Toutefois, cette compatibilité a été décrétée dans des affaires où l'on rencontrait des discours négationnistes caractérisés, relevant clairement du racisme et de l'antisémitisme. Il a dans ce contexte très généralement été précisé que l'incrimination du discours négationniste se concevait comme un instrument de lutte contre la promotion de l'idéologie nazie et le racisme (70). On peut dès lors penser que le négationnisme serait très généralement punissable sur le fondement des lois générales réprimant l'incitation à la haine raciale et que son incrimination spécifique relève essentiellement de la symbolique (71).

Comme le relève le Comité des droits de l'homme ou certains auteurs, il n'est pas exclu que les lois réprimant la contestation de la Shoah soient susceptibles de viser des cas plus limites, consistant en des travaux à vocation réellement scientifique dont l'intention antisémite ou idéologique serait absente,

(69) Voy. P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 594.

(70) Voy. G. COHEN-JONATHAN, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies», in *La lutte contre le négationnisme*, *op. cit.*, p. 77; M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 110 et s.; M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 336-359.

(71) Voy. J. GOTOVITCH, «Pour la liberté de la recherche», *Politique*, n° 47, décembre 2006, p. 12; B. BLERO, *op. cit.*, p. 337.

ce qui serait problématique au regard du respect de la liberté d'expression. On a d'ailleurs pu constater qu'en droit belge, comme dans d'autres droits, la définition de l'infraction recèle quelques zones d'ombre, notamment en l'absence d'exigence d'une intention spécifique (72).

Les difficultés augmentent lorsqu'il s'agit de vouloir transposer l'infraction de négationnisme à la mise en cause d'autres génocides ou crimes contre l'humanité. Ces dernières années, on a constaté un mouvement allant dans le sens d'une extension du délit de négationnisme à d'autres cas que celui de la Shoah, en procédant non par référence à un ou des événements précisément identifiés, mais en renvoyant à des critères génériques devant permettre de définir, pour le présent ou l'avenir, les situations visées. Dans la seconde partie de notre étude, nous analyserons les textes et propositions visant à établir un élargissement du champ de l'infraction de négationnisme, en examinant les problèmes qu'un tel élargissement pose au regard du droit à la liberté d'expression.

B. — LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR L'EXTENSION GÉNÉRIQUE DU DÉLIT DE NÉGATIONNISME

Depuis le début de ce siècle, on a vu apparaître des textes et propositions visant à étendre l'incrimination du négationnisme à d'autres situations que celle du génocide perpétré par le régime nazi. Une telle extension pose des problèmes juridiques particuliers au regard du respect de la liberté d'expression et du principe de légalité du droit pénal, si l'on tient compte des critères établis par la jurisprudence, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme. En particulier, l'extension du délit de négationnisme a été prévue ou envisagée par le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité (1), par un projet de loi belge visant à mettre en œuvre en droit interne ce Protocole (2), et, enfin, par une proposition de décision-cadre du Conseil de l'Union euro-

(72) Voy. F. GOGET, «Les politiques d'action publique», in *La lutte contre le négationnisme*, *op. cit.*, pp. 62-63.

péenne (3). Au delà de leurs diversités, ces trois textes optent pour une méthode de définition du champ de l'infraction identique, qui recourt à des critères génériques devant permettre d'identifier les événements ou situations qui ne peuvent faire l'objet d'une négation ou d'une minimisation. Dans cette optique, les événements dont la négation est prohibée ne sont pas déterminés, mais sont simplement *déterminables* à l'aide de critères génériques établis dans la loi. Nous montrerons qu'une telle méthode est porteuse d'imprécisions concernant le champ exact de l'infraction de négationnisme, ce qui entraîne un risque substantiel d'atteinte au principe de la liberté d'expression.

1. — *Le 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*

Le 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 (ci-après «le Protocole») a été adopté le 30 janvier 2003 au sein du Conseil de l'Europe. L'adoption d'un texte séparé de la Convention sur la cybercriminalité a été décidée suite à l'absence de consensus parmi les États pour ériger en infraction pénale la diffusion de propagande raciste par le biais de systèmes informatiques. Alors que de nombreux États étaient favorables à cette idée, d'autres se sont montrés préoccupés par une telle démarche, qui aurait selon eux porté atteinte à la liberté d'expression (73). Le compromis a consisté en la rédaction d'un protocole distinct, permettant ainsi des ratifications disjointes des deux instruments. L'article 6 du Protocole vise spécifiquement l'incrimination du négationnisme. Cette disposition se lit comme suit :

Article 6 — *Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité*

1. Chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils

(73) Rapport explicatif relatif au Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/189.htm>, §4.

sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants :

La diffusion ou les autres 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 cette Partie.

2. Une Partie peut :

a. soit prévoir que la négation ou la minimisation grossière, prévues au paragraphe 1 du présent article, soient 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;

b. soit se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1 du présent article.

Le Rapport explicatif qui accompagne le Protocole apporte à l'adoption de cette disposition la justification suivante :

« Ces dernières années, diverses affaires ont été traitées par des tribunaux nationaux où des personnes (dans le public, dans les médias, etc.) ont élaboré des idées ou des théories visant à minimiser, nier ou justifier les crimes graves commis au cours de la seconde guerre mondiale (en particulier l'Holocauste). La motivation de tels comportements est souvent présentée sous le prétexte de la recherche scientifique, alors qu'en réalité, le but exact est de soutenir et d'encourager la motivation politique qui avait donné lieu à l'Holocauste. De plus, ces comportements ont aussi inspiré ou même stimulé et développé les activités illégales de groupes racistes et xénophobes, y compris par le biais de systèmes informatiques. L'expression de ces idées insulte (la mémoire de) toute personne qui a été victime de l'Holocauste, ainsi que leur famille. Elle porte en outre atteinte à la dignité de la communauté humaine. L'article 6 du Protocole, qui a une structure similaire à celle de l'article 3, traite ce problème. Les rédacteurs s'entendent qu'il est important d'incriminer toute expression 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 avril 1945. Ceci à cause du fait que les actes qui ont donné lieu à des génocides et à des crimes contre l'humanité, se sont déroulés entre 1940 et 1945. Toutefois, les rédacteurs ont relevé que, depuis lors, d'autres cas de génocide et de crimes contre l'humanité, qui étaient motivés par des idées et des théories de nature raciste et xénophobe, ont été

perpétrés. Les rédacteurs ont dès lors considéré qu'il était nécessaire de ne pas limiter le champ d'application de cette disposition aux seuls crimes commis par le régime nazi pendant la seconde guerre mondiale, et établis comme tels par le Tribunal de Nürnberg, mais de l'étendre aussi aux génocides et crimes contre l'humanité constatés par d'autres tribunaux internationaux établis après 1945 par des instruments internationaux pertinents (par exemple, des Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, des traités multilatéraux, etc.). De tels tribunaux pourraient être, par exemple, les Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie, pour le Rwanda, la Cour Pénale Internationale. Cet article permet de se référer à des décisions finales et obligatoires de tribunaux internationaux futurs, dans la mesure où la juridiction de tels tribunaux est reconnue par la Partie à ce Protocole. Cette disposition vise à poser clairement le principe que des faits, dont la vérité historique a été judiciairement établie, ne peuvent pas être niés, minimisés de manière grossière, approuvés ou justifiés pour soutenir ces théories et ces idées détestables» (74).

Au 1^{er} décembre 2007, le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité a été ratifié par onze États (75) et il est entré en vigueur le 1^{er} mars 2006. La Belgique n'a pas à ce jour ratifié le Protocole, bien que, comme on le verra, le gouvernement se soit fondé sur son texte pour introduire un projet de loi visant à en assurer la transposition en droit interne. Il convient de souligner que le Protocole additionnel n'impose en réalité aucune obligation internationale aux États parties dans le domaine de la répression du négationnisme. En effet, l'article 6, §2 b réserve explicitement le droit des États de ne pas appliquer, en tout ou en partie, l'incrimination établie à l'article 6, §1^{er}, de sorte que les États conservent en fait une latitude absolue quant à l'introduction du délit pénal prévu par cette disposition (76). Les États peuvent choisir de ne pas introduire du tout l'infraction de négationnisme, comme ils peuvent choisir de restreindre le champ de l'infraction, par exemple en le limitant à la négation des seuls génocides, à l'exclusion des crimes contre l'humanité.

(74) Rapport explicatif, §§ 39-41.

(75) Albanie, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Danemark, France, Lettonie, Ex-République yougoslave de Macédoine, Lituanie, Slovaquie et Ukraine (<http://conventions.coe.int>).

(76) Voy. par exemple la déclaration du Danemark, par laquelle il indique que «le Gouvernement du Royaume du Danemark déclare que le Danemark se réserve le droit de s'abstenir partiellement ou totalement d'ériger en infractions pénales les actes dont traite l'article 6, paragraphe 1» (Liste des déclarations formulées au titre du traité n° 189, <http://conventions.coe.int>).

Quels sont les contours et les éléments constitutifs de l'infraction, telle qu'elle est définie à l'article 6 du Protocole? Le mode de définition de l'infraction prévu par le Protocole se distingue substantiellement de celui établi dans la loi belge du 23 mars 1995, principalement en raison du fait qu'il ne se limite pas à viser la négation de la Shoah et qu'il entend intégrer d'autres événements, qui ne sont pas désignés nommément, mais sont déterminables à l'aide de critères génériques. La détermination du champ précis de l'infraction prévue par l'article 6, §1^{er} du Protocole suppose ainsi d'analyser, d'une part, le mode de détermination du fait historique «incontestable» (a) et, d'autre part, la définition du fait délictueux consistant en la diffusion d'une opinion émise à l'égard de ces faits (b). Pour interpréter ces éléments, il est essentiel de prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 10 de la CEDH. En effet, le Protocole a, tout comme la CEDH, été adopté au sein du Conseil de l'Europe, et il faut tenir pour acquis que cet instrument n'a en rien voulu porter atteinte aux droits établis par la Convention européenne des droits de l'homme. Ce lien avec l'article 10 de la CEDH est explicitement établi dans le préambule du Protocole, qui souligne «la nécessité d'assurer un bon équilibre entre la liberté d'expression et une lutte efficace contre les actes de nature raciste et xénophobe», ainsi que dans le Rapport explicatif au Protocole additionnel (77).

a) *La difficile détermination des «faits historiques clairement établis»*

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme distingue, comme on l'a vu, les «faits historiques clairement établis», tel l'Holocauste, des faits qui relèvent «d'un débat toujours en cours entre historiens». Quant à l'instance habilitée à faire le départ entre ces deux catégories de faits, la Cour paraît donc s'en remettre avant tout à la communauté scientifique des historiens. Ainsi, la négation de la Shoah et de l'existence des chambres à gaz n'est pas, selon la Cour, susceptible de relever d'un travail de recherche scientifique parce

(77) Rapport explicatif, §§ 11 et 42.

que «ces faits historiques [...] ne font [...] pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis». Par contre, la Cour a estimé que des éléments comme le rôle du maréchal Pétain pendant la seconde guerre mondiale ou les circonstances de l'arrestation de Jean Moulin en 1943 relevaient «d'un débat toujours en cours entre historiens sur le déroulement et l'interprétation des événements dont il s'agit» et échappaient de ce fait «à la catégorie des faits historiques clairement établis». C'est donc de la persistance d'un débat entre (authentiques) historiens que la Cour fait dépendre le caractère «clairement établi», et donc incontestable, de faits relatifs à la perpétration de génocides ou de crimes contre l'humanité, et non d'une vérité judiciaire.

Le Protocole additionnel a emprunté une voie qui s'écarte très largement de l'enseignement de la Cour. Pour établir les faits de génocide ou les crimes contre l'humanité entrant dans le champ de l'infraction, il est fait référence à leur reconnaissance 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 l'État Partie. Pour les rédacteurs du Protocole, la garantie que les faits concernés constituent des «faits historiques clairement établis» réside ainsi dans le fait que leur «vérité historique a été judiciairement établie» par une juridiction internationale (78).

Cette adéquation entre vérité historique et vérité judiciaire soulève de nombreuses interrogations. Sur un plan de technique juridique, ce mode de définition des faits comporte une dimension prospective qui pose problème au regard de la prévisibilité de la loi pénale, en rendant impossible la détermination de l'ensemble des faits susceptibles de tomber sous le coup de la loi. Pour partie, le libellé de l'article 6 emporte référence rétrospective à des cas de génocide et de crimes contre l'humanité judiciairement établis : le génocide des Juifs par le régime nazi (Statut du Tribunal de Nuremberg et jurisprudence du Tribunal), le génocide de Srebrenica et les crimes contre

(78) Rapport explicatif, §41.

l'humanité commis en ex-Yougoslavie (Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et jurisprudence du Tribunal (79), jurisprudence de la Cour internationale de Justice (80)) et le génocide des Tutsis commis par le régime hutu (Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda et jurisprudence du Tribunal (81)). Cette référence devient beaucoup plus délicate dans sa dimension « prospective », en incluant les actes de génocide ou les crimes contre l'humanité qui viendraient à être constatés par des juridictions internationales existantes ou à créer. Pour prendre l'exemple de la Cour pénale internationale, on peut estimer problématique le fait que la loi impose au citoyen qu'il se tienne informé de sa future jurisprudence, et qu'il connaisse chaque qualification précise (crime de guerre, crime contre l'humanité, génocide) retenue par la Cour à l'égard de faits très divers, pouvant s'être déroulés au Congo, au Soudan, etc... Les tribunaux pénaux internationaux ne se prononçant que sur des responsabilités individuelles à raison de faits particuliers, leurs décisions risquent en outre de présenter une réalité fragmentée, ne valant que pour tel ou tel événement précis.

Par ailleurs, la définition des faits visés par le délit de négationnisme par renvoi à l'existence d'une décision judiciaire internationale introduit une part d'arbitraire difficilement justifiable. De nombreux événements historiques clairement établis n'ayant fait l'objet d'aucun procès international — comme le massacre des Arméniens par le régime Jeune-Turc, le massacre de Sabra et Chatilah ou encore les crimes de masse s'inscrivant dans le contexte de la colonisation — se verraient exclus du champ de la loi, sans que cette exclusion puisse être expliquée de manière raisonnable. La possibilité que des décisions judiciaires internationales soient rendues dans le futur à propos de situations caractérisées par la commission de crimes de génocide ou de crimes contre l'humanité est de plus largement

(79) Voy. not. TPIY, *Le Procureur c/ R. Krstic*, Chambre de première instance, jugement du 2 août 2001 et Chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004, <http://www.un.org/icty/index-f.html>.

(80) C.I.J., affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, <http://www.icj-cij.org>.

(81) Voy. not. TPIR, Chambre I, *Le Procureur c/ J.-P. Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998, <http://www.un.org/icty/index-f.html>.

tributaire de facteurs aléatoires, ne répondant pas nécessairement à une logique rationnelle. La Cour pénale internationale voit sa compétence limitée aux situations impliquant les Etats qui ont ratifié son Statut (82), et la création de tribunaux *ad hoc* par les Nations Unies (TPIY, TPIR, Tribunal mixte pour le Sierra Leone (83), Tribunal spécial pour le Liban (84)) est largement dépendante des priorités politiques de ses Etats membres, en particulier les Etats membres permanents du Conseil de sécurité. En définitive, la réalité de telle situation ne pourrait plus, sous peine d'infraction pénale, être mise en doute parce qu'elle a pu faire l'objet d'une décision judiciaire internationale reconnaissant la commission de crimes contre l'humanité, tandis que l'existence de telle autre situation, d'une gravité comparable, pourrait être niée librement dès lors qu'elle n'a fait l'objet d'aucun procès international, par exemple parce qu'ils se sont déroulés sur le territoire d'un Etat non partie au Statut de la Cour pénale internationale.

De manière plus générale, faire automatiquement coïncider vérité judiciaire avec une vérité historique incontestable pose un vrai problème de fond pour la préservation de la recherche scientifique et la préservation du débat, problème qui semble ne pas avoir été aperçu par les rédacteurs du Protocole additionnel. De nombreux historiens soulignent le fait que vérité judiciaire et vérité historique répondent à des logiques et des démarches largement distinctes (85). Le juge est amené à prendre une décision, immuable en principe, dans un laps de temps généralement proche des faits litigieux, sur base des éléments de preuve qui lui sont soumis au moment du procès, décision qui établit une «vérité judiciaire» ayant une dimension formelle (86).

(82) Voy. l'article 12 du Statut de Rome, qui limite la compétence de la Cour pénale internationale aux crimes commis par le ressortissant d'un Etat partie ou sur le territoire d'un tel Etat.

(83) Tribunal mixte dont la création a été confiée au Secrétaire général par le Conseil de sécurité des Nations Unies, par la résolution 1315 du 14 août 2000.

(84) Tribunal mixte créé par accord entre les Nations Unies et le Liban. Voy. la résolution 1757 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 30 mai 2007.

(85) Voy. E. TRAVERSO, *op. cit.*, pp. 74-79; P. LAGROU, «Sanctionner pénalement les négationnistes?», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 16-17. Voy. *supra* la contribution de K. BERTRAMS et P.O. DE BROUX.

(86) Voy. R. ROTH, «Le juge et l'Histoire», in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUEGUINER et S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'Histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 4-5.

L'historien est, lui, susceptible de réviser perpétuellement son appréciation au regard de nouveaux documents, et produit une «vérité historique» provisoire, ouverte (87). Comme l'explique l'historien Enzo Traverso,

«Les mêmes faits engendrent des vérités distinctes. Là où la Justice accomplit sa mission en désignant et en condamnant le coupable d'un crime, l'histoire commence son travail d'enquête et d'interprétation, en essayant d'expliquer comment il est devenu un criminel, son rapport à la victime, le contexte dans lequel il a agi, ainsi que l'attitude des témoins qui ont assisté au crime, qui ont réagi, qui n'ont pas su l'empêcher, qui l'ont toléré ou approuvé» (88).

Dans cette perspective, il est difficilement admissible que les historiens se trouvent empêchés par la loi de remettre en cause certains constats opérés par les tribunaux internationaux, amenés généralement à intervenir assez rapidement après les faits. De même, il semble déraisonnable d'interdire à la doctrine de critiquer une décision internationale, en estimant que la qualification de «génocide» ou de «crime contre l'humanité» a été appliquée à tort à la situation concernée. Pour prendre un exemple précis, la reconnaissance de la qualité de «génocide» aux massacres commis par les milices serbes de Bosnie à l'encontre de 7000 hommes musulmans de Srebrenica, faite par la Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie et, à sa suite, par la Cour internationale de Justice, a été contestée tant par des historiens (89) que par des juristes (90). Comme tel, ce genre de prise de position est constitutif de «négarion d'actes constitutifs de génocide reconnus comme tels par une décision d'une juridiction internationale», et est susceptible de tomber dans le champ de l'infraction prévue par le Protocole additionnel.

On le constate, le mode de définition des faits «clairement établis» opté par le Protocole soulève de nombreuses questions

(87) Voy. E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 79; M. REBERIOUX, *op. cit.*, p. 94.

(88) E. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 78.

(89) Voy. M. STEINBERG, «Notre responsabilité morale», *Politique*, n° 47, décembre 2006, p. 31.

(90) Voy. not. W.A. SCHABAS, «Was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia», *Fordham Int'l L.J.*, Vol. 25, 2001, p. 46. T. CHRISTAKIS et K. BANNELIER, «Qu'est-ce qu'un génocide et quand un Etat est-il responsable pour ce crime? Analyse de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire Bosnie c. Serbie-et-Monténégro (26 février 2007)», *R.B.D.I.*, 2007.

concernant l'établissement du champ de l'infraction de négationnisme, et sa compatibilité avec le principe de liberté d'expression et la préservation de la recherche historique et du débat intellectuel. Cette difficulté se trouve aggravée par l'absence d'exigence par le Protocole de la démonstration d'un élément intentionnel spécifique dans le chef de l'auteur de la contestation.

b) *L'absence d'exigence d'un élément intentionnel spécifique*

Le comportement incriminé à l'article 6, §1^{er} du Protocole consiste à diffuser publiquement du matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des «actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité», reconnus par une juridiction internationale. Comme on l'a vu, tels qu'ils sont décrits dans l'article 6, §1^{er}, ces types de comportement pourraient parfaitement être rencontrés dans le cadre d'un débat scientifique parfaitement légitime, consistant à contester une qualification juridique opérée par une juridiction internationale. A travers cette hypothèse, on perçoit l'importance de la définition précise du comportement incriminé, tant au regard du principe de légalité de l'infraction et de sécurité juridique, qu'au regard de la nécessaire mais délicate distinction à faire entre des faits de négationnisme caractérisés et des opinions s'inscrivant dans un débat d'idées, même si ces opinions peuvent être jugées contestables, choquantes ou moralement condamnables, pour reprendre les termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A cet égard, la prise en compte de l'intention et du contexte dans lesquels s'inscrit l'acte de négation ou de minimisation apparaît indispensable à la définition du champ de toute infraction de négationnisme, afin de prévenir le risque d'application incompatible avec le principe de la liberté d'expression. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on trouve ainsi l'exigence du fait que la négation qui a fait l'objet de la répression soit caractérisée par une volonté de promouvoir une idéologie raciste ou xénophobe, ou de dénigrer les victimes.

Le Protocole n'oblige pas les Etats à introduire dans leur législation sur le négationnisme la nécessité d'établir que l'auteur du discours litigieux est animé d'une intention spécifique. L'article 6, §2, a du Protocole se limite à donner la *possi-*

bilité aux États de «prévoir que la négation ou la minimisation grossière, prévues au paragraphe 1 du présent article, soient 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» (91). Cela implique *a contrario* que les États peuvent incriminer la négation d'actes qualifiés de génocide ou de crimes contre l'humanité par une juridiction internationale même si celle-ci n'est caractérisée par aucune volonté d'incitation à la haine raciale ou à la violence. Seule est donc nécessaire la démonstration de l'adoption du comportement matériel de la négation, ce qui, comme on l'a vu, est susceptible de viser des prises de position parfaitement légitimes dans le cadre de débats scientifiques et intellectuels ouverts.

L'absence d'exigence par le Protocole d'un élément d'intention raciste apparaît en définitive quelque peu paradoxale, dans la mesure où l'ensemble du traité vise les actes inspirés par ce genre d'intention. Cela découle tout d'abord de l'intitulé même du Protocole : «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*» (nous soulignons). Cela ressort ensuite de l'article 1^{er} du Protocole, qui définit le but général poursuivi par cette convention : «Le but du présent Protocole est de compléter, pour les Parties au Protocole, les dispositions de la Convention sur la cybercriminalité, ouverte à la signature à Budapest le 23 novembre 2001 eu égard à l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe diffusés par le biais de systèmes informatiques». Cela est confirmé, enfin, par divers extraits du préambule du Protocole, ainsi que par le Rapport explicatif, qui indique que les dispositions de l'article 6 visent à lutter contre des comportements qui encouragent «la motivation politique qui avait donné lieu à l'Holocauste» ou stimulent «les activités illégales de groupes racistes et xénophobes» (92).

(91) A ce jour (novembre 2007) deux des onze États ayant ratifié le Protocole se sont prononcés en ce sens lors de la ratification du traité : la Lituanie et l'Ukraine (Liste des déclarations formulées au titre du traité n° 189, <http://conventions.coe.int>).

(92) Rapport explicatif, §39.

Comme c'était déjà le cas avec la loi belge du 23 mars 1995, on se trouve en présence de la définition d'un délit que l'on conçoit comme étant un délit de nature raciste, mais dont on exclut l'exigence de la démonstration de l'intention raciste. Le comportement matériel est considéré comme faisant présumer la volonté d'incitation à la haine raciale, rendant superflue la preuve de celle-ci. Cette manière de voir se révèle toutefois largement artificielle, puisqu'il peut exister nombre de discours «limites», dont le caractère véritablement négationniste ne pourra être établi qu'en examinant le contexte de leur production et l'intention qui les anime. Ce cas de figure est d'autant plus probable que l'on élargit le champ de l'infraction de négationnisme à l'ensemble des génocides et crimes contre l'humanité établis par une décision judiciaire internationale.

Conclusions

Le texte du Protocole relatif à l'établissement d'une infraction de négationnisme soulève, comme on l'a constaté, de nombreuses questions, tenant à l'imprécision de la définition du champ de l'infraction et à ses conséquences incertaines sur la préservation des débats légitimes concernant les événements, passés ou à venir, qui ont donné ou donneront lieu à la commission de crimes contre l'humanité ou de génocide. Il a toutefois servi de fondement à la soumission d'un projet de loi par le gouvernement visant à mettre en œuvre l'article 6 du Protocole, et élargissant le champ de l'infraction de négationnisme prévue par la loi du 23 mars 1995. L'analyse des difficultés juridiques soulevées par ce projet de loi fera l'objet du point suivant.

2. — *Le projet de loi modifiant 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*

En juillet 2004, le gouvernement belge a pris l'initiative de soumettre au Parlement un projet de loi visant notamment à transposer en droit interne le contenu de l'article 6 du Proto-

cole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, et modifiant 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 (ci-après «le projet de loi») (93). Il faut préciser que ce faisant, le gouvernement ne répondait en réalité à aucune obligation internationale, puisque, d'une part, il n'avait pas ratifié le Protocole et que, d'autre part, et en toute hypothèse, le Protocole n'impose, comme on l'a vu, aucune obligation en la matière, le §2 de l'article 6 autorisant les États parties à ne pas appliquer, en tout ou en partie, le contenu de cette disposition.

Moyennant une série d'amendements, la Chambre a adopté le projet de loi qui fut soumis au Sénat (94). Devant ce dernier, le débat parlementaire s'est largement focalisé sur l'intégration du génocide des Arméniens dans le champ de l'infraction nouvellement défini, ce qui a suscité le dépôt de nombreux amendements. La majorité du Sénat a en définitive décidé de reporter l'adoption du texte discuté, au vu des nombreuses questions de principe soulevées, et de confier l'examen de celles-ci à la Commission interministérielle de droit humanitaire, qui est toujours saisie (95).

Bien que — provisoirement — non adopté, ce projet de loi se révèle particulièrement emblématique des questions posées par l'élargissement de la définition de l'infraction de négationnisme de manière à viser d'autres crimes ou événements que ceux de la Shoah. Comme le texte du Protocole qu'il entendait transposer en droit belge, le projet de loi procédait à la définition des faits visés en recourant à des critères génériques. Les difficultés posées par ce projet de loi et par les propositions d'amendements déposées au Sénat tenaient, d'une part, à la multiplication des instances habilitées à reconnaître les

(93) Projet de loi modifiant la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, et 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, *Doc. Ch.*, 51^e session, 12 juillet 2004, 1284/001.

(94) Voy. le «Rapport fait au nom de la commission de la Justice» par Claude MARI-NOWER, *Doc. Ch.*, 51^e session, 15 avril 2005, 1284/008.

(95) Voy. le «Rapport fait au nom de la commission de la Justice» par Mmes DEFRAIGNE et TALHAOUI, session 2004-2005, 22 juin 2005, 3-1135/3.

génocides et les crimes contre l'humanité (a) et, d'autre part, à l'absence d'exigence d'élément intentionnel spécifique pour définir le comportement constitutif de l'infraction (b).

a) *La multiplication des instances habilitées à reconnaître un génocide ou un crime contre l'humanité*

Tel qu'il a été adopté par la Chambre, l'article 8 du projet de loi, modifiant la loi de 1995, était énoncé comme suit :

«Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six euros à cinq mille euros celui qui, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide ou les crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision passée en force de chose jugée de tout tribunal international dont la juridiction a été reconnue par la Belgique, par le Conseil de Sécurité ou l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies ou par une décision passée en force de chose jugée d'une juridiction belge ou d'un autre État membre de l'Union européenne».

La lecture de cette disposition montre que la Chambre avait, par rapport au Protocole, multiplié le nombre d'instances habilitées à établir le caractère «incontestable» des génocides ou crimes contre l'humanité concernés. Lors des discussions au Sénat, l'ajout de deux autres instances a été proposé afin de faire entrer le génocide des Arméniens dans le champ de l'infraction : le Parlement belge et le Parlement européen. Les différentes instances qui étaient reconnues, dans le projet de loi ou les propositions d'amendements, comme habilitées à reconnaître comme «clairement établi» un génocide ou un crime contre l'humanité posent chacune des problèmes au regard du principe de légalité du droit pénal et de la sécurité juridique ou du principe de liberté d'expression.

1. *Les juridictions internationales*

La première catégorie d'instances habilitée à reconnaître les génocides ou les crimes contre l'humanité était constituée par les juridictions internationales reconnues par la Belgique, solution reprise directement du texte de l'article 6 du Protocole additionnel. Nous renvoyons à l'analyse réalisée plus haut, qui

montre les difficultés que le recours aux décisions des juridictions internationales soulève.

2. Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies

La référence au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale des Nations Unies dans le projet de loi a été introduite par un amendement déposé par M. Maingain (96), visant à intégrer dans le champ de l'infraction de négationnisme «les génocides ou crimes contre l'humanité qui, bien que n'ayant pas été poursuivi devant des tribunaux internationaux, n'en aurait pas moins été reconnu comme tel par la Communauté internationale, par exemple, par une décision de l'Assemblée générale de l'ONU». Bien que visant à répondre au risque d'arbitraire que comporte la seule référence aux crimes établis par une juridiction internationale, cette extension soulève deux graves problèmes.

Tout d'abord, les deux organes visés sont des instances politiques qui, lorsqu'ils se prononcent à l'égard de faits, ne sont habilités ni à prononcer une vérité judiciaire, ni une vérité historique. Les résolutions de ces organes sont adoptées en fonction de considérations politiques qui peuvent s'avérer changeantes, et le risque d'erreur n'est pas à écarter. Pour exemple, sur pression du gouvernement espagnol, le Conseil de sécurité a dans sa résolution 1530 du 11 mars 2004 imputé les attentats de Madrid à l'ETA, alors que l'enquête allait rapidement montrer que les auteurs étaient en réalité un groupe islamiste. Pourrait-on concevoir que si l'Assemblée générale adoptait une résolution énonçant qu'il existe un génocide au Darfour, l'on poursuive le membre d'une ONG qui, de retour en Belgique, contesterait cette qualification sur la foi de son expérience sur le terrain? Ce serait donner une portée de «vérité historique» immédiate à une résolution qui est le fruit d'une décision politique. De plus, le projet de loi n'envisageait pas l'hypothèse où serait adoptée une résolution à la majorité, en dépit d'un vote négatif ou d'une abstention de la Belgique.

(96) Amendement n° 7, déposé par M. MAINGAIN, *Doc. Ch.*, 51^e session, 21 février 2005, 1284/004.

Ensuite, la référence aux résolutions des Nations Unies poserait un réel problème de légalité de l'infraction. La simple lecture du texte de la loi ne permettrait pas au citoyen de savoir quels sont les faits précisément incriminés. Il lui serait demandé de connaître l'ensemble des situations qui ont été qualifiées de génocide ou de crime contre l'humanité par le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale. Par exemple, tout le monde est-il supposé savoir que l'Assemblée générale a énoncé que les massacres de civils palestiniens à Sabra et Chatila était un acte de génocide (97)? Le projet de loi adopté par la Chambre aurait impliqué que toute personne qui contesterait le fait que ces massacres constituent un génocide, en considérant par exemple qu'il faut plutôt leur réserver le statut de crimes de guerre, aurait été passible de poursuites pénales. Toute référence aux décisions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale est ainsi problématique, en raison de l'insécurité juridique qu'elle implique et de l'extension trop large qu'elle donnerait au champ de l'infraction.

3. Les décisions des tribunaux belges ou des tribunaux des États membres de l'UE

C'est par un amendement introduit par M. Maingain et Mme Déom que la référence aux décisions des tribunaux belges ou des États membres de l'UE a été ajoutée (98). La référence à des jugements rendus par des juridictions nationales pose de manière générale la question de savoir dans quelle mesure ce type de décisions est à même, à lui seul, de définir une vérité historique qui s'impose à tous, de telle sorte que l'on puisse considérer qu'il ne peut subsister aucun débat entre historiens, pour reprendre le critère utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme. A cet égard, il faut rappeler le fait que la Cour ne s'est pas référée à la vérité judiciaire pour considérer des faits de génocide comme «clairement établis», mais au consensus régnant au sein de la communauté des historiens sur la réalité de ces faits.

(97) Assemblée générale des Nations Unies, résolution 37/123 du 16 décembre 1982.

(98) Amendement n° 18, déposé par Mme DÉOM et M. MAINGAIN, *Doc. Ch.*, 51^e session, 16 mars 2005, 1284/007.

Par ailleurs, la référence à des décisions judiciaires non précisées, et de surcroît à des décisions étrangères, pose problème au regard du principe de légalité du droit pénal et de la sécurité juridique. Peut-on raisonnablement attendre du citoyen qu'il connaisse la jurisprudence des 27 États membres de l'Union européenne, pour savoir ce qu'il peut ou ne peut pas dire? A titre illustratif, la Cour régionale de Riga (Lettonie) a prononcé une condamnation pour génocide par un arrêt du 27 septembre 1999 (99), à raison de faits de déportation et de meurtres commis en 1949 à l'encontre de civils lettons par un agent de l'URSS. Cette qualification a ensuite été contestée par certains historiens (100). Faudrait-il considérer qu'une décision rendue par une cour de Lettonie, membre de l'UE depuis 2004, suffise à éteindre tout débat historique sur la nature exacte des faits concernés, et à ériger en fait délictueux toute émission d'une opinion qui aboutirait à une conclusion différente de celle de la décision concernée? Et faudrait-il considérer que cette décision s'impose de manière absolue au juge belge, qui perdrait tout pouvoir d'appréciation?

A ce sujet, les réponses fournies par M. Maingain à certaines objections soulevées à l'encontre de la référence aux juridictions de l'UE suscitent l'interrogation. Celui-ci indique tout d'abord que «la personne poursuivie pour négationnisme pourra toujours, dans le cadre de son procès, éventuellement contester ce qui a été qualifié de génocide ou de crime contre l'humanité devant cette juridiction d'un autre État» (101). Cette affirmation pose problème, dans la mesure où le fait incriminé consiste précisément à avoir contesté (en le niant ou le minimisant) le génocide ou le crime contre l'humanité tel qu'il a été reconnu par la décision d'une juridiction d'un Etat de l'UE. M. Maingain précise ensuite que «la connaissance ou non par la personne poursuivie pour faits de négationnisme de la décision rendue dans un autre État membre de l'UE fait partie des circonstances de fait qui seront laissées à l'appréciation du tribunal» (102).

(99) Référence in Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Fabtuhs c. Lettonie*, arrêt du 2 décembre 2004, §11.

(100) Voy. B. SMITH, «Soviet Crimes in Spotlight», <http://vip.latnet.lv/LPRA/smith.htm>.

(101) «Rapport fait au nom de la commission de la Justice», par Claude MARINOWER, *Doc. Ch.*, 51^e session, 15 avril 2005, 1284/008, p. 15.

(102) *Ibidem*, p. 16.

Une telle intervention méconnaît le principe selon lequel, en matière pénale, nul n'est censé ignorer la loi : l'ignorance de la loi ne peut, normalement, servir de moyen de défense devant le juge pénal. Faire de la connaissance d'éléments nécessaires à la définition même de l'infraction (la reconnaissance d'un génocide par une juridiction de l'UE) une «circonstance» laissée à l'appréciation du tribunal montre à quel point la référence aux décisions judiciaires des États de l'UE rend la définition de l'infraction de négationnisme vague et imprévisible, en contradiction au principe de légalité.

D'autres questions, non résolues par le texte adopté par la Chambre, se posaient encore. De quelle nature doit être la décision étrangère pour emporter reconnaissance d'un génocide ? Une décision civile suffit-elle, ou doit-il s'agir nécessairement d'une décision pénale ? Le tribunal de grande instance de Paris a, par une décision du 21 juin 1995, condamné sur le plan civil l'historien Bernard Lewis (103). Le tribunal a jugé qu'en affirmant qu'il n'y avait pas de «preuve sérieuse du génocide arménien», l'historien avait «manqué à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance sur un sujet aussi sensible». Un tel jugement, fondé sur la responsabilité civile prévue à l'article 1382 du Code civil, et non sur une responsabilité pénale, serait-il suffisant pour établir une reconnaissance du génocide arménien au sens du projet de loi adopté par la Chambre ? Le recours au juge national — belge ou européen —, qui n'est pas forcément le mieux armé pour se prononcer sur la réalité d'un génocide, suscite donc de nombreuses objections.

4. *Le Parlement belge et le Parlement européen*

Divers amendements proposés au Sénat visaient à étendre le pouvoir de reconnaissance des génocides et des crimes contre l'humanité au Parlement belge et au Parlement européen (104). Cette proposition entendait répondre au souci d'intégrer dans le champ du projet de loi le génocide arménien, qui n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance par un tribunal

(103) T.G.I. Paris, 21 juin 1995, *CDCA et Licra c/ Bernard Lewis, Petites Affiches*, 29 septembre 1995, n° 117, p. 17.

(104) *Voy. Doc. Sénat*, 2004-2005, 7 juin 2005, 3-1135/2.

international, alors qu'il a été admis par des résolutions des deux parlements concernés. Cette solution posait toutefois, à nouveau, de nombreuses difficultés.

Sur le principe, on peut se demander s'il revient à des organes législatifs de se prononcer de manière définitive sur la réalité d'événements historiques, et d'établir des vérités officielles. Le risque est grand de trouver au plan européen ou international des reconnaissances ou des refus de reconnaissances peu homogènes, qui feront douter du fait que tel fait est «clairement établi», au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes a établi que la résolution du Parlement européen du 17 juin 1987 reconnaissant le génocide des Arméniens n'exprimait qu'une opinion politique, sans aucune force obligatoire :

«[U]ne simple lecture de la résolution de 1987 permet de constater que le Parlement y exprime un avis de nature politique sur les événements de 1915-1917, et formule des souhaits adressés au Conseil européen, à la Commission, aux États membres de la Communauté, à de nombreux pays tiers ainsi qu'à l'Organisation des Nations Unies. Le Tribunal n'a donc pas commis d'erreur de qualification en considérant que la résolution de 1987 ne contenait que des déclarations à caractère purement politique et que, de ce fait, elle n'était pas susceptible de produire des effets juridiques obligatoires à l'égard de son auteur ni, a fortiori, à l'égard des autres institutions défenderesses» (105).

Très souvent, la reconnaissance d'un génocide ou son refus de reconnaissance est davantage lié à des considérations politiques qu'à un souci de vérité historique ou de précision juridique. La réaction de la Maison blanche (106), qui a sévèrement critiqué le vote d'une motion par le Comité des relations extérieures du Congrès des États-Unis reconnaissant le génocide subi par les Arméniens en 1915 (107), montre à suffisance le caractère très diplomatique de ce genre de question. En France, on a récem-

(105) CJCE, ordonnance du 29 octobre 2004, *G. Krikorian, S. Krikorian, Euro-Arménie c/ Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, et Commission des Communautés européennes*, §32.

(106) Voy. «Bush urges Congress to reject Armenian genocide resolution», *International Herald Tribune*, 10 octobre 2007, <http://www.iht.com/articles/2007/10/10/europe/10turkey.php>.

(107) H. Res. 106, Affirmation of the United States Record on the Armenian Genocide Resolution, 2007-2008 (110th Congress), votée le 10 octobre 2007, <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=hr110-106>.

ment déposé devant la Parlement de multiples propositions de motions visant à la reconnaissance des «génocides» du Cambodge (1975-1979)(108), des Tziganes (1941-1945)(109), d'Ukraine (1932-1933)(110), ou encore de Vendée (1793-1794)(111). La qualification de génocide est toutefois très généralement contestée dans l'ensemble de ces cas(112).

En particulier, le Parlement belge risquerait rapidement de se retrouver soumis à des pressions émanant de différentes communautés visant à lui faire reconnaître tel génocide ou tel crime contre l'humanité, de façon à incriminer la négation ou la minimisation de ces faits. Au regard des atrocités commises depuis le XX^e siècle, pour s'en tenir là, les sollicitations promettraient d'être fort nombreuses, et tant le Parlement que la diplomatie belges se trouveraient à bref délai dans une situation extrêmement délicate. Tant pour des raisons de principe que pour des considérations pragmatiques, l'option de la définition du champ de l'infraction par référence à la reconnaissance du génocide ou du crime contre l'humanité par une instance législative soulève des difficultés majeures.

Conclusions

Notre analyse montre toute la difficulté à définir le délit de négationnisme par une référence générique à des instances qui ont été amenées ou seront amenées à se prononcer sur la reconnaissance de génocides ou de crimes contre l'humanité, sans qu'il soit possible pour le lecteur de la disposition pénale de définir quels génocides ou crimes contre l'humanité sont préci-

(108) Proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide perpétré à l'encontre du peuple cambodgien par les Khmers rouges de 1975 à 1979, présentée par MM. Serge Mathieu et Jean-Claude CARLE, Sénat, 10 mai 2001, n° 318.

(109) Proposition de loi tendant à la reconnaissance du génocide tzigane pendant la seconde guerre mondiale, présentée par M. Frédéric Dutoit et crts., Assemblée nationale, 15 février 2007, n° 3714.

(110) Proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide ukrainien de 1932-1933, présentée par M. Christian Vanneste, Assemblée nationale, 30 novembre 2006, n° 3474.

(111) Proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide vendéen de 1793-1794, présentée par M. Lionel Luca et crts., Assemblée nationale, 21 février 2007, n° 3754.

(112) Voy. not. M. STEINBERG, «Le génocide, l'Histoire ou un imbroglio juridique», *op. cit.*, pp. 164-167; N. WERTH, «Crimes de masse et politiques génocidaires soviétiques», in B. LEFEBVRE et S. FERHADJIAN, *Comprendre les génocides du XX^e siècle*, Rosny-sous-bois, Editions Bréal, 2007, pp. 94-95; J.-C. MARTIN, *La Vendée et la Révolution. Accepter la mémoire pour écrire l'histoire*, Perrin, collection Tempus, 2007, pp. 72-77.

sément et actuellement visés par l'infraction. Une telle méthode pose en effet problème au regard du principe de légalité du droit pénal, qui suppose que le texte de la loi permette de définir de manière claire et précise le comportement délictueux et les contours de l'infraction. De manière plus générale, le recours à la qualification établie par des instances spécifiques entraîne, dans la logique de l'infraction de négationnisme, l'interdiction pénale de critiquer et de remettre en cause cette qualification, ce qui nous paraît poser une entrave disproportionnée à l'exercice de la liberté d'expression. Ce risque d'atteinte au principe de la liberté d'expression est encore accru en l'absence d'exigence d'élément intentionnel spécifique, comme c'était le cas dans le projet de loi adopté par la Chambre.

b) *L'absence d'exigence d'un élément intentionnel spécifique*

Le projet de loi adopté par la Chambre ne requerrait la démonstration d'aucun élément intentionnel spécifique pour que soit constatée l'infraction de négation ou de minimisation grossière d'un crime de génocide ou d'un crime contre l'humanité reconnus. Il n'avait donc pas été fait usage de l'option, prévue par l'article 6, §2 du Protocole, d'accompagner la définition matérielle de l'infraction de l'exigence d'un élément intentionnel visant l'incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence raciales. Pourtant, comme on l'a souligné, ce critère apparaît en filigrane de toute appréciation de la compatibilité du délit de négationnisme avec le principe de la liberté d'expression, en particulier dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité du Pacte. L'exigence d'un élément intentionnel spécifique est d'autant plus indispensable que l'on vise à étendre le champ de l'infraction de négationnisme. Le négationnisme de la Shoah est un phénomène assez bien identifié, émergeant essentiellement à l'extrême droite et occasionnellement à l'extrême gauche radicale, que l'on peut raisonnablement présumer inspiré par des sentiments antisémites ou par une volonté de réhabilitation du régime nazi (113). Mais lors-

(113) Pour une typologie des groupes négationnistes, voy. M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 176 et s.

que l'on vise des «négationnismes» qui ne sont pas identifiés précisément dans le texte de la loi pénale, on se confronte à des phénomènes mal identifiés et qui risquent d'être très hétérogènes. Ne pas restreindre le champ de l'infraction en se limitant aux propos caractérisés par leur racisme ou le dénigrement de la victime risque de porter atteinte à des discours relevant de l'exercice légitime de la liberté d'expression.

Conclusions

Le projet de loi tel qu'il était discuté au Sénat soulevait de nombreuses objections tant au regard du principe de légalité du droit pénal que de la préservation de la liberté d'expression. Comme on l'a dit, ce projet à été retiré *in extremis* pour faire l'objet de réflexions plus approfondies devant déboucher, le cas échéant, sur un projet remodelé. Mais le contexte a changé depuis, puisque dans l'intervalle est intervenu l'adoption d'une proposition de décision-cadre de l'Union européenne, qui imposera aux Etats membres l'introduction d'une infraction visant le négationnisme, définie en des termes génériques.

3. — *La proposition de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie du 19 juillet 2007*

Lors de sa session des 19 et 20 avril 2007, le Conseil de l'Union européenne (justice et affaires intérieures) parvenait à un accord sur une proposition de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie (114) (ci-après «la proposition de décision-cadre»), mettant ainsi fin à un processus entamé depuis 2001 avec la soumission d'une proposition de décision-cadre de la Commission européenne (115), qui n'avait pu obtenir l'aval du Conseil, en dépit de nombreuses discussions.

La proposition de décision-cadre a fait l'objet d'un texte formel le 19 juillet 2007, qui a été approuvé par le Parlement

(114) Conseil de l'Union européenne, Justice et affaires intérieures, 2794^e session, Luxembourg, 19-20 avril 2007, communiqué de presse, 8364/07 (Presse 77), p. 23.

(115) COM(2001)664, *JOCE*, C 75 E, 26 mars 2002, p. 269.

européen le 29 novembre 2007, moyennant quelques suggestions d'amendements mineurs (116). Ce texte prévoit une disposition visant l'incrimination par les États membres de différentes formes de négationnisme, disposition qui opte également pour la méthode de définition générique et qui comporte de nombreuses incertitudes, dont certaines rejoignent celles relevées à propos des autres textes analysés, en particulier le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité et le projet de loi belge modifiant la loi du 23 mars 1995. L'article 1^{er} de la proposition de décision-cadre énonce :

«1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels ci-après soient punissables :

[...]

c) l'apologie publique, la négation ou la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale, 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 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;

d) l'apologie publique, la négation ou la banalisation grossière 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 un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe.

e) Aux fins du paragraphe 1, les États membres peuvent choisir de ne punir que le comportement qui est soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant.

[...]

2. Tout État membre peut, lors de l'adoption de la présente décision-cadre par le Conseil, faire une déclaration aux termes de laquelle il ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés

(116) Voy. Résolution législative du Parlement européen du 29 novembre 2007 sur la proposition de décision-cadre du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, qui approuve le Rapport du Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, sur la proposition de décision-cadre du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, A6-0444/2007, 14 novembre 2007. La proposition de décision-cadre est en attente d'une décision définitive du Conseil.

au paragraphe 1, points c) et/ou d), que si ces crimes 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 exclusivement par une juridiction internationale».

Le libellé du texte soulève des interrogations concernant la définition des crimes internationaux dont la négation est incriminée (a), la définition des comportements visés (b), et enfin la formulation de l'exigence de l'intention (c). Il faut préciser qu'aucun exposé des motifs n'apporte d'éclaircissements sur ces dispositions, ce qui en rend l'interprétation d'autant plus délicate.

a) *L'incertaine définition des crimes internationaux dont la négation est incriminée*

La proposition traite de manière distincte la négation des crimes commis pendant la seconde guerre mondiale (1) et la négation d'autres crimes internationaux (2), en leur consacrant deux paragraphes séparés. Dans les deux cas, la détermination des crimes visés se révèle problématique.

1. *La négation des crimes commis durant la seconde guerre mondiale*

Concernant les crimes de la seconde guerre mondiale, le texte procède par référence au Statut du Tribunal de Nuremberg, à l'instar de ce qui est fait dans la loi Gayssot. Il renvoie ainsi à l'article 6 du Statut, qui définit les crimes soumis à la juridiction du Tribunal militaire international : crimes contre la paix (a), crimes de guerre (b) et crimes contre l'humanité (c). La difficulté posée par ce procédé réside en ce que l'article 6 du Statut du Tribunal se limite à poser des définitions abstraites des crimes, mais n'établit aucun crime concrètement commis par les membres du régime nazi. C'est dans les jugements du Tribunal de Nuremberg que ces crimes sont décrits et les responsables désignés et condamnés. On a du mal à comprendre dès lors en quoi consiste la négation ou la banalisation grossière de définitions abstraites de crimes. La loi Gayssot, elle, ne se bornait pas à renvoyer à l'article 6 du Statut du Tribunal, mais visait ces crimes tels qu'ils avaient été «commis soit par les membres d'une organisation déclarée cri-

minelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale», ce qui en appréhendait l'application concrète qui en était faite par le Tribunal de Nuremberg ou les tribunaux nationaux.

Par ailleurs, il faut souligner que, par rapport à des législations existantes telles la loi belge du 23 mars 1995 ou la loi Gaysot, la proposition de décision-cadre inclut dans le champ de l'infraction définie à l'article 1^{er} la négation des crimes contre la paix et des crimes de guerre, outre celle des crimes contre l'humanité. Cela implique une dissolution complète de la spécificité de la négation ou de la minimalisation de la Shoah.

2. La négation d'autres crimes internationaux

La détermination des autres crimes internationaux dont la négation est incriminée pose le même type de difficultés que celle relative aux crimes commis durant la seconde guerre mondiale. Le texte de la proposition désigne la négation ou la banalisation grossière «des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale». A nouveau, sont visées des définitions abstraites de crimes, sans que l'on sache à quelles applications concrètes l'on entend se référer. Il faut également relever que le champ de l'infraction est très large puisqu'il recouvre tant les génocides que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Plus loin, le texte précise : «... 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...». Il n'est pas aisé de savoir à quel élément se rapporte cette portion de phrase. Est-ce l'apologie, la négation ou la banalisation grossière qui doivent viser un «groupe de personnes...» ou sont-ce les crimes, objet de l'apologie, de la négation ou de la banalisation, qui doivent avoir visé tel «groupe de personnes...»? Dans le premier cas, le discours incriminé devrait, tout en niant ou banalisant des crimes énoncés à l'article 1^{er}, mettre directement en cause une communauté, ce qui serait une manière — peu explicite — d'intégrer une certaine exigence d'intention raciste ou xénophobe dans la défi-

nition de l'infraction. Dans le second cas, seule serait concernée par l'infraction la négation de crimes ayant été commis à l'encontre d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, nationale, ethnique,... Le considérant 10 de la proposition semble accréditer cette deuxième interprétation, en énonçant :

«La présente décision-cadre n'empêche pas un État membre d'adopter des dispositions de droit interne étendant le champ d'application de l'article 1^{er}, paragraphe 1, points c) et d), *aux crimes visant un groupe de personnes défini par des critères autres que la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, tels que le statut social ou les convictions politiques*» (117).

Conçus comme venant qualifier les crimes visés dans le champ de l'infraction, les termes «visant un groupe...» ne font qu'ajouter à la confusion. Ce qualificatif va de soi s'agissant du crime de génocide ou de certains crimes contre l'humanité (la persécution et le crime d'apartheid (118)), dont il est une composante consubstantielle, mais il n'est pas forcément présent dans le cas d'autres crimes contre l'humanité et dans celui des crimes de guerre. Quelle logique y a-t-il dès lors à désigner dans le champ de l'infraction certains crimes dont l'intention raciste ou xénophobe n'est pas un élément constitutif (la plupart des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre) pour ensuite restreindre ce champ aux crimes motivés par une telle intention? Comment déterminer que des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre ont bien été commis en visant un groupe défini par certains critères, lorsque un tel élément n'a pas à être établi pour constater ce genre d'infractions?

Le paragraphe 2 de l'article 1^{er} permet de préciser le mode de détermination des situations visées, en donnant la possibilité à chaque État membre de prévoir qu'il «ne rendra punissable la négation ou la banalisation grossière des crimes visés que si ces crimes 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 exclusivement par une juridiction internationale». La

(117) Nous soulignons.

(118) Statut de la Cour pénale internationale, article 7, h) et j).

proposition de décision-cadre reprend ici le critère de la reconnaissance par une juridiction nationale ou internationale, dont nous avons fait la critique par ailleurs. Cette disposition signifie *a contrario* que les Etats peuvent rendre punissable la négation de crimes en l'absence d'établissement de ceux-ci par une décision judiciaire, ce qui laisse entièrement sans réponse le critère de reconnaissance. Or, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a souligné à plusieurs reprises, seule la négation «des faits historiques clairement établis» peut être soustraite à l'exercice de la liberté d'expression. Dans cette mesure, le flou du texte de la proposition de décision-cadre soulève de graves problèmes au regard de la préservation de la liberté d'expression.

b) *Une définition imprécise des comportements visés*

L'infraction énoncée à l'article 1^{er}, §1^{er}, c) ou d) consiste en «l'apologie publique, la négation ou la banalisation grossière» des crimes énumérés. On remarquera tout d'abord que l'adjectif «publique» n'est mentionné que pour l'apologie, mais non pour la négation ou la banalisation. Cela signifie-t-il que la négation et la banalisation sont réprimées même si elles ne sont pas exprimées publiquement? La question reste sans réponse, même si une telle répression irait à l'encontre des principes généralement admis en la matière. Par ailleurs, le négationnisme est visé tant par la négation que par la «banalisation grossière». Ces derniers termes nous paraissent plus larges que ceux de «minimisation grossière» que l'on trouve repris dans la loi du 23 mars 1995. Ceux-ci visent un discours portant directement sur les éléments constitutifs de l'historicité du génocide, qui ne sont pas niés purement et simplement mais minorés très fortement (nombre de morts, moyens d'extermination,...). L'expression «banalisation grossière» nous semble susceptible de couvrir des hypothèses plus larges, et viser des discours ayant simplement pour effet de rendre plus communs, plus ordinaires (119) des crimes graves. Dans cette mesure, les comparaisons indues avec des événements ayant donné lieu à la commission de crimes de génoc-

(119) Voy. *Petit Robert*, édition 2007, v^o banalisation.

cide ou de crimes contre l'humanité seraient susceptibles d'entrer dans le champ de l'infraction, pour autant que leur caractère «grossier» soit établi.

c) *Le flou entourant l'exigence d'une intention spécifique*

Le texte de la proposition de décision-cadre n'incrimine le fait matériel énoncé que «lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe». Il s'agit là moins de l'exigence d'une intention subjective dans le chef de l'auteur de l'acte que celle d'une évaluation des effets objectifs du comportement, quelle que soit en définitive l'intention ayant pu animer son auteur (120). En outre, le texte ne requiert que l'existence d'un *risque* d'incitation à la violence ou à la haine, et non une incitation avérée. Par ailleurs, l'article 1^{er}, e) permet aux États membres de «choisir de ne punir que le comportement qui est soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant». *A contrario*, cela implique qu'à défaut d'un tel choix, il faut considérer que le comportement est incriminé même sans risque de trouble à l'ordre public et en l'absence de tout caractère menaçant, injurieux ou insultant. Un discours authentiquement scientifique mais qui, provocateur ou mal compris, risque d'inciter à la haine religieuse, est donc susceptible d'entrer dans le champ de l'infraction de négationnisme telle que définie par la proposition de décision-cadre. En n'exprimant pas clairement une exigence d'intention raciste ou xénophobe dans le chef de l'auteur du comportement, le texte de la proposition maintient un certain flou autour des conditions de l'infraction, qui ne sera établie qu'au terme d'une appréciation par le juge du risque qu'est susceptible d'engendrer le discours litigieux.

(120) Ce procédé pourrait avoir cet effet paradoxal qu'un discours négationniste manifestement inspiré par le racisme pourrait ne pas être punissable à défaut pour lui de présenter, en raison du contexte de son émission et de sa diffusion, un risque d'incitation à la violence ou la haine raciales.

Conclusions

La proposition de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne s'avère poser de nombreux problèmes en raison du manque de clarté de la définition de plusieurs éléments constitutifs de l'infraction de négationnisme. En particulier, les critères permettant de déterminer les « faits clairement établis » qui ne sont pas susceptibles de négation font particulièrement défaut. En outre, le champ extrêmement vaste de l'infraction, qui englobe outre les génocides l'ensemble des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, risque d'empêcher la production de discours critiques sur des événements, passés ou à venir, qui ont donné ou donneront lieu à la commission de crimes internationaux. Comme on l'a déjà indiqué, la simple critique d'une décision judiciaire ayant retenu telle qualification d'un crime international est, en soi, une « négation d'un crime défini au Statut de la Cour pénale internationale ». Les incertitudes entourant le contenu de l'infraction risquent de produire ainsi un effet dissuasif à l'encontre de discours parfaitement légitimes. En dernier ressort, c'est aux Etats membres qu'il appartiendra d'interpréter la décision-cadre lors de sa transposition dans leur législation nationale. Force est de constater que le texte de la proposition n'offre pas les garanties à même de prémunir contre l'adoption de lois risquant d'aboutir à une application incompatible avec le principe de la liberté d'expression, dont le souci de préservation est pourtant exprimé au considérant 15 de la proposition de décision-cadre.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Dans notre analyse des textes envisageant l'extension de l'infraction de négationnisme, initialement réservée au cas de la négation de la Shoah, nous avons montré que la méthode consistant à définir les cas visés en recourant à des critères génériques soulève de nombreuses interrogations concernant leur compatibilité avec le droit à la liberté d'expression. Cette technique a pour effet d'inclure dans le champ de l'infraction, outre des situations déterminées (parce qu'elles ont déjà fait l'objet d'une reconnaissance au moment de l'adoption du

texte), des situations à venir non encore identifiées. De cette manière, le législateur renonce totalement à conférer un caractère « ciblé » à l'infraction de négationnisme et à examiner si, au regard de l'événement historique concerné, un « besoin social impérieux » se fait ressentir en faveur d'une incrimination, autant de conditions posées par la jurisprudence à la compatibilité des lois pénalisant le négationnisme avec le respect de la liberté d'expression. A cet égard, les auteurs admettent que les négationnismes visant des événements différents, comme la Shoah, le génocide des Tutsis ou les massacres des Arméniens, peuvent constituer des phénomènes différents (121), tous n'étant pas nécessairement inspirés par le racisme ou la volonté de réhabiliter un régime criminel. Le négationnisme turc, par exemple, est un négationnisme d'Etat (122), motivé davantage par un sentiment nationaliste et patriotique que par un racisme anti-arménien (123). Il peut donc s'imposer d'apporter aux diverses catégories de négationnismes des réponses différentes, et le législateur devrait examiner chaque cas de manière spécifique (124). Cela étant, la voie qui consisterait à élargir le champ de l'infraction de négationnisme en nommant les événements dont la contestation est interdite soulève également des difficultés (125), même si nous n'avons pas eu l'espace pour les aborder ici.

Les textes que nous avons étudiés révèlent également le caractère problématique de la technique consistant, pour définir les événements concernés, à renvoyer à des qualifications juridiques (crime de génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre). D'une part, cette situation implique que la simple

(121) Voy. Y. TERNON, «La négation du génocide : une approche comparative», in B. LEFEBVRE et S. FERHADJIAN (sous la direction de), *Comprendre les génocides du XX^e siècle*, Rosny-sous-bois, Editions Bréal, 2007, pp. 154 et s.; du même auteur, «Négationnismes : règles générales et cas particuliers», in K. BOUSTANY et D. DORMOY, *op. cit.*, pp. 143 et s.

(122) Voy. J.-B. RACINE, *Le génocide des Arméniens. Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 2006, p. 128; M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 298-299, Y. TERNON, *op. cit.*, p. 162.

(123) Voy. P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 591.

(124) Voy. l'intervention d'Henri Leclerc dans la table ronde «Perspectives : Faut-il étendre le champ d'application de la loi à la contestation d'autres génocides?», in *La lutte contre le négationnisme*, Paris, La Documentation française, 2003, pp. 98-99.

(125) Le choix des événements à intégrer — et à exclure — dans une liste les rendant «incontestables» serait très délicat. Voy. P. LAGROU, *op. cit.*, p. 16; «Perspectives : Faut-il étendre le champ d'application de la loi à la contestation d'autres génocides?», Table ronde reproduite in *La lutte contre le négationnisme*, *op. cit.*, pp. 89 et s.

contestation du bien-fondé juridique de la qualification, opérée par exemple par une juridiction, est susceptible de tomber dans le champ de l'infraction de négationnisme. Or, même pour s'en tenir au génocide, on ne peut que constater qu'il existe en doctrine de nombreuses divergences sur l'interprétation à donner à ses différents éléments constitutifs (126). D'autre part, cette méthode impose une lecture strictement juridique des événements visés, alors que de nombreux chercheurs en sciences sociales estiment que les définitions juridiques, comme celle de génocide, sont inopérantes pour les besoins de l'analyse dans leur discipline (127).

Enfin, nous avons souligné le caractère à la fois flou et très large des incriminations proposées dans les textes élargissant la pénalisation du négationnisme. On y inclut parfois jusqu'aux crimes de guerre, et le caractère incontestable des crimes ne tient qu'à une reconnaissance judiciaire ou même politique. En l'absence d'exigence claire d'une intention spécifique, l'hypothèse que d'«authentiques» historiens et chercheurs fassent l'objet de poursuites judiciaires pour leurs travaux ou leurs opinions n'est pas à exclure, preuve en est les actions menées notamment contre Bernard Lewis (action qui a abouti à une condamnation civile (128)) pour avoir rejeté la qualification de génocide aux massacres des Arméniens de 1915 (129), ou plus récemment contre Olivier Pétré-Grenouilleau (action finalement abandonnée) pour son ouvrage sur les traites négrières (130). En ce domaine, des lois aux con-

(126) Voy. A.-M. LA ROSA et S. VILLALPANDO, «Le crime de génocide revisité : nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime», in K. BOUSTANY et D. DORMOY, *op. cit.*, pp. 53 et s.; W.A. SHABAS, «L'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du génocide», in K. BOUSTANY et D. DORMOY, *op. cit.*, pp. 111 et s.

(127) Voy. M. STEINBERG, «Le génocide, l'Histoire ou un imbroglio juridique», *op. cit.*, pp. 162-163; J. SEMELIN, *Purifier et détruire. Usages politique des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005, pp. 365 et s.; B. BRUNETEAU, «Génocide : origines, usages et enjeux d'un concept», in B. LEFEBVRE et S. FERHADJIAN, *Comprendre les génocides du XX^e siècle*, Rosny-sous-bois, Editions Bréal, 2007, pp. 22 et s.; J.-M. CHAUMONT, «Génocide et Ethnocide», in K. BOUSTANY et D. DORMOY, *op. cit.*, pp. 251 et s.

(128) T.G.I. Paris, 21 juin 1995, *CDCA et Licra c/ Bernard Lewis*, précité.

(129) Voy. M. REBERIOUX, «Les Arméniens, le juge et l'histoire», *L'Histoire*, n° 192, octobre 1995; J.-B. RACINE, *Le génocide des Arméniens. Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 130-134; M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 394-395.

(130) Voy. «Laissons les historiens faire leur métier!», entretien avec Françoise CHANDERNAGOR, *L'Histoire*, n° 306, février 2006, <http://www.histoire.presse.fr/>; «Retrait de la plainte contre un historien de l'esclavage», *Le Monde*, 4 février 2006.

tours évasifs risquent de produire un effet dissuasif, dommageable pour la libre production de débats et de recherches portant sur les événements ayant donné lieu à des crimes de masse.