

« Les ambivalences du rôle du juge pénal belge et français dans la répression du négationnisme : réflexions à partir de l'affaire Assabyle », in Julie Allard, Olivier Corten, Martyna Falkowska, Patricia Naftali et Vincent Lefebvre (dir.), *La vérité en procès. Les juges et la vérité politique*, LGDJ (coll. Droit et société, n°30), 2014, pp. 143-165.

## CHAPITRE 6

### Les ambivalences du rôle du juge pénal belge et français dans la répression du négationnisme : réflexions à partir de l'affaire Assabyle

François DUBUISSON

L'affaire *Assabyle* a été portée devant les tribunaux belges en application de 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<sup>1</sup>. Dans cette affaire, les deux responsables d'un site web étaient poursuivis notamment pour « avoir diffusé sur le site [www.assabyle.com](http://www.assabyle.com) un document vidéo intitulé NAZ 14 'nazisme et sionisme ne font qu'un', établissant une assimilation d'un ministre israélien et donc du gouvernement israélien à Adolf Hitler et aux atrocités que son régime a commis durant la seconde guerre mondiale ». Le ministère public et les parties civiles considéraient que cette vidéo était constitutive d'une incitation à la haine raciale et d'une infraction à la loi belge du 23 mars 1995 réprimant le négationnisme. Selon la description qu'en a faite le tribunal, la vidéo concernée mettait « en parallèle des images d'un discours de l'ancien ministre israélien des affaires étrangères, David Levi, avec celles d'un discours d'Adolf Hitler », images accompagnées du slogan « *même racisme, même criminalité, même histoire* » et « entrecoupées d'images de la seconde guerre mondiale montrant des attaques ainsi que des enfants mutilés ». La vidéo se poursuivait en faisant apparaître « la Croix de David avant de se terminer par un tourbillon de quatre images insérées dans la croix gammée ».

Cette affaire soulevait ainsi la question de savoir si des comparaisons indues avec le nazisme tombaient sous la qualification de « minimisation grossière » de la Shoah et donc sous le coup de la loi du 23 mars 1995. En première instance, le tribunal

1. 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.

correctionnel de Bruxelles a considéré que le contenu de la vidéo entrainé dans le cadre de l'infraction de négationnisme telle qu'elle est prévue par la loi belge :

« 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 (cf. 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 ;

[...]

Que les prévenus qui déclarent que 'comparer les crimes de l'armée israélienne à ceux des nazis, ce n'est pas justifier les chambres à gaz, mais affirmer que les deux sont inacceptables' (leurs conclusions p. 22), auraient, puisqu'ils étaient responsables de l'insertion des textes et vidéos sur le site Assabyle.com, dû prendre l'élémentaire précaution d'indiquer l'objectif qu'ils poursuivaient plutôt que de se contenter d'insérer sans plus la vidéo ;

Que face à l'amalgame constitué par la réunion de ces images, avec une référence explicite à la communauté juive, liée à l'apparition de la Croix de David, loin de s'en prendre uniquement au gouvernement israélien dont faisait partie le Ministre David Lévi, les prévenus ont contrevenu aux dispositions de la loi du 23 mars 1995 sur le négationnisme<sup>2</sup>. »

En appel, la Cour allait retenir une interprétation inverse, estimant que comparer la politique du gouvernement israélien au nazisme ne relevait pas des dispositions relatives au négationnisme :

« Par ailleurs, l'analyse de la vidéo incriminée et du dossier pénal révèle qu'en mettant en parallèle des images du ministre israélien Lévi et d'Adolphe Hitler et en comparant les actions du régime nazi et celles du gouvernement israélien durant la guerre du Liban de 1982, les prévenus n'avaient nullement pour intention de nier, minimiser, justifier ou approuver le génocide commis par le régime national-socialiste allemand durant la deuxième guerre mondiale mais bien au contraire d'en rappeler l'horreur et de souligner de la sorte, par une comparaison, qui peut paraître choquante, celle qu'ils reprochaient au gouvernement israélien durant son offensive au Liban<sup>3</sup>. »

À travers cette affaire, et les décisions contradictoires auxquelles elle a donné lieu, se révèle le caractère central du rôle du juge dans l'application de la

2. Corr. Bruxelles, M.P. et Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et autres / A. ET G., *JLMB*, 2007, p. 591. Voir notre analyse critique de cette décision, F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression? », *Revue de Droit de l'ULB*, vol. 35, 2007, p. 146.

3. Cour d'appel de Bruxelles, M.P. et Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et autres / A. ET G., 23 janvier 2009, *RDTI*, 2009, p. 105.

législation réprimant le négationnisme<sup>4</sup>. Le juge se trouve, dans la logique induite par les lois anti-négationnistes, érigé en gardien d'une « vérité » sur l'histoire, consacrée de manière législative par le pouvoir politique, ce qui pose de manière aiguë la question des relations entre vérité historique et vérité judiciaire<sup>5</sup>. Toutefois, le rôle reconnu au juge apparaît conçu de manière très ambiguë voire incohérente par le législateur. Avec le choix d'une pénalisation spécifique du négationnisme de la Shoah, le juge pénal s'est vu attribuer un rôle actif dans la lutte contre les discours remettant en cause la réalité du génocide des Juifs, et donc dans la préservation d'une « vérité politique » (I). Mais, de manière assez ambiguë, le législateur a dans le même temps entendu drastiquement réduire le pouvoir d'appréciation du juge en tentant de définir de la manière la plus précise et objective possible le délit de négationnisme, afin d'écartier la prise en compte de l'intention des auteurs de discours négationnistes et toute discussion relative aux faits historiques concernés (II). Comme l'illustre un cas comme celui de l'affaire *Assabyle*, cette conception du rôle limité du juge s'est rapidement avérée être un leurre, la jurisprudence révélant la nécessité d'une large marge d'appréciation dans son chef, compte tenu des imprécisions de la loi et de la nécessité d'établir un équilibre satisfaisant avec le principe de la liberté d'expression (III). Enfin, les perspectives d'élargissement de la législation incriminant le négationnisme à d'autres génocides et crimes internationaux que la Shoah posent à nouveau la question de la place à donner au juge dans la définition même et l'application de l'infraction (IV). Dans notre analyse, nous nous référerons plus spécialement à la législation belge déjà évoquée, ainsi qu'au contexte juridique français, incarné par la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe<sup>6</sup> (dite « loi Gayssot »), qui a servi de modèle au législateur belge. Nous replaçons également les problématiques soulevées par ces législations dans le cadre juridique européen, tel qu'il est établi par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

4. Voir E. FRONZA, « The Criminal Protection of Memory: Some Observations about the Offense of Holocaust Denial », dans L. HENNEBEL & T. HOCHMANN (ed.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, 2011, p. 167 et s.

5. Voir notamment J.-P. NANDRIN, « Politique, mémoire et histoire : trio infernal », *Politique*, n° 47, décembre 2006, p. 12-14 ; M. REBERIOUX, « Le Génocide, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n° 138, novembre 1990, p. 92-94, disponible sur <[http://archiv.jura.unisaarland.de/france/Law-France/mr\\_h138.htm](http://archiv.jura.unisaarland.de/france/Law-France/mr_h138.htm)> ; P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, La Découverte, Paris, 2005, p. 206 ; G. MANCERON, « La loi, régulateur ou acteur des guerres de mémoires », dans P. BLANCHARD et I. VEYRAT-MASSON (dir.), *Les Guerres de mémoires. La France et son histoire*, La Découverte, Paris, 2008, p. 214 et s. ; K. BERTRAMS et P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'Histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression? », *Revue de Droit de l'ULB*, n° 35, 2007/1, p. 75 et s. ; D. FRASER, « Law's Holocaust Denial : State, Memory, Legality », dans L. HENNEBEL & T. HOCHMANN (ed.), *op. cit.*, p. 3 et s.

6. Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *JORF* n° 162 du 14 juillet 1990, p. 8333.

## I. La volonté du législateur de promouvoir l'intervention du juge pénal pour appréhender le phénomène du négationnisme

L'adoption de 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 traduit la volonté du législateur belge d'attribuer au phénomène du négationnisme de la Shoah une qualification spécifique<sup>7</sup> et de mobiliser le juge pénal pour y répondre<sup>8</sup>. Cette adoption a entendu réagir à la situation qui prévalait auparavant dans laquelle le juge ne pouvait appréhender le négationnisme que par le biais d'incriminations génériques, en particulier celle d'incitation à la haine raciale prévue par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie<sup>9</sup> (dite « loi Moureaux »), ce qui le confrontait à la démonstration de l'existence d'une intention raciste dans le chef de l'auteur du discours négationniste<sup>10</sup>. La loi Moureaux a donc été perçue par les parlementaires comme étant de portée trop générale pour constituer une réponse adéquate aux discours négationnistes se prévalant des apparences d'un discours « scientifique »<sup>11</sup>. Dans le même temps, le législateur de 1995 a choisi de ne pas activer le juge pénal pour réprimer des discours négationnistes visant d'autres événements que la Shoah, par souci de cibler de manière étroite l'objet de la loi et en l'absence de nécessité immédiate concernant d'autres événements comme le génocide des Arméniens<sup>12</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'objet de loi a été limité à la négation du génocide commis pendant la seconde guerre mondiale<sup>13</sup>, excluant de son champ la contestation des persécutions commises par les nazis entre 1933 et le début de la guerre<sup>14</sup>.

L'adoption de la loi du 23 mars 1995 marque donc une volonté d'activer le juge pénal dans la lutte contre les discours remettant en cause la réalité du génocide des Juifs, tout en donnant à la loi un objet le plus étroit et précis possible. Le même constat peut être fait pour d'autres législations européennes pénalisant la négation

7. Voir Rapport de M. LANDUYT, 27 janvier 1995, *Doc. Ch.*, s.o. 1991-1992, 557/5, p. 17.
8. Voir Rapport de M. LANDUYT, 27 janvier 1995, *Doc. Ch.*, s.o. 1991-1992, 557/5, p. 2.
9. *Moniteur belge*, 8 août 1981.
10. Pour une analyse du contexte politique de l'adoption de la loi du 23 mars 1995, voir G. GRANDJEAN, « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *Droit & Société*, 2011, p. 137 et s.
11. Rapport de M. LANDUYT, 27 janvier 1995, *Doc. Ch.*, s.o. 1991-1992, 557/5, p. 17.
12. Voir les débats reproduits dans 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 et s.
13. Voir B. BLERO, « La répression légale du révisionnisme », *JT*, 1996, p. 334.
14. Les amendements visant 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 ont été rejetés (Proposition de M. MAYEUR, Rapport de M. LANDUYT, *op. cit.*, p. 22-23), et ce afin de rester « précis » (Rapport de M. LANDUYT, *op. cit.*, p. 22).

de la Shoah, comme en France la loi Gayssot<sup>15</sup>. L'objectif est d'attribuer au juge le rôle d'isoler symboliquement, au sein du discours de haine, le discours négationniste en le qualifiant comme tel au regard d'un dispositif normatif spécifique<sup>16</sup>. Mais, comme on va le voir, le législateur a dans le même temps entendu restreindre le pouvoir d'appréciation du juge, qui devrait se limiter à constater objectivement l'existence d'un discours contestant la réalité de la Shoah.

## II. La volonté de limitation du pouvoir d'appréciation du juge pénal dans l'application de la loi du 23 mars 1995

La volonté du législateur d'investir le juge pénal de la mission de réprimer le discours négationniste s'est doublée paradoxalement du souci de limiter son pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de la loi. Ainsi, la loi est formulée de telle manière que le juge n'a en principe pas à se prononcer sur l'existence d'une intention raciste dans le chef de l'auteur du discours litigieux ni à discuter des événements dont la réalité est contestée ou minimisée. Selon les parlementaires, il s'agissait d'éviter les difficultés que poserait l'appréhension du négationnisme par le seul prisme de la législation antiraciste<sup>17</sup>, qui implique que soit démontrée une intention spécifique d'incitation à la haine. La loi a dès lors pour objectif de permettre de sanctionner plus aisément ceux qui se retranchent derrière une pseudo-science, sans parler explicitement des Juifs en termes antisémites<sup>18</sup>. Pour ce faire, il a été considéré comme indispensable que l'incrimination soit établie de la manière la plus précise et ciblée possible<sup>19</sup>. Les comportements prohibés par la loi du 23 mars 1995 ont été dès lors définis comme étant ceux qui consistent à « nier, minimiser grossièrement, chercher à justifier ou approuver le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre

15. Voir notamment F. ASENSI, « Contexte d'élaboration de la loi du 13 juillet 1990 », dans *La lutte contre le négationnisme*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 45 et s. ; R. A. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, Palgrave Mc Millan, New York, 2004, p. 101 et s. ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, Dalloz, Paris, 2006, p. 49-50.
16. Sur la dimension « symbolique » conférée à la 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, voir l'intervention de Mme STENGERS, Rapport de M. LANDUYT, *op. cit.*, p. 10.
17. Pour un cas d'application de la loi Moureaux au discours négationniste, avant l'adoption de la loi du 23 mars 1995, voir 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>>.
18. En première instance, Corr. Bruxelles, 11 avril 1991, *Maurice S., Comité de coordination des organisations juives de Belgique et MRAX c/ Olivier Mathieu, RTDH*, 1992, p. 415. Pour un cas de condamnation concurrente pour négationnisme et incitation à la haine raciale, voir 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>>.
19. Rapport de M. LANDUYT, 27 janvier 1995, *Doc. Ch.*, s.o. 1991-1992, 557/5, p. 11.
19. Voir notamment les interventions de M. LANDUYT, de M. GRINGBERGHS, de M. DUQUESNE et de M. MAYEUR, p. 18, 19, 20 et 22.

mondiale ». Elle concerne des « faits qui sont incontestables » et « qui ont été jugés comme tels par une juridiction internationale »<sup>20</sup>. L'analyse du juge devrait ainsi se limiter à une appréciation objective d'un discours relatif à la réalité du génocide, sans qu'il lui incombe « de porter un jugement sur l'Histoire »<sup>21</sup> ni de sonder les intentions ou les objectifs de l'auteur du discours. Dans cette mesure, l'expression d'« affirmations qui sont contraires à l'évidence » seront présumées être faites « uniquement afin de magnifier des idées racistes »<sup>22</sup>. Le rôle du juge est donc limité à la constatation objective du caractère négationniste du discours, de laquelle une présomption d'antisémitisme sera induite<sup>23</sup>. À cette fin, il devra malgré tout exercer un certain pouvoir d'appréciation, afin de distinguer le travail historique véritable, mené de bonne foi, susceptible d'aboutir à une révision de l'histoire de la Shoah, et le discours pseudo-scientifique masquant un racisme insidieux. Ce sont les termes de la loi « minimise grossièrement » qui invitent le juge à différencier ces deux types de démarches<sup>24</sup>, en permettant « de ne pas viser le véritable travail scientifique qui reste dans le cadre de la liberté d'opinion pour ne retenir que les thèses révisionnistes »<sup>25</sup>.

La limitation du rôle du juge a également été l'un des objectifs poursuivis par l'adoption de la loi Gayssot<sup>26</sup>. Dans l'affaire *Faurisson* portée devant le Comité des droits de l'homme, la France expliquait de la manière suivante la tâche conférée au juge dans la mise en œuvre de la loi :

« L'État partie fait observer en outre que pour éviter que l'expression d'une opinion ne devienne un délit dans ce contexte (délict d'opinion), le législateur a déterminé avec précision l'élément matériel de cette infraction en visant seulement la contestation, par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, d'un ou de plusieurs des crimes contre l'humanité au sens de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international. La mission du magistrat saisi de faits susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la nouvelle loi ne consiste pas à trancher dans un débat académique ou historique, mais consiste à vérifier si les écrits ou propos litigieux contestent l'existence de crimes contre l'humanité reconnus par des juridictions internationales<sup>27</sup>. »

20. Rapport de M. LANDUYT, 27 janvier 1995, *Doc. Ch.*, s.o. 1991-1992, 557/5, p. 8.

21. *Ibid.*, p. 19.

22. *Ibidem*, p. 3.

23. Voir T. HOCHMANN, « The Denier's Intent », dans L. HENNEBEL & T. HOCHMANN (ed.), *op. cit.*, p. 300 et s.

24. Rapport de M. LANDUYT, 27 janvier 1995, *Doc. Ch.*, s.o. 1991-1992, 557/5, p. 21.

25. *Ibid.*, p. 22.

26. Concernant le rôle du juge tel que conçu dans la mise en œuvre de la loi française incriminant la contestation de la Shoah (dite « loi Gayssot »), voir M. IMBLEAU, *La négation du génocide nazi, liberté d'expression ou crime raciste? Le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 243-245.

27. Comité des droits de l'homme, 16 décembre 1996, *Robert Faurisson c. France*, Communication N° 550, 1993, CCPR/C/58/D/550/1993, § 4.2, souligné dans l'original.

En résumé, tant dans la législation belge que française, le rôle du juge est supposé se limiter à identifier le caractère négationniste d'un discours, ce qui devrait s'avérer assez aisé, compte tenu de la précision des termes de la loi. Il devrait dès lors ignorer les intentions des auteurs du discours et les débats sur les faits historiques concernés, pour se concentrer sur le simple constat matériel d'un déni factuel. Une telle conception s'est en réalité révélée trop théorique et difficilement praticable, et la mise en œuvre de la loi a montré que seul un large pouvoir d'appréciation du juge permet de faire une application de la loi conforme au respect du principe de la liberté d'expression.

### III. L'exercice d'un large pouvoir d'appréciation dans le chef du juge, compte tenu des imprécisions de la loi et de la nécessité d'établir un équilibre satisfaisant avec le principe de la liberté d'expression

Une lecture critique des travaux parlementaires permettait de se rendre compte des contradictions énoncées relativement à la limitation du pouvoir d'appréciation du juge : ce dernier n'a pas à prouver les intentions racistes ni à examiner les faits historiques concernés mais il doit établir la différence entre une révision de l'histoire de la Shoah faite de manière « scientifique » et de bonne foi et une « minimisation grossière » pseudo-scientifique, de cette histoire.

Comme l'illustre l'affaire *Assabyle* exposée en introduction, la soumission de la loi à l'épreuve des faits allait montrer le caractère illusoire de la restriction de la marge d'appréciation du juge, dès lors que l'objet de la loi était bien moins précis que ce que les parlementaires avaient pu estimer<sup>28</sup> et que l'équilibre avec la préservation de la liberté d'expression doit s'évaluer au regard des circonstances propres à chaque cas.

L'importance du pouvoir d'appréciation du juge a été, dans un premier temps, soulignée par la Cour d'arbitrage belge<sup>29</sup>, saisie d'un recours en annulation de la loi :

« 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

28. Sur les contours imprécis de l'incrimination prévue par la loi du 23 mars 1995, voir F. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 139-151.

29. La Cour d'arbitrage, devenue depuis 2007 la Cour constitutionnelle, a pour compétence de statuer sur la violation, par une norme ayant force de loi, des droits et libertés fondamentaux garantis par certaines dispositions de la Constitution (<<http://www.const-court.be/>>).

expériences en Belgique et à 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.

[...]

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<sup>30</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage invite le juge à user pleinement de son pouvoir d'appréciation pour vérifier l'existence ou l'absence de volonté de réhabilitation de l'idéologie nazie ou d'offense des victimes, ou pour évaluer les mérites scientifiques d'écrits portant sur la Shoah. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>31</sup> ou du Comité des droits de l'homme<sup>32</sup> est également fixée dans le sens de faire de la dimension raciste et antisémite du discours négationniste le fondement légitime de la limitation à la liberté d'expression, ce qui implique que la présence de cette dimension soit vérifiée dans chaque cas par le juge. Pour justifier le fait que l'application de la loi du 23 mars 1995 ne donnera pas lieu à des atteintes à la liberté d'expression, la Cour d'arbitrage libère donc le pouvoir d'appréciation du juge, contrairement à l'intention exprimée par les parlementaires.

La mise en œuvre concrète de la loi a montré que les situations auxquelles est confronté le juge se révèlent fréquemment plus complexes et délicates que ce qu'avaient imaginé les parlementaires, dans une conception dichotomique distinguant discours scientifique et discours négationniste. D'une part, le fait de déterminer si certains propos emportent effectivement une remise en cause de la réalité d'éléments essentiels de l'historicité du génocide des Juifs apparaît très souvent difficile (A). D'autre part, le plus souvent sous l'impulsion d'organismes et d'associations agissant dans une optique militante, le juge s'est vu saisi, au titre de l'application de la loi du 23 mars 1995, de faits apparemment assez étrangers à ceux qui avaient été envisagés par le législateur (B).

### A. La difficulté d'établir la portée négationniste de certains discours

Dans l'affaire *Assabyle*, la question posée était de savoir si le fait de comparer la politique du gouvernement israélien à celle des nazis avait à proprement parler une portée négationniste concernant la réalité de la Shoah. L'examen d'autres affaires vient confirmer la difficulté de la détermination du caractère véritablement négationniste de discours relatifs à certains faits liés à l'histoire

30. CA, 12 juillet 1996, précité, § B.7.10 et B.7.11.

31. CEDH, décision du 24 juin 2003, affaire *Garaudy c/ France*.

32. Comité des droits de l'homme, 16 décembre 1996, *Robert Faurisson c. France*, Communication NO 550/1993, CCRP/C/58/D/550/1993.

de la seconde guerre mondiale, et ainsi la nécessité d'un large pouvoir d'appréciation du juge<sup>33</sup>.

Un premier cas, qui n'a pas donné lieu à une décision judiciaire sur le fond, est l'affaire ayant opposé Bart De Wever, homme politique bien connu en Belgique pour son combat en faveur de l'indépendance de la Flandre, à l'écrivain Pierre Mertens. Ce dernier avait, dans une tribune parue en décembre 2007 dans le journal *Le Monde* consacrée à l'avenir de la Belgique, qualifié le président de la N-VA de « leader résolument négationniste »<sup>34</sup>, sans expliciter autrement son appréciation. Cet article faisait suite à une polémique engendrée par des propos tenus par Bart De Wever, commentant les excuses faites à la communauté juive par le bourgmestre d'Anvers, Patrick Janssens, pour la collaboration de la police anversoise à la déportation de 1 200 Juifs pendant la seconde guerre mondiale. Le président de la N-VA, avait qualifié ces excuses de « gratuites » en expliquant qu'elles avaient été « prononcées par opportunisme » et en ajoutant :

« Anvers n'a pas organisé la déportation des Juifs, elle fut la victime de l'occupation nazie. Les responsables anversoises devaient prendre des décisions. Les attaquer ne me paraît pas très courageux<sup>35</sup>. »

Ce commentaire suscita de nombreuses protestations dont certaines accusaient M. De Wever de « négationnisme rampant »<sup>36</sup> ou d'avoir avancé des arguments dignes de « la littérature néo-nazie »<sup>37</sup>. En réponse, Bart de Wever publia une lettre d'excuses et de justification, dont les éléments principaux sont les suivants :

« Certains propos m'ont été attribués, que je n'ai cependant jamais prononcés ou entendus de cette manière. Pour éviter tout malentendu : les nuances que je vais apporter dans ces lignes ne changent rien au fait que des fautes ont été commises par l'élite communale de la ville d'Anvers pendant la période de l'Occupation.

J'ai réagi en tant qu'historien politiquement engagé, qui cherche la nuance historique à travers le récit. Un récit dont j'ai pris connaissance par la lecture d'un matériel historique scientifique. Conscient de la controverse qui divise les historiens qui se sont concentrés sur l'histoire de l'Holocauste au cours des dernières décennies. Familier de la quête d'une formulation correcte du souvenir et des discussions douloureuses fréquemment soulevées à ce sujet.

J'ai réagi en tant que politicien versé en histoire, qui ne veut pas que sa ville d'Anvers et ses habitants, les Anversoises, soient collectivement dépeints, aujourd'hui comme par le passé, comme étant racistes et intolérants. Ce n'était pas et ce n'est toujours pas le cas.

33. Voir T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Pedone, Paris, 2013, p. 160 et s. et p. 544 et s.

34. P. MERTENS, « Le pays qui ne s'aimait plus », *Le Monde*, 5 décembre 2007.

35. *Le Soir*, 30 octobre 2007.

36. Hervé HASQUIN, au nom du MR (Mouvement réformateur, droite libérale francophone), *Le Soir* du 31 octobre 2007.

37. Mark EYSKENS, Ministre d'Etat, CD&V (démocratie chrétienne flamande), *Le Soir* du 31 octobre 2007.

J'aurais pu me référer aux recherches historiques approfondies qui concernent cette période. Sur le contexte administratif différent à Bruxelles et à Anvers, qui recèle vraisemblablement les raisons fondamentales du comportement différent de la police lors de l'arrestation des Juifs. Sur le fait que d'autres mobiles que l'antisémitisme ont également joué un rôle dans l'attitude des autorités communales anversoises. Sur le manque de courage politique dont a probablement fait preuve l'élite communale d'Anvers à l'époque. Et sur le pur souci de préserver leur propre vie qui a poussé les policiers anversoises à prendre part à la rafle du 28 août 1942, au cours de laquelle plus d'un millier de Juifs furent arrêtés. Une autre rafle venait d'être sabotée la veille grâce au fait que des tracts avaient été distribués pour prévenir les Juifs. C'est sous la menace bien réelle de la Sipò/SD allemande que les policiers anversoises ont néanmoins participé à une rafle le jour suivant.

Le fait qu'un grand nombre de ces policiers ont été reconnus par la suite comme ayant fait partie de la résistance et que pas moins de 123 policiers anversoises ont été déportés dans les camps indique bien qu'il s'agit d'une histoire complexe. Mais rien de tout cela n'a plus guère d'importance. Et certainement pas pour les victimes et pour les membres de leurs familles<sup>38</sup>.

Quelques semaines plus tard, paraissait le texte de Pierre Mertens dans *Le Monde*, ce qui poussait M. De Wever à déposer en juillet 2008 une plainte pénale à son encontre, pour diffamation et calomnie, estimant que l'accusation portée à son égard portait gravement atteinte à son honneur. Plus de trois ans plus tard, alors que l'affaire faisait une nouvelle apparition dans la presse à l'occasion de la fixation de l'audience visant à statuer sur le sort de l'action pénale, M. Mertens publiait une « lettre ouverte » dans le journal *Le Soir* du 25 mai 2011, dans laquelle il explicitait les raisons qui l'ont conduit à qualifier M. De Wever de « négationniste » au regard de la loi du 23 mars 1995 :

« M. De Wever se déclara animé par le souci de ne pas voir stigmatisée la métropole anversoise dans son ensemble, insistant sur le fait qu'il n'était guère 'courageux' de présenter des excuses historiques lorsqu'elles apparaissaient si 'tardives', et que 'tous les intéressés étaient morts' ! [...] Il s'agissait donc de disculper en grande partie les autorités communales de l'époque en laquelle il convenait même de voir, selon lui, plutôt des victimes de l'occupant que ses zélés serviteurs. Le problème, c'est que de telles considérations puissent être encore tenues après la publication du mémorable rapport du CEGES (Centre d'étude et de documentation sur la guerre et la société contemporaine) établi à la demande expresse du Sénat de Belgique. [Selon ce rapport,] nul service de police du Royaume n'a participé aussi activement aux persécutions antijuives [que la police anversoise]. Après guerre, il n'y eut pas de reconnaissance de ce 'judéocide' et on ne sanctionna pas la collaboration administrative pour ses ravages. L'affaire fut jugée trop 'délicate' et ce cas particulièrement grave de responsabilité institutionnelle fut occulté.

La loi mémorielle de 1995 réproouve aussi bien la minimisation de la Shoah que son déni pur et simple. La dénégation est brutale mais franche, souvent absurde

38. B. DE WEVER, « Derrière le miroir », *Le Soir*, 1<sup>er</sup> novembre 2007.

et même désespérée, idiote en fait. [...] Mais minimiser ceci, sous-estimer cela, banaliser, relativiser ceci ou cela, procèdent d'une perversité de l'intelligence<sup>39</sup>. »

Enfin, dans un texte paru en juin 2011, Pierre Mertens a encore précisé ses arguments :

« À côté du négationnisme brutal et même caricatural qui nie l'Holocauste, il en existe un autre, autrement pernicieux qui, sans nier la réalité du génocide, instille une forme de relativisme nauséabond et un scepticisme faussement bienséant, qui adopte volontiers une posture quasi 'scientifique' pour aborder la vérité foncière de la tragédie. Il n'y a pas matière à controverse concernant le rôle joué par les autorités publiques anversoises dans le cadre des rafles conduites par l'occupant en août 1942. Or, Bart De Wever n'a guère cessé de présenter l'administration anversoise comme une victime de celles-ci plutôt que d'en reconnaître la responsabilité partagée dans l'accomplissement du scénario mortifère. Mieux même : il s'emploie à railler un dignitaire qui, comme d'autres ont su le faire, s'inscrit dans une attitude symbolique de repentance<sup>40</sup>. »

Sur le plan judiciaire, l'affaire s'est finalement soldée par une ordonnance de non lieu rendue par la chambre du conseil le 14 février 2012, l'action en diffamation devant être considérée comme prescrite<sup>41</sup>. Si un juge du fond avait été amené à statuer sur la pertinence de la qualification de « négationnistes » pour viser les propos de M. De Wever, il aurait eu de nombreuses questions délicates à trancher, montrant que son rôle, loin de se limiter à un simple constat objectif de la contestation d'une réalité indiscutable, aurait impliqué l'examen d'un ensemble d'éléments complexes. Tout d'abord, la question se serait posée de savoir si les faits discutés par Bart De Wever entraient bien dans le champ de la loi. Son commentaire avait pour objet de relativiser la responsabilité des autorités anversoises dans les persécutions des Juifs en Belgique, il ne portait pas comme tel sur « le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale »<sup>42</sup>. Faudrait-il considérer que la collaboration de la police anversoise s'inscrit elle-même dans le génocide perpétré par les nazis, ce qui l'inclurait dans le champ d'application de la loi ? Ou au contraire doit-on interpréter les termes de la loi de manière stricte et laisser hors de son domaine d'application des actes qui engagent la responsabilité propre d'une autorité dépendant de l'État belge ? Autre questionnement : la responsabilité de la police anversoise, telle qu'elle a notamment été établie par les historiens du CEGES dans leur rapport *La Belgique docile*<sup>43</sup> rédigé à la demande du Sénat, peut-elle être

39. P. MERTENS, « Minimiser le crime, c'est déjà le nier », *Le Soir*, 25 mai 2011.

40. P. MERTENS, « On ne badine pas avec le crime absolu », *Le Soir*, 21 juin 2011.

41. *Le Soir*, 15 février 2012. Une prescription de trois mois est en effet prévue pour les délits de presse, par le décret belge du 20 juillet 1831 sur la presse.

42. Nous soulignons.

43. R. VAN DOORSLAER (dir.), E. DEBRUYNE, F. SEBERECHTS, N. WOUTERS, *La Belgique docile. Les autorités belges et la persécution des Juifs en Belgique pendant la Seconde Guerre mondiale*, Luc Pire, Bruxelles, 2007.

encore soumise à discussion ou évaluation, et si oui, à quels égards<sup>44</sup> ? Les commentaires de Bart De Wever n'ont pas tant consisté à remettre en cause la réalité des rafles exécutées par la police d'Anvers qu'à en atténuer la portée au regard de la réalité de l'occupation nazie et des motivations qui ont pu animer les autorités et les policiers anversoises. Le rapport du CEGES imputait l'attitude de la ville d'Anvers à un soutien actif à la politique de l'Ordre nouveau, ce qui impliquait que le collège des échevins avait laissé « très probablement délibérément participer le corps [de police] aux rafles antijuives »<sup>45</sup>. Ce type de problématique était déjà au centre de l'affaire *Lehideux* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>46</sup>, dans laquelle 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<sup>47</sup>. La Cour européenne a considéré que la question de l'appréciation du rôle du Maréchal Pétain et de sa politique relevait d'un débat admissible :

« 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. À 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 de gouvernement de Vichy, la thèse dite du 'double jeu'. »

Dans l'affaire *De Wever/Mertens*, le juge aurait eu à évaluer si l'on se trouve dans une situation analogue à celle décrite par la Cour dans l'affaire *Lehideux* – le degré de responsabilité des autorités anversoises relève-t-il « d'un débat toujours en cours entre historiens sur le déroulement et l'interprétation des événements dont il s'agit » ? –, ou si, au contraire, on se situe face à « des faits

44. Depuis la conclusion de l'affaire, l'historienne allemande Insa Meinen a publié un ouvrage remettant dans une certaine mesure en cause certaines conclusions du rapport du CEGES sur l'implication des autorités belges dans la déportation des Juifs, et en particulier des autorités anversoises : *La Shoah en Belgique*, Renaissance du livre, 2012. Selon elle, le rapport du CEGES conduit « à surestimer la responsabilité des autorités belges et à décharger les coupables allemands » (I. MEINEN, « Je continuerai de prendre position contre la déformation des faits historiques », 8 novembre 2012, <<http://www.cclj.be/article/3/3781>>).

45. Rapport final, conclusions, p. 34, <[www.cegesoma.be/docs/media/.../rapport\\_final\\_Intro\\_Conclusion.pdf](http://www.cegesoma.be/docs/media/.../rapport_final_Intro_Conclusion.pdf)>.

46. CEDH, arrêt du 23 septembre 1998, affaire *Lehideux c/ France*.

47. Sur cette affaire, voir G. COHEN-JONATHAN, « L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, p. 366 et s.

historiques clairement établis » touchant à l'Holocauste, dont l'atténuation de la portée équivaldrait à une « minimisation grossière ». Comme on le constate, le juge se trouverait dans l'obligation d'entrer dans un délicat débat d'historiens, devrait lui-même apprécier le caractère historiquement « indéniable » des faits et de leur interprétation, démarche que l'adoption de la loi du 23 mars 1995 avait précisément pour objectif d'écartier. Enfin, le juge aurait encore inmanquablement dû sonder les intentions de M. De Wever dans l'expression de ses propos en tant que politicien/historien, pour établir si son discours présentait une portée d'incitation à la haine ou à la discrimination raciales.

À l'instar de l'affaire *Assahyle*, l'affaire *De Wever* est ainsi un exemple particulièrement éclairant du caractère primordial du rôle du juge dans l'évaluation du caractère « négationniste » d'un discours, dès lors que l'on ne se situe pas dans un cas flagrant de remise en cause de l'historicité de la Shoah.

Un autre exemple est emprunté à la France, dans le cadre de l'application de la loi Gayssot, qui punit « ceux qui auront contesté [...] l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Bruno Gollnisch, membre du Front National, a été condamné par la Cour d'appel de Lyon pour contestation de crimes contre l'humanité en raison de propos tenus lors d'une conférence de presse organisée au siège de la fédération lyonnaise du Front national. Son discours avait été rapporté par des journalistes de la manière suivante :

« Il n'y a aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg, je pense que sur le drame concentrationnaire la discussion doit rester libre. Sur le nombre de morts, sur la façon dont les gens sont morts, les historiens ont le droit d'en discuter. L'existence des chambres à gaz, c'est aux historiens d'en discuter » ;

« Il n'existe plus aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg. Cela ne fait pas de moi l'apologiste des crimes indiscutables commis par le National Socialisme au cours de la seconde guerre mondiale, régime pour lequel ni moi ni mes amis n'avons eu jamais la moindre sympathie. Le nombre effectif de morts, les historiens peuvent en discuter » ;

« Je ne mets pas en cause l'existence des camps de concentration, il y a eu des déportations pour des raisons raciales sans doute des centaines de milliers ou millions de personnes exterminées. Le nombre effectif des morts, 50 ans après les faits, les historiens pourraient en discuter. Moi je ne nie pas les chambres à gaz homicides mais la discussion doit rester libre » ;

« L'existence des chambres à gaz c'est aux historiens d'en discuter<sup>48</sup>. »

48. Propos reproduits dans Cass., chambre criminelle, 23 juin 2009, <<http://legifrance.gouv.fr>>.

Il s'agit en l'occurrence d'énoncés ambigus, flirtant, sans doute à dessein, avec la rhétorique négationniste, mais qui se garde de se prononcer expressément sur la réalité des éléments essentiels de la Shoah. Il y a là un exercice délicat d'interprétation à faire par le juge, qui n'est pas confronté à des propos explicites. C'est donc une nouvelle fois le juge qui remplit un rôle fondamental dans le choix de la répression du discours, et les termes de la loi sont à cet égard un guide peu éclairant. En l'espèce, le juge d'appel a considéré les propos de M. Gollnisch négationnistes, aux motifs qu'ils « appellent, sur l'existence des chambres à gaz homicide, à un débat libre entre historiens et donnent une image positive des historiens révisionnistes » ; « qu'ils présentent de façon falsifiée les conclusions du procès de Nuremberg à propos du massacre de Katyn et jettent ainsi le discrédit sur les décisions du tribunal de Nuremberg » et « qu'ils tendent à jeter le discrédit sur l'évaluation communément admise de 5 à 6 millions de victimes juives et mettent en doute l'importance de l'holocauste »<sup>49</sup>. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a annulé la décision, sans renvoi :

« Attendu qu'il appartient à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le point de savoir si dans les propos retenus dans la prévention se retrouvent les éléments légaux de la contestation de crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 ;

Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable du délit de contestation de crimes contre l'humanité, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que les propos retenus dans la citation, qui renferment des énonciations contradictoires, ne permettent pas de caractériser à la charge du prévenu le délit de contestation d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels que définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et commis, soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et du principe ci-dessus énoncé<sup>50</sup>. »

Il est à noter que pour les mêmes propos, ainsi que d'autres visant la neutralité de l'historien Henry Rousso en tant que « personnalité juive », M. Gollnisch a été sanctionné par la juridiction disciplinaire de son université pour « atteinte à la réputation, à l'ordre et au bon fonctionnement de l'université ». La requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme par M. Gollnisch contre cette sanction, validée par les tribunaux français, a été déclarée irrecevable par une décision du 7 juin 2011. La Cour a notamment estimé que « les tribunaux ont légitimement pu considérer qu'il aurait dû être particulièrement attentif à l'ambiguïté de ce genre de déclarations et à leur répercussion, compte tenu notamment de la polémique qui régnait à cette époque à

49. Cour d'appel de Lyon du 28 février 2008.

50. Cass., chambre criminelle, 23 juin 2009, <<http://legifrance.gouv.fr>>.

Lyon III sur un sujet particulièrement sensible »<sup>51</sup>. Elle a ajouté que « la contribution éventuelle de ses propos aux thèses négationnistes et le désordre qui pouvait en résulter, et qui en est d'ailleurs résulté, au sein de l'université de Lyon III et, plus généralement de l'université française, était incompatible avec les devoirs et responsabilités qui incombent au requérant en tant qu'enseignant »<sup>52</sup>. Un même discours a donc pu être considéré, selon le cadre pénal ou disciplinaire adopté, comme ne pouvant constituer le délit de contestation de crimes contre l'humanité tout en étant susceptible de contribuer aux thèses négationnistes.

Ces divergences d'appréciation selon les juridictions attestent à nouveau le rôle crucial joué par le juge dans l'appréhension des discours accusés de relever du négationnisme. De telles divergences, et un rôle encore plus actif, se retrouvent lorsque le juge est confronté à des actions intentées par des organismes ou des associations agissant dans une optique militante, visant à faire entrer dans le domaine d'application de la loi des catégories de discours dont l'objet ne porte pas sur l'historicité de la Shoah.

## B. Le juge confronté à la mobilisation de la loi sur le négationnisme pour viser des catégories de discours ne portant pas sur l'historicité de la Shoah

Les associations actives dans la préservation de la mémoire ou la lutte contre le racisme trouvent dans la loi belge du 23 mars 1995 un fondement pour l'activation du juge pénal dans l'appréhension des discours considérés comme négationnistes. Les affaires portées en justice le sont dans la plupart des cas sur plainte d'une association. Dans une série de cas, on constate une volonté d'élargir le champ de la loi sur le négationnisme, en y incluant de manière beaucoup plus générale des discours se référant au nazisme, considérés comme marquant une « banalisation » du génocide des Juifs. Cette tendance se dénote particulièrement dans le chef du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme<sup>53</sup> ou d'associations comme le MRAX (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie)<sup>54</sup>.

L'affaire *Assabyle*, analysée en introduction de cette contribution, constitue un cas emblématique dans lequel des associations entendent faire insérer dans le domaine d'application de la loi sur le négationnisme l'expression d'idées qui, pour choquantes qu'elles soient, ne s'inscrivent pas dans le genre de discours, niant ou minimisant la réalité de l'Holocauste, qui avait été envisagé par le législateur. Dans ce cas de figure, il existe une velléité d'activation du juge pénal pour criminaliser un discours jugé néfaste, en le faisant qualifier juridiquement de « négationniste ». Comme on l'a vu, les juges de première

51. CEDH, décision du 7 juin 2011, affaire *Gollnisch c/ France*, p. 14.

52. *Ibid.*, p. 14-15.

53. Le Centre est un service public indépendant qui a pour mission légale la promotion de l'égalité et la lutte contre la discrimination (<<http://www.diversite.be/>>).

54. <<http://www.mrax.be>>.

instance et d'appel ont eu sur ce point des opinions divergentes. La Cour d'appel a fini par conclure que la comparaison, même induite, de la politique du gouvernement israélien avec celle des nazis ne relevait pas de l'incrimination de négationnisme.

Dans une seconde 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 d'incitation à la haine raciale de ces comportements ne faisait aucun doute, il était beaucoup moins évident de les qualifier de négationnistes, sauf à assimiler à la négation de la Shoah toute manifestation d'antisémitisme ou banalisation de l'idéologie nazie. En considérant qu'« il n'est nullement acquis que les actes et propos du prévenu Youssef S. constitueraient, dans son esprit, une référence au génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale », le juge a rejeté la qualification retenue par le ministère public et défendue par le Centre pour l'égalité des chances et 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<sup>55</sup>.

Une autre affaire encore qui soulève le même type de problématique, mais sur un sujet différent, est celle qui a vu le MRAX déposer plainte, notamment pour infraction à la loi du 23 mars 1995, à l'encontre de Me Chansay-Wilmotte, membre du bureau politique du Parti Populaire, pour avoir déclaré « Pour moi, l'Islam c'est pour les Arabes ce que fut le nazisme pour les Allemands »<sup>56</sup>. Le juge saisi de l'affaire aura à faire un même exercice d'interprétation de la portée de ces propos au regard du champ d'application de la loi, pour décider si une comparaison, hors de propos, d'une religion avec le nazisme, relève du délit de négationnisme.

#### IV. Le rôle du juge dans la perspective de l'élargissement de l'incrimination de négationnisme à d'autres génocides et crimes internationaux que la Shoah

L'affaire *Assabyle* illustre la problématique du rôle joué par le juge dans la détermination du champ d'application de la législation existante, incriminant spécifiquement la négation de la Shoah. La question de la place du juge se pose encore, de façon nouvelle, dans le cadre des débats sur l'élargissement de l'incrimination de négationnisme de manière à inclure la contestation d'autres

55. 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>>.

56. *Le Soir*, 14 octobre 2011.

génocides et crimes internationaux que la Shoah<sup>57</sup>. Un tel élargissement se heurte à la difficulté de la méthode de définition des événements, constitutifs de crimes internationaux, dont la contestation sera pénalisée. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère, pour identifier les « faits historiques clairement établis »<sup>58</sup>, tel l'Holocauste, à l'existence ou non « d'un débat toujours en cours entre historiens ». C'est donc à la communauté scientifique des historiens que le législateur devrait se fier pour identifier des catégories d'événements historiques qui ne peuvent plus faire l'objet de négation. Mais il existe d'autres méthodes de définition, qui font appel soit au juge soit encore à d'autres instances. Dans le premier cas, il s'agit de se référer à des événements qui ont déjà fait l'objet d'une décision judiciaire les qualifiant au regard de certaines catégories de crimes internationaux (A). Dans le second, c'est une instance non judiciaire qui est chargée de qualifier l'événement historique concerné comme relevant de catégories de crimes internationaux dont la contestation est incriminée (B). Ces deux hypothèses sont examinées successivement, en montrant qu'elles traduisent des conceptions diamétralement opposées du rôle confié au juge.

#### A. L'incrimination de la contestation d'événements dont la vérité a été établie par une décision judiciaire

La première option – celle de la définition des faits historiques incontestables par le biais d'une décision judiciaire préalable – est celle qui a été empruntée par le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité (2003)<sup>59</sup> et, dans une certaine mesure, par la Décision-cadre du Conseil de l'UE sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (2008)<sup>60</sup>.

Le Protocole prévoit la possibilité pour les États parties d'incriminer la négation ou la minimisation grossière des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité « 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

57. Pour une analyse plus générale des problématiques soulevées par une extension de l'incrimination des négationnistes, voir notre étude, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression? » *op. cit.* Voir également L. PECH, « The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition », dans L. HENNEBEL & T. HOCHMANN (ed.), *op. cit.*, p. 226 et s.

58. Voir les décisions rendues dans les affaires *Lehideux* et *Garaudy*, citées plus haut.

59. 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, STE n° 189, 28 janvier 2003, <<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>>. Ce Protocole a été ratifié par 18 États au 1<sup>er</sup> juillet 2012 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006.

60. Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *JOL* 328 du 6 décembre 2008, p. 55.

Partie »<sup>61</sup>. Le Rapport explicatif qui accompagne le Protocole explicite les raisons de l'extension de l'incrimination du négationnisme à des événements autres que la Shoah et le choix de la méthode de définition de la manière suivante :

« 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<sup>62</sup>. »

Les rédacteurs du Protocole ont ainsi choisi de confier au juge international le soin d'établir la « vérité historique » qui doit être considérée comme telle parce qu'elle a été « judiciairement établie »<sup>63</sup>.

Une même voie est envisagée par la Décision-cadre de l'UE sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie. Le texte prévoit que les États doivent punir « l'apologie publique, la négation ou la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre » en ayant la faculté de restreindre cette incrimination aux crimes « établis par une décision définitive rendue par une juridiction nationale de cet État membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement »<sup>64</sup>. Pour les États qui opteraient pour cette possibilité, c'est donc également au juge national ou international que serait confiée la tâche de fixer les faits historiques, qualifiés de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide, dont « la négation ou la banalisation grossière » seraient pénalement réprimées.

61. Article 6, § 1<sup>er</sup> du Protocole.

62. Rapport explicatif, § 40-41.

63. Rapport explicatif, § 41.

64. Article 1, § 1<sup>er</sup> et § 4 de la Décision-cadre.

Cette coïncidence entre vérité judiciaire et vérité historique incontestable pose de nombreuses questions<sup>65</sup>, et en premier lieu celle du rôle central que le législateur attribuerait désormais au juge dans la définition même de l'incrimination des négationnismes. Chargé de juger des événements susceptibles d'être constitutifs de crimes internationaux, le juge déterminerait dans le même élan leur « vérité historique » leur donnant de ce fait une portée incontestable. Ce pouvoir exorbitant, qui transforme le rôle du juge d'énonciateur de vérité judiciaire en énonciateur de vérité absolue, suscite de graves interrogations pour la préservation de la liberté d'expression, en particulier celle des historiens, qui se verraient empêchés de remettre en cause, par leurs recherches, la version et la qualification des faits établies dans les décisions judiciaires, dès lors que ces faits sont qualifiés de crimes de guerre, contre l'humanité ou de génocide<sup>66</sup>.

## B. Le législateur substitué au juge pour établir la vérité historique et judiciaire

La question du rôle du juge dans la définition de l'incrimination des négationnismes s'est encore posée dans le contexte de l'adoption le 23 janvier 2012, par le Parlement français, d'une loi visant à réprimer la négation du génocide arménien. Tel qu'il a été finalement rédigé, le texte, qui incluait un nouvel article 24<sup>ter</sup> à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, rendait applicables les peines prévues par la loi Gayssot à « ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide définis à l'article 211-1 du Code pénal et reconnus comme tels par la loi française »<sup>67</sup>. Une version antérieure de la proposition de loi avait un contenu plus large, incluant les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et visait à transposer en droit français la Décision-cadre européenne de 2008<sup>68</sup>. Dans cette première version, diverses instances étaient investies du droit

65. Voir notre étude, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? » *op. cit.*, p. 169-172.

66. Voir K. BERTRAMS et P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'Histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? » *op. cit. Contra*, voir M. IMBLEAU, « Denial of the Holocaust, Genocide and Crimes Against Humanity: A Comparative Overview of Ad Hoc Statutes », dans L. HENNEBEL et T. HOCHMANN (ed.), *op. cit.*, p. 249-255.

67. Proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, adoptée sans modification en 1<sup>ère</sup> lecture par le Sénat le 23 janvier 2012, TA n° 52, <<http://www.senat.fr/leg/tas11-052.html>>.

68. Proposition de loi n° 3842 portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien : « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront fait l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels qu'ils sont définis de façon non exclusive : 1°) par les articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale créée à Rome le 17 juillet 1998 ; 2°) par les articles 211-1 et 212-1 du Code pénal ;

d'établir les événements dont la contestation serait réprimée : le Parlement, le gouvernement français par la ratification d'une convention internationale, les institutions communautaires ou internationales<sup>69</sup>, ou encore les juridictions françaises. Cette option maximaliste a été abandonnée pour répondre de manière plus limitée à la problématique de la contestation du génocide des Arméniens en 1915, seul visé en pratique par les critères retenus dans la version finale du texte<sup>70</sup>. En effet, au moment de l'adoption de la loi, le seul génocide à avoir été « reconnu comme tel par la loi française » était celui visant les Arméniens<sup>71</sup>.

Le système finalement retenu engendrait un effet juridique assez singulier. Le Parlement a le loisir de procéder par la loi, discrétionnairement, à la reconnaissance d'un événement comme « génocide » au sens de l'article 211-1 du Code pénal. Cette reconnaissance, combinée avec le texte de l'article 24<sup>ter</sup> de la loi du 29 juillet 1881, a pour conséquence de rendre « incontestable » cet événement ainsi qualifié et d'en incriminer la négation. Le juge pénal est lié par la qualification opérée par le législateur et n'a comme fonction que de vérifier si le discours dont il serait saisi a effectivement pour portée de contester la réalité de l'événement ou sa qualification juridique comme « génocide ». Par ce mécanisme, le Parlement s'est donc arrogé la prérogative de transformer en vérité judiciaire ce qui n'est au départ qu'une qualification opérée par un organe politique. Alors même que le massacre des Arméniens par le régime jeune-turc en 1915 n'a fait l'objet d'aucune décision judiciaire le qualifiant de génocide, cette qualification s'imposerait néanmoins au juge pénal français, sans pouvoir de vérification de sa part, du seul fait de la loi de reconnaissance adoptée en 2001. Alors que la loi Gayssot avait entendu asseoir sa légitimité sur l'existence du jugement du Tribunal de Nuremberg ayant qualifié juridiquement le massacre des Juifs de « crime contre l'humanité », le législateur de 2012 avait entendu se substituer au juge en s'attribuant un pouvoir de qualification pénale de tous types d'événements, passés et à venir, au regard du crime de génocide. De la sorte, il s'octroyait la prérogative d'énoncer une « vérité politique » dont la contestation serait pénalement sanctionnée.

3°) par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ;

et qui auront fait l'objet d'une reconnaissance par la loi, une convention internationale signée et ratifiée par la France ou à laquelle celle-ci aura adhéré, par une décision prise par une institution communautaire ou internationale, ou qualifiés comme tels par une juridiction française, rendue exécutoire en France. »

69. Le sens précis à donner aux termes « institutions » n'a pas été explicité dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de loi.

70. Voir Rapport de Mme Valérie BOYER sur la proposition de loi n° 3842 portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien, n° 4035, 7 décembre 2011.

71. Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 : « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 » (<<http://www.legifrance.gouv.fr>>).

Cet outrepassement de ses pouvoirs par le Parlement a suscité de nombreuses critiques<sup>72</sup> et, sur recours d'un ensemble de parlementaires, le Conseil constitutionnel a annulé la disposition litigieuse :

« Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1er de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide 'reconnus comme tels par la loi française' ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution<sup>73</sup>. »

La motivation énoncée est assez laconique, mais on peut relever que le Conseil souligne l'aspect problématique dû au fait que le Parlement qualifie lui-même de « génocide » les faits dont la contestation ou la minimisation serait incriminée<sup>74</sup>. Par cette décision, le Conseil constitutionnel signifie au Parlement qu'il ne peut s'ériger en juge pénal et décréter à la suite d'un processus strictement politique une « vérité officielle » qui ne pourra plus souffrir aucune contestation. La décision du Conseil constitutionnel est à rapprocher d'un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, qui 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 :

« Une 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<sup>75</sup>. »

Une loi ou une résolution parlementaire reconnaissant la réalité d'un génocide ne saurait ainsi avoir qu'une valeur politique relative et ne pourrait dès lors s'attribuer la portée d'une décision judiciaire ou d'une vérité officielle incontestable.

72. Voir R. BADINTER, « Le Parlement n'est pas un tribunal », *Le Monde*, 15 janvier 2012.

73. Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

74. Sur cette décision, voir W. MASTOR et J.-G. SORBARA, « Réflexions sur le rôle du Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », Note sous Conseil constitutionnel, 28 février 2012, *RFDA*, 2012, p. 507 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de la normativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Rec. Dalloz*, 2012, p. 987.

75. 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.

## Conclusion

L'affaire *Assabyle* nous a fourni un cas exemplaire illustrant les difficultés d'interprétation qu'une législation incriminant la négation de la Shoah est susceptible de soulever, soulignant ainsi le rôle central joué par le juge dans l'application de ce dispositif normatif. Les autres cas que nous avons analysés ont confirmé les ambivalences, les incohérences, voire les confusions qui règnent concernant la définition du rôle du juge pénal dans la mise en œuvre des dispositions législatives visant à réprimer le(s) négationnisme(s). Lorsqu'il s'est agi de définir une infraction pénale visant de manière spécifique la négation de la Shoah, le législateur a exprimé la volonté d'accorder au juge un pouvoir d'appréciation limité, laissant hors champ les débats historiques et l'examen des intentions de l'émetteur des propos litigieux, tout en lui assignant la fonction de trier le bon grain scientifique de l'ivraie négationniste. Le texte de la loi étant bien moins précis que ce que le législateur avait imaginé, le juge a vu son rôle d'appréciation devenir crucial dès lors qu'il s'est trouvé confronté à des discours ambigus ou sortant du cadre traditionnel du négationnisme.

Les débats sur l'extension de l'incrimination de négationnisme ont rendu plus obscure encore la conception du rôle du juge, qui s'est trouvé impliqué dans la définition même de l'infraction, dont le contenu s'établit par référence à des décisions judiciaires ayant mis en application certains crimes internationaux. La situation est rendue particulièrement complexe du fait de la superposition d'instruments normatifs peu cohérents. Le Protocole à la convention sur la cybercriminalité, comme on l'a vu, prévoit une incrimination de la contestation des faits constitutifs de crime de génocide ou de crime contre l'humanité. La définition de l'infraction de négationnisme se fait, dans le cadre de ce Protocole, par référence au jugement du Tribunal de Nuremberg (pour la Shoah) ou à d'autres décisions rendues « par tout autre tribunal international ». C'est donc exclusivement au juge international qu'il revient d'opérer la qualification juridique des faits qui aura pour effet de les rendre « incontestables ». De son côté, la Décision-cadre de l'UE laisse à la libre appréciation de l'État le choix de ne rendre punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes internationaux 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 par une juridiction internationale seulement »<sup>76</sup>. Ici, l'établissement préalable du crime par une décision judiciaire n'apparaît plus comme une exigence nécessaire et d'autres modes d'établissement semblent donc parfaitement admissibles, comme la reconnaissance par un organe politique, national ou international. C'est cette voie qui a été utilisée en France pour réprimer la négation du génocide arménien, par renvoi à la

76. Article 1<sup>er</sup>, § 4 de la Décision-cadre.

reconnaissance par le Parlement, avec la décision d'annulation que l'on connaît. Ces éléments montrent l'énorme difficulté qu'il y a à définir le contenu d'une infraction de négationnisme étendue et d'y définir la place du juge pénal, qu'il soit national ou international.