

Pour une lecture juridique des quatre lois « mémorielles »

GARIBIAN, Sévane

Abstract

La promulgation de la loi du 23 février 2005 « portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés » donne lieu à un important débat public et à la diffusion d'une pétition d'historiens exigeant l'abrogation de toutes les lois dites mémorielles (loi de 2005 en cause, mais aussi loi Gayssot de 1990, loi reconnaissant le génocide arménien et loi Taubira de 2001). Cette pétition repose sur une dénonciation qui présuppose que lesdites lois, mises sur le même plan, auraient une fonction et un objet identiques. Or ce double présupposé est critiquable : d'une part, le fait d'appréhender ces textes comme ayant la même fonction, celle de sanctionner un comportement, est basé sur une confusion qu'il s'agit de clarifier ; d'autre part, considérer qu'ils ont le même objet, en l'occurrence l'établissement d'une vérité officielle par le Parlement ou les juges, relève d'un malentendu qu'il convient de dissiper s'agissant des lois de 1990 et de 2001. Ainsi le problème ne serait pas tant celui d'une inflation législative alarmante de lois scélérates, établissant [...]

Reference

GARIBIAN, Sévane. Pour une lecture juridique des quatre lois « mémorielles ». *Esprit*, 2006, no. Février, p. 158-173

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:23569>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Pour une lecture juridique des quatre lois « mémorielles »*

Sévane GARIBIAN

« Ils n'ont pas dit que j'étais mort,
c'est donc que je suis vivant »

Mahmoud Darwich¹

Un débat divise l'opinion depuis la promulgation de la loi du 23 février 2005 « portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés »². Peu après sa publication au *Journal officiel*, une poignée d'historiens menés par Claude Liauzu, Gilbert Meynier et Gérard Noirel, lancent une première pétition³ qui recueille plus d'un millier de signatures en moins de 3 semaines, et donne lieu à une conférence de presse associant à grand bruit la Ligue des droits de l'homme, le MRAP et la Ligue de l'enseignement. La dénonciation est radicale et vise l'abrogation de cette loi : celle-ci, en particulier à son article 4⁴, ne retient que le « rôle positif » de la France coloniale et « impose une histoire officielle, contraire à la neutralité scolaire et au respect de la liberté de pensée qui sont au cœur de la laïcité »⁵.

* Article publié dans la revue *Esprit*, février 2006, pp. 158-173. L'auteur tient à remercier tout particulièrement Alberto Puppo pour sa relecture attentive et ses précieuses observations.

¹ M. DARWICH, *Une mémoire pour l'oubli*, Actes Sud, Arles, 1994, p. 11.

² Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *Journal officiel*, 24 février 2005.

³ La pétition, intitulée « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle », est lancée le 25 mars 2005 dans le journal *Le Monde*. Voir aussi C. LIAUZU, « Une loi contre l'Histoire », *Le Monde diplomatique*, avril 2005.

⁴ Article 4 de la loi du 23 février 2005 : « Les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite. *Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit.* La coopération permettant la mise en relation des sources orales et écrites disponibles en France et à l'étranger est encouragée » (nous soulignons). Quant à l'article 1, il dispose : « *La Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française.* Elle reconnaît les souffrances éprouvées et les sacrifices endurés par les rapatriés, les anciens membres des formations supplétives et assimilés, les disparus et les victimes civiles et militaires des événements liés au processus d'indépendance de ces anciens départements et territoires et leur rend, ainsi qu'à leurs familles, solennellement hommage » (nous soulignons). Voir également le rapport Diefenbacher, à l'origine de la loi du 23 février 2005, sur le site www.ladocumentationfrançaise.

⁵ Le texte complet de la revendication est le suivant : « Il faut abroger d'urgence cette loi, parce qu'elle impose une histoire officielle, contraire à la neutralité scolaire et au respect de la liberté de pensée qui sont au cœur de la laïcité ; parce que, en ne retenant que le 'rôle positif' de la colonisation, elle impose un mensonge officiel sur des crimes, sur des massacres allant parfois jusqu'au génocide, sur l'esclavage, sur le racisme hérité de ce passé ; parce qu'elle légalise un communautarisme nationaliste suscitant en réaction le communautarisme de groupes ainsi interdits de tout passé ».

Alors que le ministre de l'Éducation nationale tente d'apaiser la polémique⁶, la dénonciation de la loi rebondit en décembre à l'occasion de l'affaire Olivier Pétré-Grenouilleau, historien spécialiste de l'esclavage poursuivi en justice pour ses propos tenus dans un entretien au *Journal du dimanche*, à propos de son livre sur *Les traites négrières*⁷. Au même moment, Jacques Chirac confie au président de l'Assemblée nationale, Jean-Louis Debré, une « mission pluraliste pour évaluer l'action du Parlement dans les domaines de l'Histoire et de la mémoire »⁸. Le 12 décembre 2005, 19 historiens rendent publique une déclaration contre les « interventions politiques » dans leur travail et publient une nouvelle pétition, « Liberté pour l'Histoire »⁹, visant cette fois, au-delà même de l'abrogation de la loi du 23 février en cause, celle de toutes les lois restreignant « la liberté des historiens », autrement dit : la loi du 13 juillet 1990 réprimant la contestation du génocide du peuple Juif (loi Gaysot)¹⁰, la loi du 29 janvier 2001 reconnaissant le génocide arménien de 1915¹¹, et la loi du 21 mai 2001 reconnaissant la traite et l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (loi Taubira)¹². Ils sont relayés, trois jours plus tard, par 25 intellectuels de gauche exprimant la même demande au nom de la « liberté de débattre »¹³.

⁶ Voir notamment l'éditorial de Gérard Dupuy ainsi que l'article d'Antoine De Baecque dans le journal *Libération* du 17 octobre 2005.

⁷ Professeur à l'Université de Lorient, Olivier Pétré-Grenouilleau est poursuivi par le Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais (voir son entretien au *Journal du dimanche* du 12 juin 2005). Il est accusé de nier le caractère de crime contre l'humanité reconnu à la traite négrière par la loi dite Taubira du 21 mai 2001. Son assignation devant le Tribunal de grande instance de Paris, le 30 novembre 2005 (cf. *Libération* du même jour), suscite immédiatement un vif émoi chez les historiens et donne lieu à l'organisation d'un forum, par Jean-Pierre Azéma, autour de la question de l'esclavage à l'Institut de Sciences Politiques (le 3 décembre 2005).

⁸ Cf. *Libération* du 21 décembre 2005. Peu après, Nicolas Sarkozy, président de l'UMP, charge l'avocat contesté Arno Klarsfeld d'une mission concurrente visant un « travail approfondi sur la loi, l'histoire et le devoir de mémoire » : voir l'entretien de Nicolas Sarkozy dans *Libération* du 23 décembre, ainsi que celui d'Arno Klarsfeld dans *Le Monde* du lendemain et dans *Libération* du 30 décembre, où l'avocat se prononce d'ores et déjà sur la question en affirmant que « si ce n'est pas au législateur de rédiger l'histoire, c'est à lui de fixer des bornes morales ». Et d'ajouter : « il faut se souvenir que, dans les années 1980, les manuels scolaires rédigés par des historiens agrégés ne mentionnaient jamais que les trois quarts des juifs de France avaient été arrêtés par la police française, et non par la Gestapo. Quant à la loi sur le génocide arménien, elle était nécessaire, car la Turquie le conteste alors même qu'elle veut entrer dans l'Europe ».

⁹ La pétition, adressé à l'Élysée, à Matignon, aux groupes parlementaires, à l'Assemblée nationale et au Sénat, est publiée le 13 décembre dans *Libération*, ainsi que le 14 décembre dans *Le Monde* et *Le Figaro*. Parmi les signataires, on trouve notamment Pierre Milza, Jean-Pierre Azéma, Pierre Nora, Pierre Vidal-Naquet, Paul Veyne, Jean-Pierre Vernant et Jacques Julliard. Notons que les signataires de la première pétition du 25 mars 2005 ne se joignent pas à cette revendication.

¹⁰ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *Journal officiel*, 14 juillet 1990.

¹¹ Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *Journal officiel*, 30 janvier 2001.

¹² Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *Journal officiel*, 23 mai 2001.

¹³ Il s'agit notamment d'Edgar Morin (lequel, rappelons-le, fut condamné le 26 mai 2005 par la Cour de Versailles pour diffamation raciale, suite à la publication de l'article « Israël-Palestine : le cancer » dans *Le Monde* du 4 janvier 2002, co-signé avec Sami Nair et Danièle Sallenave), Max Gallo et Paul Thibaud : cf. *Le Monde* du 15 décembre 2005.

Deux camps s'affrontent par médias interposés : d'un côté, les détracteurs des lois « mémorielles »¹⁴, pointées du doigt comme empêchant les chercheurs de « travailler dans le respect d'une séparation de l'Etat et de la connaissance », puisque « dans un Etat libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique »¹⁵ ; de l'autre, les opposants à cette vague abrogative qui, à travers l'appel « Ne mélangeons pas tout » (diffusé le 20 décembre), affirment qu'il est « pernicieux de faire l'amalgame entre un article de loi éminemment discutable et trois autres lois de nature radicalement différente »¹⁶. Le 21 décembre, la discussion au Sénat d'un projet de « loi de programme pour la recherche » se clôt par le rejet de deux amendements identiques des groupes PS et PCF visant à abroger l'article 4 de la loi du 23 février 2005 (165 voix contre 135)¹⁷. Le 4 janvier, Jacques Chirac annonce que cet article de loi doit être « réécrit », « afin de parvenir à une rédaction qui rassemble et apaise les esprits »¹⁸.

La pétition exigeant l'abrogation des quatre lois « mémorielles » repose sur une dénonciation qui présuppose que lesdites, mises sur le même plan, auraient une fonction et un objet identiques. Or ce double présupposé est erroné : d'une part, le fait d'appréhender ces textes comme ayant la même fonction, celle de sanctionner un comportement, est basé sur une confusion qu'il s'agit de clarifier ; d'autre part, considérer qu'ils ont le même objet, en l'occurrence l'établissement d'une vérité officielle par le Parlement ou les juges, relève d'un malentendu qu'il convient de dissiper s'agissant à la fois de la Gayssot, et des deux lois de 2001.

Une confusion sur la fonction des lois : lois déclaratives, lois normatives ?

Les quatre lois en question, si elles font chacune référence à un fait de l'Histoire, ont pourtant des fonctions distinctes, qu'il s'agit de dissocier. De toutes les lois dénoncées, seule la loi Gayssot contient une *norme pénale*, applicable par les juges. Contrairement à ce que laisse entendre le texte de la pétition « Liberté pour l'Histoire »¹⁹, elle est la seule à poser un

¹⁴ Expression notamment utilisée par Françoise Chandernagor (également signataire de la pétition du 12 décembre) dans un texte paru au journal *Le Monde* du 17 décembre 2005, titré « L'enfer des bonnes intentions », et systématiquement reprise par les opposants aux quatre lois précitées.

¹⁵ Extraits de la pétition « Liberté pour l'Histoire ». Parallèlement, les parlementaires européens refusent (le 13 décembre) de défendre l'immunité de Bruno Gollnisch, poursuivi sur le fondement de la loi Gayssot pour ses propos sur les chambres à gaz, tenus en octobre 2004 (il avait notamment déclaré : « Quant à l'existence des chambres à gaz, c'est aux historiens d'en discuter »). Se greffant au débat qui fait rage, l'écu d'extrême droite envisage alors publiquement de demander à plusieurs historiens de venir témoigner en sa faveur lors de son procès prévu en mai 2006 (cf. *Libération* du 15 décembre 2005).

¹⁶ Cet appel, publié par le journal *20 minutes* en réaction à la pétition du 12 décembre, est signé par 32 personnalités (écrivains, juristes et historiens), dont Yves Chevalier, Didier Daeninckx, Yves Ternon, Joël Kotek, Frédéric Encel, Bernard Jouanneau, Alain Jakubowicz, Serge Klarsfeld, Claude Lanzmann, Marc Levy ou encore Odile Morisseau.

¹⁷ Cf. *Le Figaro* du 23 décembre 2005.

¹⁸ *Le Figaro* du 5 janvier 2006.

¹⁹ « C'est en violation de ces principes que des articles de lois successives notamment lois du 13 juillet 1990, du 29 janvier 2001, du 21 mai 2001, du 23 février 2005 ont restreint la liberté de l'historien, lui ont dit, *sous peine*

interdit, par ailleurs exclusif (la contestation du génocide des Juifs)²⁰, en modifiant la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 par l'insertion d'un article 24 bis²¹.

Les trois autres ont, certes, en commun de ne créer aucun délit, de ne prévoir aucune sanction ; mais elles ne peuvent pour autant être appréhendées de la même manière : alors que les lois des 21 mai 2001 (loi Taubira) et 23 février 2005 ont une *fonction normative* certaine, la loi du 29 janvier 2001 reconnaissant le génocide arménien n'a, quant à elle, qu'une simple *fonction déclarative*, dépourvue de tout effet juridique. Telle quelle, son adoption ne revient, concrètement, ni à indiquer au Gouvernement français une orientation à suivre, ni même à l'inciter à agir dans un sens ou un autre²² ; encore moins à sanctionner le travail des historiens.

1. *Fonction normative, fonction déclarative.* La fonction normative de la loi Gayssot ne fait aucun doute : ce texte de loi crée un délit en prohibant une certaine conduite. Les lois des 21 mai 2001 et 23 février 2005, quant à elles, sans être de nature pénale, ont également une *fonction normative* en ce qu'elles énoncent, au-delà même de l'obligation relative à

de sanctions, ce qu'il doit chercher et ce qu'il doit trouver, lui ont prescrit des méthodes et posé des limites » (nous soulignons).

²⁰ La loi ne prévoit en effet que la condamnation pénale de propos négationnistes visant les crimes nazis, à l'exclusion de tout autre crime contre l'humanité ou génocide. Pour une critique de cette exclusivité, voir S. GARIBIAN, « La loi Gayssot ou le droit désaccordé », in C. COQUIO dir., *L'Histoire trouée. Négation et témoignage* (Actes du colloque tenu à la Sorbonne les 16, 17, 18 et 19 septembre 2002), l'Atalante, Nantes, 2004, pp. 231 ss. La décision du Tribunal correctionnel de Paris du 18 novembre 1994 le confirme, à l'occasion de l'action engagée contre l'historien Bernard Lewis, accusé de contestation du génocide des Arméniens sur le fondement de la loi Gayssot. L'action est jugée irrecevable, les juges de la 17^e chambre estimant que la loi n'est pas applicable, puisqu'elle « a pour effet d'exclure de la protection contre la contestation (...) tous les autres crimes contre l'humanité comme, en l'espèce, ceux dont a été victime le peuple arménien en 1915 ». Lewis sera en définitive condamné par application de l'article 1382 du Code civil, pour manquement à ses devoirs d'objectivité et de prudence (TGI Paris, 21 juin 1995, *Les petites affiches*, 29 septembre 1995, n° 117, p. 17). Les juges de la 17^e chambre du tribunal correctionnel rappellent encore le caractère exclusif de la protection de la loi Gayssot dans leur décision du 15 novembre 2004, relative aux poursuites engagées par le Comité de défense de la cause arménienne (CDCA) à l'encontre du consul général de Turquie à Paris, Aydın Sezgin : « (...) il est incontestable que la négation du génocide arménien n'entre pas dans les prévisions de l'article 24 bis de la loi de 1881 (...) ». Les poursuites du CDCA portent sur des textes publiés sur le site internet du consulat sous le titre « allégations arméniennes et faits historiques », où il est notamment question du « soi-disant génocide ». Débouté par le tribunal correctionnel, le CDCA a fait appel. Pour plus d'informations sur le déroulement de cette affaire en cours, nous renvoyons au site internet : www.cdca.asso.fr.

²¹ Article 24 bis : « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'art. 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'art. 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'art. 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'art. 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Sur l'usage de la notion de *contestation* plutôt que celle de *négation*, voir : S. GARIBIAN, « La loi Gayssot ou le droit désaccordé », *Op. cit.*, pp. 224 ss.

²² L'adoption de cette loi n'a par exemple pas empêché le Gouvernement français de se prononcer favorablement à l'intégration de la Turquie en Europe, alors même qu'il s'agit d'un Etat qui nie activement l'existence du génocide des Arméniens – position politique pourtant difficilement conciliable avec les valeurs européennes. Notons que la loi du 29 janvier 2001, si elle reconnaît l'existence de ce génocide, évite pourtant scrupuleusement, pour des raisons diplomatiques évidentes, de mentionner les responsables – en l'occurrence, le Gouvernement Jeunes-Turcs de l'Empire ottoman.

l'enseignement (respectivement à leurs articles 2²³ et 4²⁴), des règles de droit qui posent un certain nombre de prescriptions.

La loi Taubira, par exemple, prévoit l'introduction d'une requête en reconnaissance de la traite négrière comme crime contre l'humanité auprès du Conseil de l'Europe, requête visant « également la recherche d'une date commune au plan international pour commémorer l'abolition de la traite négrière et de l'esclavage » (article 3) ; elle précise les modalités pour fixer une date de commémoration annuelle de l'abolition de l'esclavage en France métropolitaine (article 4) ; et, surtout, elle permet aux associations de défense de la mémoire des esclaves de se porter parties civiles dans les procès pour provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, pour diffamation, ou encore pour injure, au sens des articles 24 (dernier alinéa), 32 alinéa 2 et 33 alinéa 3 de la loi sur la presse de 1881²⁵ (article 5 de la loi Taubira).

De même, la loi du 23 février 2005 prévoit la « création d'une fondation pour la mémoire de la guerre d'Algérie, des combats du Maroc et de Tunisie » (article 3) ; et fixe les droits des harkis (énumérés aux articles 5 à 13), dont celui de se prévaloir – dans le cadre des lois déjà en vigueur – des interdictions d'injure ou diffamation commises « envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki », et d'apologie des crimes « commis contre les harkis » (article 5).

En revanche, la loi du 29 janvier 2001 est un simple texte à *fonction déclarative*, qui dispose dans un article unique que « la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 », sans autres précisions²⁶. On voit mal comment réclamer ou attendre l'application d'un tel texte de loi par un juge puisqu'il ne pose, en l'état, aucune obligation, interdiction ou permission ; aucune règle de droit. Il s'agit d'un acte législatif contenant une déclaration qui, dépourvue de l'effet juridique attaché à une norme proprement dite, n'en matérialise pas moins un engagement – symbolique – de volonté : celui de faire valoir ou constater, solennellement, un fait préexistant attestés par les historiens.

A vrai dire, la lecture des débats parlementaires relatifs à la reconnaissance législative du génocide des Arméniens est fort éclairante sur les raisons du caractère strictement déclaratif de ce texte de loi : à l'issue du processus parlementaire, la loi du 29 janvier 2001 a été en réalité amputée de tous les amendements initialement proposés, susceptibles d'attacher à ce texte des conséquences juridiques et lui conférer un caractère normatif. Plus précisément, la loi fut dépouillée d'un amendement prévoyant de demander au Gouvernement d'œuvrer au

²³ Article 2 de la loi Taubira du 21 mai 2001 : « Les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent (...) ».

²⁴ Cf. *supra*, note 4.

²⁵ Il s'agit des interdits posés par la loi de 1881, visant la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence (article 24, dernier aliéna), ainsi que la diffamation (article 32 alinéa 2) ou l'injure (article 33 alinéa 3), envers une personne ou un groupe de personnes *à raison de leur origine, de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée*.

²⁶ Sur cette loi, voir également O. MASSERET, « La reconnaissance par le Parlement français du génocide arménien de 1915 », *Vingtème siècle*, janv.-mars 2002, pp. 139-155, ainsi que S. GARIBIAN et S. RAPIN, « Le génocide arménien hors la loi ? », in C. COQUIO et C. GUILLAUME dir., *Des crimes contre l'humanité en République française (France 1990-2002)*, L'Harmattan, Paris, à paraître.

plan international à la reconnaissance et à la réparation du génocide de 1915 ; d'un autre, instaurant une journée nationale commémorative à la mémoire des victimes ; et, surtout, de celui modifiant la loi Gayssot de manière à élargir son champ d'application à la contestation du génocide arménien²⁷. Dans le même ordre d'idée, rappelons aussi que depuis le vote de cette loi « mutilée » de 2001, à normativité fantôme, plusieurs propositions de lois visant à la compléter en réprimant la négation du génocide des Arméniens, ont été déposées à l'Assemblée nationale, sans suite²⁸. En l'état, exiger son abrogation au motif que, liberticide, cette loi constituerait un obstacle au travail des historiens relève incontestablement d'un non sens.

2. *Obstacles à la reconnaissance législative d'un fait historique.* « Inoffensive » dans le cadre du débat qui nous intéresse, la loi du 29 janvier 2001 a toutefois donné lieu à une controverse juridique, au moment de son adoption, au motif qu'il ne s'agirait pas d'une « vraie » loi – puisqu'elle ne contient aucune règle – et serait donc contraire à notre Constitution²⁹. La reconnaissance du génocide des Arméniens, ou de tout autre génocide ou crime contre l'humanité, serait-elle un acte législatif inconstitutionnel ? A première vue, la mise en doute de la constitutionnalité de ce texte se comprend aisément. En effet, « par essence, la loi se rattache au phénomène plus général du droit, ce dont il résulte qu'une loi ne peut être dite telle que si son contenu peut s'exprimer par une ou plusieurs normes »³⁰. Néanmoins, ce qui est en jeu ici est la question de savoir si la Constitution du 4 octobre 1958 impose ou non un contenu normatif aux lois.

²⁷ Ce dernier amendement, particulièrement important, fut proposé par MM. Roland Blum et François Rochebloine en 1998, et rejeté dès le travail en commission. Il visait l'insertion, dans le texte de la loi Gayssot, de l'alinéa suivant : « Seront punis des mêmes peines ceux qui auront contesté tout autre crime contre l'humanité sanctionné par l'application des articles 211-1, 212-1 et 212-2 du code pénal ou par un tribunal international ou reconnu comme tel par une organisation intergouvernementale, quel que soit le lieu ou la date à laquelle le crime a été commis ». A noter que plusieurs propositions de lois visant l'extension de la loi Gayssot avaient déjà été préalablement déposées à l'Assemblée nationale en 1995, en vain : proposition de loi n° 2039 présentée par M. François Rochebloine (pour une extension à tous les génocides) ; proposition de loi n° 1872 présentée par M. Patrick Devedjian (pour une extension à tous les crimes contre l'humanité) ; propositions de loi n° 1932 présentée par MM. Mercieca et autres, et n° 2028 présentée par MM. Didier Migaud et autres (pour une extension « notamment (...) au génocide arménien »).

²⁸ Notamment : proposition de loi n° 1359 du 15 janvier 2004 présentée par M. Philippe Pemezec (pour la répression de la négation de l'existence du génocide arménien « dans les mêmes conditions que les autres crimes contre l'humanité ») ; proposition de loi n° 1643 du 8 juin 2004 présentée par MM. Didier Migaud et autres (pour une sanction de la négation du génocide arménien) ; ou encore, proposition de loi n° 2135 du 24 février 2005 présentée par Thierry Mariani (pour la sanction de la contestation « de tous les crimes contre l'humanité »). Voir également les interpellations faite au Gouvernement à ce sujet, à l'Assemblée nationale, par Christophe Massé et René Rouquet (séance du 5 avril 2005), ainsi que François Rochebloine (séance du 13 avril 2005).

²⁹ Pour une réponse à cette controverse, publiée au moment de la procédure parlementaire : S. GARIBIAN et S. RAPIN, « Un marchandage de l'Histoire », *Libération*, 23 mars 2000.

³⁰ R. LIEBCHABER, *Revue trimestrielle de droit civil*, chronique, 1999, p. 242.

Sur ce point, la pratique constitutionnelle révèle une évolution sensible³¹. Le Parlement et le Gouvernement interprètent la Constitution comme permettant à la loi d'édicter des normes très vagues, « à charge juridique nulle » selon les mots de Jean Foyer. Ce changement est consacré en 1982 par le Conseil constitutionnel. Il admet en effet qu'une loi peut contenir des dispositions « dépourvues de tout effet juridique et [qui], en raison même de leur caractère inopérant, n'ont pas à faire l'objet d'une déclaration de non conformité à la Constitution »³². On voit donc que, bien que ne posant aucune règle de droit, la reconnaissance législative d'un génocide n'implique pas le sacrifice de la légalité constitutionnelle. Autrement dit, elle peut avoir lieu sans contredire la Constitution³³.

Mais la loi déclarative du 29 janvier 2001 a également fait naître une autre critique à l'époque de son adoption, d'ordre non plus strictement juridique, mais de politique juridique : adopter ce type de texte contribuerait à dénaturer la loi. En l'espèce, une telle critique consistait aussi en un soupçon de « communautarisme ». En ce sens, Guy Carcassonne écrivait en 1999 : « On connaissait déjà les lois de pure circonstance. Voilà que l'on commence à découvrir les lois de pure complaisance »³⁴. Reconnaître un fait historique contribuerait donc à l'inflation législative en adoptant une loi inutile – ou symbolique – afin de satisfaire des intérêts particuliers.

Cette critique, qui s'inscrit dans le cadre plus vaste d'une dénonciation de la « crise de la technique législative », revoit le jour dans le cadre du débat actuel relatif aux lois « mémorielles »³⁵ ; il est donc également utile d'y répondre. Une telle critique appelle deux remarques. D'une part, on sait combien la France est encore marquée par une idéologie rousseauiste laquelle, en conséquence d'une critique de la représentation, prohibe l'existence du *lobbying*. Néanmoins, nul n'ignore que la plupart des lois répondent, à leur origine, à des intérêts particuliers. La procédure législative a précisément pour fonction de convertir ceux-ci en intérêt général³⁶.

D'autre part, la critique présuppose que la reconnaissance du génocide des Arméniens, par exemple, a pour objet exclusif les intérêts de la communauté des Français d'origine

³¹ C'est ainsi que sont notamment apparues les lois portant approbation du plan, les lois d'orientation et les lois de programme, qui forment « une catégorie de textes formellement législatifs dont la vocation n'est pas d'édicter des normes impératives mais d'approuver un programme d'action ou la détermination d'objectifs à caractère économique, social, ou financier, proposés par le Gouvernement » (B. BAUFUME, « La réhabilitation des résolutions : une nécessité constitutionnelle », *Revue de droit public*, 1994, p. 1432).

³² Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982 ; cf. aussi *Actualité Juridique. Droit administratif*, 1982, p. 652 ; également L. FAVOREU, *Revue de droit public*, chronique, 1983, p. 333. Pour une critique, voir D. BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », *Revue de droit public*, 1985, pp. 751 ss.

³³ Pour une analyse juridique détaillée, nous renvoyons à S. GARIBIAN et S. RAPIN, « Le génocide arménien hors la loi ? », *Op. cit.*

³⁴ G. CARCASSONNE, « La loi dénaturée », *Le Point*, n° 1389, 30 avril 1999.

³⁵ Voir par exemple F. CHANDERNAGOR, « L'enfer des bonnes intentions », *Le Monde*, 17 décembre 2005, ou J. DE SAINT-VICTOR, « Polémique », *Le Figaro littéraire*, 22 décembre 2005.

³⁶ La plupart des règles gouvernant la discussion parlementaire peuvent être comprises de la sorte (droit d'amendement, principe de la navette entre l'Assemblée nationale et le Sénat, saisine du Conseil constitutionnel, etc.).

arménienne. Or ce présupposé est tout à fait discutable. On peut penser que dire officiellement et par écrit que les événements de 1915 constituent un génocide permet aux victimes directes ou indirectes un accès au deuil. Cependant, une telle reconnaissance ne vise pas seulement les victimes, mais également le corps social auquel elles appartiennent : reconnaître un génocide participe, comme chacun sait, au devoir de mémoire³⁷.

C'est le Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, Jean-Jack Queyranne, qui fut par ailleurs le plus explicite à ce sujet lors de l'adoption de la loi reconnaissant la traite négrière et l'esclavage comme étant un crime contre l'humanité : « Aujourd'hui, le temps est venu d'effectuer le travail (...) de la mémoire. Il correspond à une exigence éthique de la conscience, mais également à une nécessité collective. Je suis profondément persuadé qu'il n'y a pas de possibilité de construire un avenir avec les peuples qui ont été opprimés, détruits dans leur chair et dans leur culture si l'on ne se résout pas à assumer l'Histoire. (...) La proposition de loi de vos collègues députés a cet objet : faire mémoire aujourd'hui de l'ignominie d'un système qui a nié pendant plus de deux siècles la dignité humaine des noirs, afin de prévenir des atteintes, insidieuses ou spectaculaires, toujours susceptibles de resurgir, comme hélas ! le bilan du XXe siècle l'a démontré, jusqu'à l'horreur. Exercer le devoir de mémoire et s'acquitter d'une dette envers des frères humains, c'est à tout cela que nous engage ce texte »³⁸.

Cela se comprend d'autant plus que la reconnaissance d'un génocide – c'est-à-dire son identification comme une chose réelle, un *existant* – constitue, surtout, une réponse politique au phénomène négationniste : elle permet d'affirmer qu'il existe une limite à l'exercice du pouvoir politique, en stigmatisant les valeurs portées par les gouvernements ayant commis un tel crime. L'adoption de la loi du 29 janvier 2001 est avant tout un geste politique fort³⁹ face à un négationnisme d'Etat actif et organisé de la part d'une Turquie candidate à l'intégration européenne. Aussi ne s'agit-il pas d'opposer en l'espèce, d'un côté l'intérêt institutionnel visant à juguler l'inflation législative, et de l'autre les intérêts particuliers de la communauté des français d'origine arménienne. Il s'agit plutôt d'une opposition entre cet intérêt institutionnel et ceux, collectifs, ayant trait au devoir de mémoire et à la lutte contre le négationnisme⁴⁰. D'autant que l'on peut voir en cette lutte une manière singulière de préserver la démocratie⁴¹.

Un malentendu sur l'objet des lois de 1990 et 2001 : qualification officielle de l'Histoire ?

La demande d'abrogation des quatre lois dites mémorielles est notamment justifiée par un double constat relatif à leur objet : d'une part, elles établiraient une vérité officielle par le

³⁷ C'est en ce sens que la proposition de loi ayant trait au génocide arménien fut initialement accompagnée d'un certain nombre d'amendements, comme par exemple celui relatif à l'instauration d'une journée nationale commémorant le 24 avril 1915 (date marquant le début du processus génocidaire). Cf. *supra*.

³⁸ Discussion au Sénat, 23 mars 2000, *Journal officiel - Débats parlementaires*.

³⁹ Dans le même sens : O. MASSERET, « La reconnaissance par le Parlement français du génocide arménien de 1915 », *Op. cit.*, p. 154.

⁴⁰ Sur ce point, cf. J. LANG, « La reconnaissance par la France du génocide arménien », in E. YAKPO and T. BOUMEDRA ed., *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 721 ss.

⁴¹ A ce propos, voir S. GARIBIAN et S. RAPIN, « Le génocide arménien hors la loi ? », *Op. cit.*

Parlement ; d'autre part, elles permettraient l'immixtion des juges dans le travail des historiens⁴². Dans les deux cas, il s'agirait d'une confusion des rôles législateur-historien et juge-historien bien évidemment tendancieuse dans une démocratie. Or, s'agissant des lois de 1990 et 2001, un tel constat est en réalité fondé sur un malentendu. Du point de vue de son objet, seul le texte de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 pose effectivement problème en faisant d'une position politique, idéologique, le contenu des enseignements scolaires⁴³.

1. *Le « législateur-historien »*. Les lois en question introduisent-elles une vérité officielle par qualification législative de l'Histoire ? Il s'agit avant tout de préciser ce que l'on entend par « qualification » de l'Histoire, c'est-à-dire s'il est question ici de qualification au sens juridique ou au sens commun. On ne peut pas dire qu'il s'agisse de qualification juridique à proprement parler. Cette opération consiste à subsumer un fait sous une catégorie juridique, au sein d'une décision, autrement dit c'est ce que fait le juge quand il décide, par exemple, que tel écrit est constitutif du délit puni par la loi Gayssot. Dans ce sens là, aucune des lois dénoncées ne qualifie quoi que ce soit. Au sens commun, la qualification peut être comprise comme le simple fait d'employer un mot pour désigner une chose, ce qui est effectivement réalisé par les textes précités. La question est donc de savoir, d'une, s'il est *possible* (d'un point de vue juridique) et, de deux, s'il est *souhaitable* (d'un point de vue politique) que le Parlement emploie un mot pour désigner un événement historique.

Le premier point ne pose guère de difficultés. La Constitution de 1958, même étendue au Préambule de 1946 et à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC), est muette à ce sujet. Quant au Conseil constitutionnel, il ne s'est pas prononcé à ce jour sur cette question, et l'existence même des lois en question – à propos desquelles il n'a pas été saisi – laisse entendre que les parlementaires se sont reconnus une telle compétence. Ce qui, du reste, n'a rien de surprenant lorsque l'on se souvient que le Parlement a eu plusieurs fois l'occasion de qualifier l'Histoire par ailleurs, comme par exemple au sujet de la « guerre d'Algérie »⁴⁴ ou des « Justes de France »⁴⁵. De surcroît, il serait possible d'estimer qu'un acte visant à reconnaître des faits historiques de cette dimension relève de la mise en œuvre de règles et principes à valeur constitutionnelle, dont la compétence revient au législateur. On pourrait considérer, par exemple, que le Parlement condamne ainsi les valeurs des « régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine »⁴⁶, en déterminant

⁴² Le texte de la pétition « Liberté pour l'Histoire », du 12 décembre 2005, stipule en effet que « dans un Etat libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir, la vérité historique. La politique de l'Etat, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire ».

⁴³ Voir aussi, en ce sens, l'appel « Ne mélangeons pas tout », du 20 décembre 2005.

⁴⁴ Par l'adoption de la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc », *Journal officiel*, 20 octobre 1999.

⁴⁵ Par l'adoption de la loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux « Justes » de France, *Journal officiel*, 11 juillet 2000.

⁴⁶ Cf. alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 16 avril 1946, faisant partie du bloc de constitutionnalité, depuis la très célèbre décision du Conseil constitutionnel : décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Journal officiel*, 18 juillet 1971.

concrètement le principe de « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation »⁴⁷.

Quant au second point, il est permis de juger que, même juridiquement possible, une telle qualification serait contraire aux valeurs démocratiques : en employant un mot pour désigner un fait historique, le Parlement trancherait ainsi un débat d'historiens. Le grief est d'importance et on pressent aisément qu'un Etat où la vérité historique est établie par le Parlement ne puisse se prévaloir d'un caractère démocratique. Or en adoptant les lois de 1990 et 2001, le Parlement ne fait que constater, ou plutôt *assumer*, des faits préalablement établis et attestés par les historiens : « le législateur ne s'est pas immiscé sur le territoire de l'historien, il s'y est adossé »⁴⁸. Il n'écrit pas, ne dicte pas, n'interprète pas l'Histoire. Le texte de ces trois lois, contrairement à celui de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 qui parle du « rôle positif » de la France coloniale, n'a pas pour objet d'interpréter tel fait de l'Histoire⁴⁹, mais il est de dire que celui-ci est reconnu avoir existé, au regard des travaux historiques sur le sujet, dans le but de lutter, précisément, contre l'idéologie de la négation⁵⁰. Reste la question de l'éventuelle qualification de l'Histoire par les juges, à travers l'interdit pénal spécifique posé par la loi Gayssot.

2. *Le « juge-historien »*. Selon les signataires de la pétition « Liberté pour l'Histoire », « l'historien n'accepte aucun dogme, ne respecte aucun interdit, ne connaît pas de tabous ». Ce à quoi les défenseurs de l'appel « Ne mélangeons pas tout » répondent : « L'historien serait-il le seul citoyen à être au dessus de la loi ? Jouirait-il d'un titre qui l'autorise à transgresser avec désinvolture les règles communes de notre société ? ». Plus de quinze ans après l'adoption de la loi Gayssot, on retrouve ici un débat qui opposa, dès les travaux préparatoires de ce texte, parlementaires, auteurs de doctrine et/ou praticiens du droit et historiens. La loi Gayssot, à travers l'interdit qu'elle pose, serait-elle contraire aux libertés essentielles dans une société démocratique que sont notamment la liberté d'expression, la liberté de presse ou encore le principe de la libre recherche scientifique ? D'un point de vue juridique, la dangerosité de la loi n'est pas réelle.

Premièrement, il est important de noter, comme le font à juste titre les personnalités ayant rédigé l'appel du 20 décembre 2005, que les textes posant les libertés fondamentales admettent aussi qu'aucune liberté n'est absolue ou sans limite. La seule contrainte en la matière est la suivante : les limites aux libertés doivent être établies par la loi et être nécessaires dans une démocratie. Les articles 4 de la DDHC de 1789⁵¹ et 10 alinéa 2 de la

⁴⁷ Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *Journal officiel*, 29 juillet 1994.

⁴⁸ Extrait de l'appel du 20 décembre 2005.

⁴⁹ Comme le soulignent notamment l'avocat de la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme, Alain Jakubowicz (entretien dans *Libération* du 21 décembre 2005), ou l'historien Tal Bruttman (entretien dans *Le Dauphiné* du 23 décembre 2005).

⁵⁰ On trouve cet argument dans les diverses prises de position des chefs des partis de gauche, réclamant l'abrogation de l'article 4 de la loi du 23 février 2005, à l'exclusion de celle de la loi Gayssot, de la loi reconnaissant le génocide arménien et de la loi Taubira : voir par exemple I. MANDRAUD et S. ZAPPI, « Les partis de gauche défendent le devoir de mémoire », *Le Monde*, 16 décembre 2005.

⁵¹ Article 4 de la DDHC : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (CESDH)⁵² énoncent clairement l'idée selon laquelle les libertés trouvent leurs limites dans ce qui peut les mettre en danger elles-mêmes. Plus spécifiquement, l'article 10 de la DDHC garantit en France la liberté des opinions « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi », et l'article 11 précise que « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ; sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ». A ce propos, notons qu'il existe en droit français de nombreuses infractions limitant la liberté d'expression sans que cela ne choque personne, comme par exemple la diffamation, l'injure, l'outrage au chef de l'Etat, la publication de fausses nouvelles ou l'outrage aux bonnes mœurs : « la loi qui réprime la négation des crimes nazis n'est donc qu'une limitation parmi d'autres de la liberté d'expression »⁵³ et l'historien, s'il a la liberté de revisiter – au sens de questionner, remettre en cause, douter –, a aussi une responsabilité⁵⁴.

Deuxièmement, rappelons que la loi Gayssot est jugée conforme à l'article 10 alinéa 1 de la CESDH qui garantit au niveau européen le principe de la liberté d'expression et d'opinion, tant par les juges français⁵⁵, que par la Commission européenne des droits de l'homme⁵⁶. Dans tous les cas, ce texte de loi est considéré comme entrant dans les exceptions prévues à l'alinéa 2 de l'article 10 de la CESDH et, dès lors, ne peut être contraire au premier alinéa de ce même article. S'agissant de sa conformité à la Constitution française, rappelons que le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi suite au vote de la loi au Parlement⁵⁷.

⁵² Article 10 alinéa 2 de la CESDH : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

⁵³ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales HSS*, n° 6, 1999, pp. 1243-1244. Pour un catalogue des restrictions de droit pénal commun à la liberté d'expression, cf. C. KORMAN, « Délits racistes de presse et délits de propagande », *Légipresse*, n° 103, III, 1993, pp. 95 ss.

⁵⁴ Cf. *infra*.

⁵⁵ TGI Paris, 18 avril 1991 (arrêt inédit, cité dans D. BATSELE, M. HANOTIAU et O. DAURMONT, « La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité (2^e partie) ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, pp. 441 ss) ; Cour d'appel de Paris, 21 mai 1992 (*Juris-Data*, n° 021334) et 9 décembre 1992 (*Légipresse*, n° 103, III, pp. 90 ss) ; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 janvier 1993 (*Juris-Data*, n° 040945) ; Crim. 23 février 1993 : *Bull. crim.* n° 86 et 20 décembre 1994 : *Bull. crim.* n° 424 ; Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1998 (*Légipresse*, n° 159, III, 1999, pp. 31 ss).

⁵⁶ Voir notamment la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 juin 1996, *Pierre Marais c. France*, D. R. 86, p. 18. Notons également l'attitude convergente, au plan universel, du Comité des droits de l'homme qui estime que la condamnation de Faurisson en vertu de la loi Gayssot est conforme au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (et en particulier à son article 19 sur la liberté d'expression) : communication n° 550 / 1993 du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*. Pour plus de détails sur le négationnisme et les droits de l'homme au plan européen et international nous renvoyons à : G. COHEN-JONATHAN, « Négationnisme et droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, pp. 571-597 ; P. WACHSMANN, « La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme », in J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA éd., *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, Nemesis / Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 101 ss et « Liberté d'expression et négationnisme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 592 ss.

⁵⁷ Cf. *supra*. Certains juristes, comme Denis Salas, regrettent vivement cet état de fait, une décision claire des juges constitutionnels quant à la conformité de la loi Gayssot à la Constitution ayant le cas échéant permis de dissiper toute ambiguïté (propos tenus lors du colloque sur « La lutte contre le négationnisme », le 5 juillet 2002

Troisièmement, contrairement à ce qu'affirment ses adversaires, il est difficile de considérer la loi Gayssot comme instaurant un délit d'opinion. Ce n'est pas l'opinion négationniste qui est punie, mais la diffusion de cette opinion en tant qu'acte de mauvaise foi susceptible de produire des effets indésirables dans une démocratie⁵⁸. Que l'expression publique d'une opinion jugée dangereuse, couplée d'une intention de nuire, soit l'objet d'une incrimination en France, est un état de fait d'autant moins surprenant qu'une conception absolutiste de la liberté d'opinion et d'expression est dans ce cas insoutenable, même dans un pays tel que les Etats-Unis – pourtant doté du 1^{er} amendement que l'on connaît⁵⁹.

Enfin et surtout, quant à la supposée mise en péril par la loi de 1990 du principe de la libre recherche scientifique, du fait de l'immixtion malheureuse des juges dans le débat des historiens, il s'agit là encore d'un profond malentendu. Ceux-ci, en appliquant la loi Gayssot, n'interviennent pas sur la qualification de tel ou tel événement. Ce qui importe au juge, ce n'est pas la question de savoir si ce que dit l'historien est vrai, mais celle de savoir si son travail et ses allégations révèlent une intention de nuire, ou répondent au devoir d'objectivité et aux règles de la bonne foi⁶⁰.

En d'autres termes, le rôle du juge dans les affaires ayant trait à une contestation de crimes contre l'humanité, est identique à celui du juge confronté à l'Histoire dans le cadre d'un procès en diffamation⁶¹ : si l'Histoire est certes une remise en cause permanente des événements, elle ne permet pas pour autant à l'historien de passer *ipso facto* du jugement de valeur au jugement de réalité. La liberté du scientifique ne rime pas avec son irresponsabilité, et ce que condamne le juge, le cas échant, ce n'est pas d'avoir pensé différemment, c'est de prétendre « démontrer l'inexistence de l'holocauste nazi sous le couvert de la recherche historique »⁶²; c'est-à-dire de profiter de la légitimité conférée par le débat scientifique et le statut d'historien, pour soutenir une idéologie négationniste – d'où l'importance de la preuve de la mauvaise foi dans ce type d'affaires. C'est donc l'analyse de la méthode employée par le chercheur qui permet de

à la Cour d'appel de Paris). L'absence de saisine du Conseil constitutionnel en l'espèce s'explique manifestement par des raisons politiques.

⁵⁸ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Op. cit.*, p. 1253.

⁵⁹ Patrick Wachsmann, dans son analyse des standards américains en la matière, rappelle les propos du juge Holmes : « La plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protègerait pas l'individu qui crierait sciemment à tort 'Au feu' dans un théâtre et provoquerait une panique (...). La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et pressant de nature à engendrer les maux que le Congrès est en droit de prévenir. C'est une question d'urgence et de degré » (P. WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *Op. cit.*, pp. 588 ss).

⁶⁰ Une telle intervention du juge peut s'expliquer par l'absence de code « écrit » de déontologie et/ou d'organe veillant au respect des « règles de l'art » minimales du métier d'historien (règles constituant un ensemble de coutumes et principes enseignés en cours d'étude) – contrairement à de nombreuses autres professions supposant un travail d'interprétation.

⁶¹ Le parallèle entre les deux infractions que sont la diffamation et la contestation de crime contre l'humanité est intéressant, en ce qu'il permet de mieux comprendre le rôle et les limites du juge face à l'Histoire. Pour des développements sur la manière de juger la méthode observée par l'historien dans le cadre de son travail scientifique, nous renverrons à : N. MALLET-POUJOL, « Diffamation et histoire contemporaine », *Légipresse*, n° 134, III, 1996, pp. 97-104. Voir aussi P. WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *Op. cit.*, pp. 591-592.

⁶² Pierre Arpaillange, discussion au Sénat, 11 juin 1990, *Journal officiel - Débats parlementaires*.

distinguer la contestation idéologique et nuisible, du doute ou de la remise en question légitimes et propres à toute recherche scientifique.

Cela n'a en France rien de nouveau. Au XIXe siècle déjà, dans une affaire concernant Alexandre Dumas, la Cour d'appel de Paris, tout en affirmant que « l'histoire n'est pas tenue, lorsqu'elle rencontre un point obscur ou diversement raconté par les relations du temps, de rapporter les différentes versions auxquelles il a donné lieu » et que « ce n'est pas devant les tribunaux qu'elle peut trouver ses juges », pose pourtant une condition essentielle à l'exercice de cette liberté d'appréciation : la bonne foi et l'exactitude de l'historien lequel, s'il choisit parmi plusieurs versions de faits historiques celle qui lui paraît la plus sûre, doit le faire avec impartialité⁶³. On se souvient aussi du fameux arrêt Branly du 27 février 1951 dans lequel les juges civils de la Cour de cassation indiquent que les omissions de l'historien sont sources de responsabilités si ce dernier s'écarte du modèle de « l'historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité »⁶⁴. Et Jacques Francillon relève à juste titre que ce qui vaut pour le silence, vaut à plus forte raison pour la négation ou la contestation⁶⁵. Comme pour la révision d'une vérité dite judiciaire dans le cadre d'un procès pénal, la discussion d'une vérité historique généralement admise n'est possible qu'à la condition d'apporter, objectivement et de bonne foi, des éléments nouveaux permettant de la remettre en cause.

Pour terminer, l'argument selon lequel il n'appartient pas aux tribunaux d'établir la vérité historique n'est, en réalité, pas un argument en défaveur de la loi Gayssot mais bien au contraire une justification supplémentaire à cette loi. Michel Troper explique que c'est l'existence même d'une telle loi qui permet de cadrer le rôle des juges et d'éviter que ceux-ci, lors des procès faits aux négationnistes, examinent la véracité des thèses alléguées⁶⁶. Le procès de Bernard Lewis en est une illustration intéressante : les juges du Tribunal correctionnel, tout en concluant à l'irrecevabilité de la plainte pénale contre l'historien fondée sur la loi Gayssot⁶⁷, qualifient pourtant expressément les massacres des Arméniens en 1915 de « crime contre l'humanité » (sans pour autant examiner en détail la véracité des propos de l'historien). À défaut d'être juridiquement en mesure de juger le travail de Lewis accusé de négationnisme, les

⁶³ Cour d'appel de Paris, 26 avril 1865, *Dalloz*, 1865.2.289.

⁶⁴ *Dalloz*, 1951.329.

⁶⁵ J. FRANCILLON, « Aspects juridiques des crimes contre l'humanité », in *L'actualité du génocide des Arméniens* (Actes du colloque tenu à la Sorbonne, les 16, 17 et 18 avril 1998), Edipol, Créteil, 1999, p. 403. Rappelons également le jugement de l'historien Bernard Lewis par le Tribunal de grande instance de Paris, le 21 juin 1995 (cf. *supra*, note 20) : les juges reconnaissent clairement la responsabilité de Lewis après avoir posé la question des rapports du judiciaire et du scientifique. Le tribunal fixe en l'espèce les limites de l'exercice légitime de la liberté de l'historien et précise que celui-ci engage sa responsabilité lorsqu'en occultant les éléments contraires à sa thèse, il manque « à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance, sur un sujet aussi sensible » (en l'occurrence, le génocide des Arméniens). De même, plus récemment et sur le fondement de la loi Gayssot, les juges de la Cour d'appel de Paris se placent sur le terrain méthodologique et distinguent, dans l'affaire Garaudy, le « travail d'histoire » de la « polémique politique » (Cour d'appel de Paris, 16 décembre 1998, *Légipresse*, n° 159, III, 1999, pp. 30 ss). Voir également : P. WACHSMANN, « Les sciences devant la justice », *Autrement*, n° 145, mai 1994, pp. 154 ss ; C. COHEN, « Le négationnisme : du ressort de l'Histoire ou des Tribunaux ? », *Gazette du Palais*, 25 au 27 mars 2001, p. 29 ; ainsi que le numéro spécial de la revue *Droit et Société*, n° 38, 1998 (en particulier B. EDELMAN, « L'office du juge et l'histoire », pp. 47-58).

⁶⁶ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Op. cit.*, p. 1251.

⁶⁷ Cf. *supra*, note 20.

juges reconnaissent indirectement la réalité d'un fait de l'Histoire ; réalité qui n'était cependant pas censée être l'objet des débats.

Il est en définitive possible de considérer le problème de la compatibilité de la loi Gayssot avec les libertés fondamentales garanties dans une société démocratique comme un faux problème.

A force de confusion et de malentendu, à force d'amalgame trompeur⁶⁸, on en oublie donc quelques points essentiels. D'abord, les quatre lois en cause ont des fonctions différentes, allant d'un simple texte déclaratif à charge juridique nulle (loi reconnaissant le génocide arménien), à une loi créant un délit pénal (loi Gayssot) et ne peuvent, de ce fait, être appréhendées ni pensées de la même manière. Ensuite, les lois de 1990 et de 2001 ne portent en elles aucune interprétation législative de l'Histoire. Enfin, la loi Gayssot, à travers l'interdit qu'elle pose, ne viole en matière de liberté d'expression ni la Constitution, ni les normes européennes : elle ne permet pas aux juges d'écrire l'Histoire, et n'empêche pas les historiens de faire leur travail.

Ainsi, contrairement à ce que laissent penser les signataires de la pétition à succès du 12 décembre 2005, le problème n'est pas tant celui d'une inflation législative alarmante de lois scélérates, établissant une vérité d'Etat ; mais plutôt celui du sens, à peine caché, de l'adoption d'un texte tel que l'article 4 de la loi de février 2005, qui impose une interprétation légitimement contestée par les historiens. Le véritable problème n'est pas, ici, celui de l'Histoire saisie par le Droit. Mais celui d'une Histoire refoulée par le Politique.

⁶⁸ Amalgame dernièrement dénoncé par Claude Liauzu, l'un des instigateurs de la première pétition du 25 mars 2005, « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle » : « L'amalgame entre des lois et des réalités aussi différentes que la loi Gayssot, la loi Taubira, celle sur le génocide arménien et celle du 23 février crée la confusion dans l'esprit du public et donne le sentiment (erroné) d'une indifférence des historiens au regard froid envers le problème réel des mémoires souffrantes » (C. LIAUZU, « Histoire et politique, le débat enfin ouvert », *Libération*, 3 janvier 2006). Ainsi que par Claude Lanzmann, signataire de l'appel « Ne mélangeons pas tout » du 20 décembre 2005 : « (...) on ne peut qu'être surpris par la publication d'un manifeste intitulé 'Liberté pour l'histoire', signé par un aréopage d'historiens de renom, qui ajoute à la confusion là où on serait en droit d'attendre, de leur part, clarté et distinction » (C. LANZMANN, « Universalité des victimes », *Libération*, 10 janvier 2006).