

Le droit comparé des lois mémorielles

Eric DAVID,
Professeur émérite de droit international,
Président du centre de droit international (ULB),
Membre du Conseil de transmission de la mémoire.

1. Il n'existe pas de définition officielle des lois mémorielles ; il est d'usage d'appeler « loi mémorielle » une loi qui incrimine le déni public d'événements liés à l'histoire de l'Etat légiférant et caractérisés par des violations massives des droits humains les plus élémentaires commises à l'égard de peuples ou de collectivités nationales, ethniques, religieuses ou politiques. Il s'agit de faits qualifiés de génocide ou de crimes contre l'humanité, voire, de crimes de guerre, trois types de crimes regroupés ci-après, par commodité de langage, sous le vocable « crime de DIH » (DIH pour droit international humanitaire).

2. Cette manière de saisir l'Histoire par le droit n'est pas une nouveauté : il suffit de songer aux jours de congé déterminés légalement pour célébrer l'anniversaire d'un événement important dans l'histoire d'un pays, par exemple :

- 12 juin, Russie, date de la succession de la Russie à l'Union soviétique en 1991¹ ;
- 4 juillet, Etats-Unis, date de la déclaration d'indépendance des E.-U. en 1776² ;
- 14 juillet, France, date de la prise de la Bastille et de la fête de la Fédération³ (des délégués de tous les départements⁴) en 1789 et 1790 ;
- 21 juillet, Belgique, date de la prestation de serment du premier roi des Belges, Léopold de Saxe-Cobourg-Gotha en 1831⁵ ;
- 1^{er} et 2 octobre, Chine, date de la proclamation de la République populaire de Chine par Mao Zedong en 1949⁶ ;
- 12 octobre, Espagne, date de la découverte de l'Amérique en 1492⁷ ;
- etc.

3. Si cette forme de « légalisation de la mémoire » est quasiment universelle⁸, en revanche, il est beaucoup plus rare d'incriminer la dénégation publique d'un événement lié à l'histoire du pays (négalionisme ou révisionnisme) qui adopte cette loi. Certains pays, comme les Etats-Unis s'en abstiennent au nom de la liberté d'expression (1^{er} amendement à la Constitution porté par le *Federal Bill of Rights*⁹). Ce type d'incrimination a d'ailleurs suscité de vives controverses entre historiens et politiques¹⁰, notamment en France, en 2005, au moment des débats relatifs à la loi sur la reconnaissance du génocide arménien¹¹. Les historiens mettent l'accent sur la liberté de la recherche scientifique et dénoncent un

¹ https://fr.wikipedia.org/wiki/Ind%C3%A9pendance_%28politique%29

² https://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9claration_d'ind%C3%A9pendance_des_%C3%89tats-Unis

³ Loi du 6 juillet 1790, https://fr.wikipedia.org/wiki/F%C3%AAte_de_la_F%C3%A9d%C3%A9ration

⁴ http://www.herodote.net/14_juillet_1790-evenement-17900714.php

⁵ Loi du 27 mai 1890, https://fr.wikipedia.org/wiki/F%C3%AAte_nationale_belge

⁶ https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_de_f%C3%AAtes_nationales.

⁷ https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_de_f%C3%AAtes_nationales

⁸ Voy. https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_de_f%C3%AAtes_nationales

⁹ <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-constitutionnel/droit-constitutionnel-general/les-lois-memorielles/> ; texte : “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”, sur https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment

¹⁰ http://www.cndp.fr/crdp-reims/memoire/enseigner/memoire_histoire/05bishistoriens2.htm

¹¹ https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_m%C3%A9morielle ; voy. aussi http://www.cndp.fr/crdp-reims/memoire/enseigner/memoire_histoire/05bishistoriens2.htm

« stalinisme de la pensée » ou une « soviétisation de l'histoire »¹², les politiques et d'autres penseurs s'appuient, en Europe, sur la nécessité de lutter contre le racisme et la xénophobie ainsi que sur une décision-cadre du Conseil de l'UE obligeant les Etats membres de l'UE à incriminer ces faits en ce compris

« l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques 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. »¹³

Cette directive confirme l'objet du Protocole européen du 28 janvier 2003 additionnel à la Convention européenne du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité, Protocole relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Ce Protocole oblige les Etats parties à

« ériger en infractions pénales [...] la diffusion [...] par le biais d'un système informatique, de matériel raciste et xénophobe » (art. 3, § 1)

Parmi les faits considérés comme racistes ou xénophobes figurent

« 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. » (art. 6, § 1)

4. Sans entrer dans une discussion qui pourrait donner lieu à de longs développements politiques, sociologiques et philosophiques, on se bornera à observer que les lois mémorielles, au demeurant peu nombreuses¹⁴, peuvent être regroupées de plusieurs façons. Elles seront distinguées, ici, selon la nature des faits dont la contestation est incriminée (**I.**) et selon la manière dont ces faits sont contestés (**II.**).

I. Faits dont la contestation est incriminée

5. Certains Etats n'ont incriminé que la contestation des crimes de DIH commis par les Nazis pendant la 2^e guerre mondiale (**A.**) tandis que d'autres Etats ont conféré à leur loi une portée plus large (**B.**).

A. Les lois incriminant la négation des crimes de DIH commis par les Nazis

Tel est l'objet des premières lois mémorielles adoptées par Israël (1986), la France (1990), l'Autriche (1992), la Suisse (1993), la Belgique (1995), le Luxembourg (1997), l'Allemagne (2002). On peut refaire ici une double sous-distinction entre les lois qui incriminent la négation du judéocide commis par les Nazis et celle qui incrimine, plus largement, la négation des crimes de DIH commis par les Nazis.

¹² Cité sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_mémorielle

¹³ Décision-cadre 2008/913/JAI, 28 nov. 2008, art. 1^{er}, § 1, c, *JOUE*, L 328/55 du 6 déc. 2008.

¹⁴ La recherche du soussigné est basée, pour l'essentiel, sur des sources Internet, le réseau Internet étant devenu une formidable bibliothèque universelle.

1. *Le judéocide commis par les Nazis*

6. Les lois qui incriminent spécifiquement la négation du judéocide commis par les Nazis sont celles adoptées par Israël en 1986 et la Roumanie en 2002 :

- Israël, loi du 8 juillet 1986 :
 “A person who, in writing or by word of mouth, publishes any statement denying or diminishing the proportions of acts committed in the period of the Nazi regime, which are crimes against the Jewish people or crimes against humanity, with intent to defend the perpetrators of those acts or to express sympathy or identification with them, shall be liable to imprisonment for a term of five years.”¹⁵
- Roumanie, ordonnance d’urgence du 13 mars 2002, art. 6 :
 “Denial of the Holocaust in public, or to the effects thereof is punishable by imprisonment from 6 months to 5 years and the loss of certain rights.”¹⁶

La référence à l’« holocauste » vise bien, dans le langage courant, le judéocide effectués par les Nazis et qu’on appelle aussi la « shoah » (de « catastrophe naturelle » en hébreu)¹⁷.

2. *Les lois incriminant la négation des crimes commis par les Nazis*

7. Plusieurs lois incriminent la négation des crimes commis par les Nazis sans se limiter formellement au judéocide puisque ces lois visent le génocide ou les crimes contre l’humanité commis par les Nazis. Tel est le cas des lois adoptées par la France, l’Allemagne, l’Autriche, la Belgique :

- France, loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, art. 9 introduisant un art. 24bis dans la loi sur la liberté de la presse du 13 juillet 1990 :
 « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, 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 [TMI] 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. »¹⁸
- Allemagne, loi de 1992 :
 “Whosoever publicly or in a meeting approves of, denies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6 (1) [*i.e.* genocide] of the Code of International Criminal Law, in a manner capable of disturbing the public peace shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.”¹⁹
- Autriche, loi de 1992 :
 “Whoever denies, grossly plays down, approves or tries to excuse the National Socialist genocide or other National Socialist crimes against humanity in a print publication, in broadcast or other media”
 “will be punished with imprisonment from one to up to ten years”²⁰
- Belgique, loi du 23 mars 1995 :
 Art. 1 : « 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

¹⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial#Australia

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Holocauste>

¹⁸ *JORF*, 14 juillet 1990.

¹⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial#Australia

²⁰ <https://www.gesetze.li/lilexprod/lgsystpage2.jsp?formname=showlaw&lgbld=1988037000&gueltigdate=20022016>

²⁰ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial#Australia.

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. »²¹

8. Dès lors que ces lois (Allemagne et Autriche) incriminent la négation du « génocide » commis par les Nazis, elles visent non seulement le déni public de l'extermination des juifs mais aussi celui du massacre des tsiganes. La Convention de 1948 sur le crime de génocide dispose, en effet, en son art. II, que le génocide consiste à détruire des personnes en raison de leur nationalité, leur race, leur religion ou leur ethnie. Les juifs étant un groupe religieux et les tsiganes un groupe ethnique, leur destruction est bien un génocide. En incriminant le déni public du « génocide », les lois mémorielles de l'Allemagne et de l'Autriche incriminent le déni public de ce fait, alors que, quand des lois mémorielles incriminent le déni public des « crimes contre l'humanité » commis par les nazis (France, Belgique), elles s'appliquent aussi au déni du massacre des homosexuels et des handicapés physiques.

9. En visant le déni de crimes contre l'humanité commis pendant la 2^e guerre mondiale (Belgique) ou de fait définis à l'art. 6 du Statut du TMI de Nuremberg (France), ces lois contiennent une limitation *ratione temporis* : elles ne s'appliquent qu'aux faits commis après le 1^{er} septembre 1939, date de l'invasion de la Pologne par l'Allemagne. C'est ce qu'a dit le TMI de Nuremberg (France) en interprétant la portée de l'art. 6 du Statut²².

B. Les lois incriminant la négation de crimes autres que ceux commis par les Nazis

10. Plusieurs Etats ont incriminé la négation de crimes qui ne se limitent pas aux crimes de DIH commis par les Nazis :

- Suisse, loi du 18 juin 1993, art. 261*bis* du code pénal, 4^e al. :
« celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité ;
[...]
sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »²³
- Luxembourg, loi du 19 juillet 1997, c.p., art. 457, § 2 :
« Est puni des mêmes peines ou de l'une de ces peines seulement celui qui, par un des moyens énoncés au paragraphe précédent, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs génocides tels qu'ils sont définis par l'article 136*bis* du Code pénal, ainsi que des crimes contre l'humanité et crimes de guerres, tels qu'ils sont définis aux articles 136*ter* à 136*quinquies* du Code pénal et reconnus par une juridiction luxembourgeoise ou internationale. »²⁴
- Pologne, la loi du 18 décembre 1998 sur l'Institut de la mémoire nationale (Institute of National Remembrance) dispose, en son art. 55, que
“He who publicly and contrary to facts contradicts the crimes mentioned in Article 1, clause 1 shall be subject to a fine or a penalty of deprivation of liberty of up to three years.”²⁵
Les crimes visés à l'art. 1^{er} de la loi sont :
“a) crimes perpetrated against persons of Polish nationality and Polish citizens of other ethnicity, nationalities in the period between 1 September 1939 and 31 December 1989:
- Nazi crimes,
- communist crimes,

²¹ MB, 30 mars 1995.

²² Jugement du TMI de Nuremberg, *Procès des grands criminels de guerre*, doc. off., p. 153.

²³ Cité par la Cour EDH, G.C., *Perinçek c/ Suisse*, 15 oct. 2015, § 32.

²⁴ http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_penal/codepenal.pdf

²⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial

- other crimes constituting crimes against peace, crimes against humanity or war crimes
- b) other politically motivated repressive measures committed by functionaries of Polish prosecution bodies or the judiciary or persons acting upon their orders, and disclosed in the content of the rulings given pursuant to the Act of 23 February 1991 on the Acknowledgement as Null and Void Decisions Delivered on Persons Repressed for Activities for the Benefit of the Independent Polish State [ref. omitted]²⁶;
- Liechtenstein, code pénal, § 283 sur la discrimination raciale :
 “Whoever publicly denies, coarsely trivialises, or tries to justify genocide or other crimes against humanity via word, writing, pictures, electronically transmitted signs, gestures, violent acts or by other means shall be punished with imprisonment for up to two years.”²⁷
- France, loi du 29 janvier 2001 :
 « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915. La présente loi sera exécutée comme loi de l'État. »²⁸
 L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté, respectivement le 22 décembre 2011 et le 23 janvier 2012, une loi incriminant la contestation d'un génocide si celui-ci a été reconnu par la loi²⁹, mais la loi ayant été jugée inconstitutionnelle et contraire à la liberté d'expression par le Conseil constitutionnel³⁰, elle n'a pas été promulguée.
- République tchèque, loi de 2001 contre l'appui et la diffusion de mouvements réprimant les droits humains, § 261, a,
 “The person who publicly denies, puts in doubt, approves or tries to justify nazi or communist genocide or other crimes of nazis or communists will be punished by prison of 6 months to 3 years.”³¹
- Ukraine, un projet de loi de décembre 2007 incriminait le négationnisme de l'Holodomor et de l'Holocauste³², mais ce texte ne semble pas avoir été voté ;
- Portugal, l'art. 240 du code pénal portugais modifié en 2007 dispose :
 “Whoever in a public meeting, in writing intended for dissemination, or by any means of mass media or computer system whose purpose is to disseminate:
 [...]
 b) defames or slanders an individual or group of individuals because of race, colour, ethnic or national origin, or religion, particularly through the denial of war crimes or those against peace and humanity;
 [...]
 with intent to incite to racial, religious or sexual discrimination or to encourage it, shall be punished with imprisonment from six months to five years.”³³
- Hongrie, une loi du 8 juin 2010 punit
 “those, who deny the genocides committed by national socialist or communist systems, or deny other facts of deeds against humanity”³⁴;
- Lituanie, une loi interdit de
 “Publicly condoning international crimes, crimes of the USSR or Nazi Germany against the Republic of Lithuania and her inhabitants, denial or belittling of such crimes.”³⁵
- Russie, une loi du 5 mai 2014 incrimine la négation des crimes nazis ainsi que la déformation du rôle de l'URSS durant la 2^e Guerre mondiale³⁶ ;
- Grèce, une loi du 9 septembre 2014 punit d'une peine de 3 mois à 3 ans de prison et d'une amende de 5000 à 20000 €

²⁶ *Ibid.*

²⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial#Australia et <https://www.gesetze.li/lilexprod/lgsystpage2.jsp?formname=showlaw&lglid=1988037000&gueltigdate=20022016>

²⁸ https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_m%C3%A9morielle#Loi_du_29_janvier_2001_sur_le_g.C3.A9nocide_arm.C3.A9nien

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, et *Le Point*, 28 février 2012, http://www.lepoint.fr/societe/le-conseil-constitutionnel-censure-la-loi-punissant-la-contestation-du-genocide-armenien-28-02-2012-1436005_23.php

³¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial

³² https://en.wikipedia.org/wiki/Denial_of_the_Holodomor#Holodomor_denial_and_Ukrainian_law

³³ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ <http://www.reuters.com/article/us-russia-putin-nazi-law-idUSBREA440IV201>

« 1. Celui qui, intentionnellement, publiquement, oralement ou par la presse, par internet ou par tout autre moyen ou de toute autre manière, fait l'apologie, banalise ou nie l'existence ou la gravité des crimes de génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, de la Shoah et des crimes du nazisme qui sont reconnus par des décisions des tribunaux internationaux ou du parlement hellénique et ledit comportement vise 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, l'orientation ou l'identité sexuelle, ou l'invalidité, quand le comportement en question est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine ou qui est menaçante ou insultante à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe, est puni par les peines prévues au paragraphe 1 de l'article précédent. »³⁷

Les peines sont légèrement plus sévères si l'acte est commis par un fonctionnaire pendant l'exercice de ces fonctions: art. 2, § 2.

- Espagne, c.p., art. 607, § 2 :

« La diffusion par tout moyen d'idées ou de doctrines qui nient ou justifient les délits qualifiés au paragraphe précédent de cet article, ou qui prétendent la réhabilitation de régimes ou d'institutions qui protègent des pratiques génératrices de ces délits, est punie de la peine d'emprisonnement de un à deux ans. »³⁸

11. Ces onze lois anti-négationnistes (on ne comptera pas les projets de loi français et ukrainien qui n'ont pas été adoptés) sont de deux types : spécifique ou générique.

On peut qualifier certaines lois de « spécifiques » quand elles incriminent le déni de crimes spécifiquement liés à l'histoire de l'Etat légiférant. Tel est le cas des lois adoptées par des Etats d'Europe orientale (Pologne, République tchèque, Hongrie, Lituanie, Russie) qui incriminent le négationnisme des crimes commis par le régime nazi et/ou par le régime communiste.

On qualifiera de « génériques » les lois qui incriminent le déni de crimes de DIH qui ne sont pas liés à l'histoire de l'Etat légiférant (Espagne) mais qui se caractérisent par le fait que, dans certaines lois,

- ces crimes ont été reconnus, soit, par une juridiction internationale ou un tribunal interne de l'Etat légiférant (Luxembourg), soit par une juridiction internationale ou par le parlement national (Grèce) ;
- le négationnisme de ces crimes poursuit des fins de discrimination raciale, ethnique, religieuse (Suisse), nationale, épidermique (Portugal) et sexuelle (Grèce).

Parmi les lois mentionnées, on notera que la loi polonaise est, à la fois, « spécifique » et « générique » car elle incrimine non seulement le négationnisme des crimes commis par les régimes nazi et communistes mais aussi le négationnisme des crimes contre la paix et des crimes de DIH sans liaison avec un moment particulier de l'Histoire. La formulation de la loi grecque tend aussi à faire de celle-ci une loi à la fois, « spécifique » et « générique » car elle semble incriminer non seulement le négationnisme des crimes commis par le régime nazi mais aussi des crimes de DIH sans lien particulier avec le nazisme ; la rédaction de la disposition est cependant ambiguë car elle pourrait être interprétée comme ne visant que les crimes nazis.

³⁷ *Moniteur grec*, 10 sept. 2014.

³⁸

II. Modes de contestation incriminés

12. Les lois citées incriminent la négation publique de crimes de DIH de deux manières : soit, purement et simplement, soit en assortissant cette incrimination de conditions qui, dans les textes cités revêtent quatre formes différentes, à savoir que, pour être punissable le négationnisme de crimes de DIH doit

- être apte à « troubler la paix publique » (Allemagne, *supra* § 7) ; ou
- consister en une minimisation « grossière » de ces crimes (Belgique, Suisse, Liechtenstein, *supra* §§ 7 et 10) ; ou
- viser à stigmatiser racialement les membres d'un groupe national, ethnique, religieux ou autre (Suisse, Portugal, Grèce, *supra* § 10) ; ou
- porter sur des crimes de DIH reconnus comme tels, soit, par une juridiction interne ou internationale (Luxembourg, *supra* § 10), soit, par une juridiction internationale ou le parlement national (Grèce, *supra* § 10).

On a donc six législations nationales qui limitent leur portée à des faits de négationnisme qui doivent répondre à un des critères énumérés ci-dessus. Ce faisant, ces lois rencontrent les critiques des historiens : on ne peut plus parler de « stalinisme de la pensée » ou de « soviétisation de l'histoire » (*supra* § 3) lorsqu'il s'agit de protéger la sensibilité des descendants des victimes qui ressentent le déni public des atrocités subies par leur communauté, soit, comme une forme d'injure liée à leur appartenance communautaire, soit, comme une discrimination à caractère raciste (ci-dessus). Dans les deux cas, il s'agit d'un dommage fautif au sens de l'art. 1382 des codes civils, belge et français. Il n'y a donc pas d'atteinte à la liberté d'expression et de recherche scientifique lorsqu'on sanctionne pénalement ce type de dommage car la pénalisation d'un comportement négationniste fait partie 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 » (Conv. EDH, art. 10, § 2 ; dans le même sens, Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, art. 19, § 3)

13. Les lois mémorielles qui subordonnent l'incrimination du négationnisme au fait que celui-ci doit affecter moralement une communauté entrent parfaitement dans le champ d'application des exceptions au principe de la liberté d'expression. Il ne s'agit jamais que de répondre à la volonté démocratiquement exprimée dans un Etat de prévenir l'infliction d'une souffrance vécue et ressentie par ceux qui en sont l'objet comme une forme de stigmatisation insupportable pour les membres d'une communauté religieuse, ethnique, nationale ou raciale.

14. Minimisation « grossière », négationnisme de nature à « troubler la paix publique », stigmatisation raciale, ces critères ne sont, cependant, pas toujours faciles à appliquer et l'interprétation qu'en font les tribunaux peut varier selon les juridictions saisies. L'aff. *Perinçek* en offre un bel exemple. Doğu Perinçek est un homme politique turc, président du Parti des travailleurs de Turquie. Il avait tenu en Suisse des discours dont voici quelques extraits significatifs :

« les allégations de 'génocide arménien' sont un mensonge international. [...] Le mensonge du 'génocide arménien' a été inventé pour la première fois en 1915 par les impérialistes anglais, français et de la Russie tsariste, qui voulaient partager l'Empire ottoman pendant la Première Guerre mondiale. [...] Ne croyez pas aux mensonges de type hitlérien tels que celui de 'génocide arménien'.
[...]

voici la vérité : il n'y a pas eu de génocide des Arméniens en 1915. Il s'agissait d'une bataille entre peuples et nous avons subi de nombreuses pertes. »³⁹

Condamné par les tribunaux suisses sur la base de l'art. 261*bis* du code pénal (*supra* § 10), il avait introduit un recours contre la Suisse devant la Cour EDH pour violation du droit à la liberté d'expression. La Grande Chambre de la Cour lui a donné raison et n'a pas suivi les conclusions des tribunaux suisses : les propos de Perinçek n'étaient pas suffisamment stigmatisants pour être assimilés à des appels à la discrimination raciale :

« les propos du requérant, appréciés comme un tout ainsi que dans leur contexte immédiat et plus général, ne peuvent pas être assimilés à des appels à la haine, à la violence ou à l'intolérance envers les Arméniens. Certes, ils étaient virulents et leur auteur était intransigeant mais il faut reconnaître qu'ils comportaient apparemment un élément d'exagération car ils cherchaient à attirer l'attention [...] »⁴⁰

La Grande Chambre conclut que les propos du requérant :

« [...] ne pouvaient être regardés comme ayant attenté à la dignité des membres de la communauté arménienne au point d'appeler une réponse pénale en Suisse [...] il n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, de condamner pénalement le requérant afin de protéger les droits de la communauté arménienne qui étaient en jeu en l'espèce. »⁴¹

La Cour estime donc, par 10 voix contre 7, que la Suisse a violé l'art. 10 de la Convention (liberté d'expression).

15. Cet arrêt est difficilement compréhensible car, d'une part, les discours de Perinçek n'avaient rien de scientifique et se résumaient à un raisonnement composé d'une juxtaposition d'affirmations non étayées et non fondées sur une quelconque forme de recherche sérieuse et scientifique, d'autre part, la Cour ignorait le caractère clairement insultant de ces discours (voy. les extraits reproduits § 14) pour la communauté arménienne, attitude incriminée par la loi suisse (*supra* § 10). C'est à juste titre, d'ailleurs, que l'opinion dissidente commune de sept juges dit, notamment :

« Ce discours, particulièrement pernicieux, et ses conséquences, ont été minimisés tout au long de l'arrêt. Même s'ils ne forment pas nécessairement un discours tombant sous le coup de l'article 17 de la Convention – encore que pour certains d'entre nous tel est effectivement le cas –, les propos litigieux constituent, à nos yeux, une dénaturation des faits historiques qui va bien au-delà d'une simple négation du génocide arménien en tant que qualification juridique. Ils contiennent l'*animus* d'insulter un peuple. Il s'agit d'un véritable détournement qui vise les Arméniens en tant que groupe, tente de justifier les agissements des autorités ottomanes en les présentant presque comme défensifs et revêt une connotation raciste dénigrant la mémoire des victimes, ainsi qu'il a été jugé à juste titre par le Tribunal fédéral. Dans la mesure où il tente de discréditer l' 'évidence', le discours en question – confirmé par ailleurs par le requérant à l'audience de façon très claire – peut même être assimilé à un appel sinon à la haine et à la violence, du moins à l'intolérance envers les Arméniens. Loin d'être de nature à la fois historique, juridique et politique, il présente les Arméniens comme les agresseurs du peuple turc. Il qualifie de 'mensonge international' l'emploi du terme 'génocide' pour désigner les atrocités commises contre les Arméniens. Le requérant se réclame d'ailleurs de Talaat Pacha, l'un des protagonistes des événements, présenté à l'audience comme un 'ami des Arméniens' (*sic*). Il s'agit là de propos qui dépassent, à notre sens, ce qui pourrait être acceptable au titre de l'article 10 de la Convention. »⁴²

16. On pourrait développer davantage la critique de cet arrêt mais tel n'est pas l'objet de la présente note qui se borne à exposer les différentes législations mémorielles considérées par

³⁹ Cour EDH, GC, 15 oct. 2015, *Perinçek c/ Suisse*, §§ 13 et 16.

⁴⁰ *Ibid.*, § 239.

⁴¹ *Ibid.*, § 280.

⁴² *Id.*, op. diss. Spielmann *et al.*, §. 4.

le soussigné. Cet arrêt n'en illustre pas moins la difficulté d'appliquer une loi mémorielle eu égard à la relativité et à la subjectivité de la vérité.

*

17. En conclusion, les lois mémorielles incriminant le négationnisme varient, tantôt selon l'objet du déni (judéocide, génocide, crimes contre l'humanité commis par les régimes nazis et communistes, *supra* §§ 10 s.), tantôt selon le mode de négationnisme (minimisation ou dénégation grossière de crimes de DIH en général, négationnisme stigmatisant une communauté ethnique, raciale, religieuse ou nationale, négationnisme conduisant à des troubles de la paix publique, négationnisme de faits pourtant reconnus par un organe judiciaire international ou interne, ou pas un organe parlementaire national, *supra* §§ 12 s.).

18. S'il est vrai que les lois mémorielles incriminant le négationnisme de crimes de DIH en général peuvent apparaître comme une entrave autoritaire à la recherche historique de caractère scientifique, cette intervention du législateur dans le travail de l'historien se justifie dès lors qu'il s'agit de prévenir des faits à caractère blessant qui ne peuvent être ressentis par ceux qui en sont victimes que comme une forme d'insulte à caractère raciste, xénophobe ou discriminatoire. Le déni simpliste et grossier de certaines vérités historiques est une atteinte portée à la mémoire des victimes de la même manière qu'un coup porté physiquement au corps de quelqu'un : comme l'a dit l'avocat G. Jakhian lors d'un discours prononcé, à l'Université libre de Bruxelles, en 2015, « les enfants des bourreaux ne sont pas des bourreaux ⁴³ mais les enfants des victimes restent des victimes » ⁴⁴.

Lorsqu'un peuple a vécu un traumatisme aussi énorme qu'un génocide (les Héréros en Namibie, en 1904 ⁴⁵, les Arméniens, les Araméens, les Grecs pontiques dans l'Empire ottoman en 1915, les Juifs et les Tziganes sous le régime nazi en 1940-1945, les Tutsis au Rwanda en 1994, pour ne citer que les génocides les plus connus), il est impossible de ne pas voir dans la négation de ces faits un tel manque de respect à l'égard de ces peuples qu'il ne peut qu'être assimilé à une injure à la mémoire de ces peuples, donc, à une faute civile (*supra* § 12). L'incrimination de cette faute décidée démocratiquement est un besoin social qui répond au trouble social causé par un fait négationniste.

19. Il ne s'agit cependant pas d'un obstacle à la recherche historique menée sur un plan scientifique, comme on l'a prétendu (*supra* § 3) : le législateur évite cette difficulté lorsqu'il interdit le négationnisme mené de manière « grossière » ou celui destiné à réveiller des sentiments discriminatoires ou racistes ou celui qui trouble la paix publique à l'instar de certaines lois (*supra* §§ 12 ss.). Promulguées sous cette forme, les lois mémorielles citées ici évitent d'affecter toute recherche historique menée de manière sérieuse et scientifique.

Certes, on pourra toujours dire qu'on a simplement déplacé le problème : nier une vérité largement démontrée ou la nier grossièrement suppose de toute façon une évaluation subjective du fait négationniste ou de sa forme ; pour objectiver davantage cette appréciation, on peut limiter l'incrimination aux faits constatés par un organe judiciaire ou parlementaire (*supra* § 12), mais il restera toujours une part de subjectivité inhérente au caractère humain de l'appréciation. La vérité n'est pas absolue, elle est relative. Cela n'empêche pas qu'on peut,

⁴³ Pour un témoignage émouvant, HATZFELD, J., *Un papa de sang*, Paris, Gallimard, 2015, pp. 71-79.

⁴⁴ Discours de bienvenue, « Commémoration humaniste du centenaire du génocide des Arméniens de 1915 », ULB, 13 février 2015.

⁴⁵ <https://fr.wikipedia.org/wiki/H%C3%A9r%C3%A9ros>

dans le cadre de cette relativité, incriminer un négationnisme inacceptable pour une société qui défend des valeurs morales et exclut toute infliction de souffrance définie et ressentie comme profondément injuste.

*

Lois mémorielles ⁴⁶

Etats	Source de l'incrimination	Nier seulement génocide nazi	Nier <i>grossièrement</i> un génocide ou des crimes de DIH	Nier tout génocide ou des crimes de DIH	Nier génocide reconnu par une autre instance (trib. int. ou internat ou parlement national)
Allemagne	Loi de 1992 ; c.p., art. 130, § 3	oui	Non mais déni de nature à troubler paix publique	non	non
Autriche	Loi n° 148 de 1992, art. 3, h	Oui	Oui	Non	Non
Belgique	Loi 23 mars 1995	Oui	Oui	Non	Non
Canada	Pas de loi mais signataire du Prot. Cybercrim.				
Espagne	c.p. de 2013, art. 607, § 2 :	Non	Ce n'est pas le déni mais la justification qui est incriminée ⁴⁷	Oui, y compris celui d'un groupe déterminé par le handicap de ses membres	Non
Etats-Unis	Liberté d'expression : 1 ^{er} amendement du Federal Bill of Rights				

⁴⁶ Ne sont reprises ici que les lois citées dans le texte ci-dessus et trouvées à travers Internet.

⁴⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/Laws_against_Holocaust_denial#Spain

France	Loi 1881 sur la liberté de la presse, art. 24 <i>bis</i> (loi 13 juillet 1990)	Oui + crimes de guerre et crimes contre la paix	Non, simple fait de contester existence de ces crimes	Non	Non
Grèce	loi du 9 septembre 2014	Non	Non mais déni de nature à inciter haine ou, violence contre un groupe	Oui	Oui
Israël	loi du 8 juillet 1986	Oui	Non	Non	Non
Italie	En projet ?				
Liechtenstein	C.p., § 283	Non	Oui	Oui + crimes contre l'humanité	Non
Luxembourg	Loi 19 juillet 1997, c.p., art. 457-3	Non	Non	Oui + autres crimes de DIH	Oui
Pays scandinaves	Rien : liberté d'expression prime				
Pays-Bas	Pas d'incrimination explicite mais négationnisme = forme de diffusion de la haine = infraction				
Pologne	Loi 18 déc. 1988, art. 55	Non	Non	Oui + autres crimes de DIH, crimes contre la paix, et crimes communistes commis contre des Polonais entre 1939 et 1989	Non
Rép. tchèque	Loi de 2001	non	non	Non, seulement génocide et autres crimes nazis et communistes	Non

Roumanie	Ordonnance 13 mars 2002	Oui	Non	Non	Non
R.-U.	Rien : liberté d'expression prime				
Russie	loi de mai 2014 incrimine déni des crimes nazis et distorsion du rôle de l'URSS en 40-45	Non		Non	Négation crimes nazis établis par TMI Nur.
Suisse	loi du 18 juin 1993, c.p., art. 261 <i>bis</i>	non	oui	oui	non